

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO



TEMA DE INVESTIGACIÓN

“EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO”

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PRIVADO**

PRESENTADO POR:

OSCAR GERARDO RAMÍREZ MARINERO

DOCENTE ASESOR:

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO DE 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

Gracias a Dios por haberme permitido lograr este tan anhelado triunfo, por ser mi guía espiritual y transformador de mi vida, permitiéndome gozar de todas sus bendiciones.

A toda mi familia: Mi Abuela Iris Haydeé Méndez de Marinero, Mis Padres, Oscar Gerardo e Iris Concepción, Mi Tíos, Fátima Dora Alicia, Walter Isabel, Flor de María, Salvador, Mis Hermanos José Oscar, Sergio José a todos mis primos, por su amor y cariño incondicional, este logro va dedicado totalmente a ustedes, son lo mejor de mi vida, mi felicidad y mi inspiración para salir adelante siempre y vencer todas las adversidades.

A la persona más especial de mi vida, quien es mi inspiración, mi razón de ser, la princesita de mi vida mi adorada hija Marina Haydeé.

A todos mis verdaderos amigos y compañeros de estudio en la maestría, en especial a la honorable AGMDP gracias por haberme brindado su amistad durante toda mi vida, además de estar siempre a mi lado, siendo una gran fuente de apoyo y compañía en el que se han creado lazos de gran amistad invaluable. Sin olvidarme también de la AMC quien siempre me han brindado todo su amor, cariño y apoyo incondicional.

Al Doctor Gilberto Ramirez Melara, quien además de ser mi Asesor de Tesis, me ha brindado su total e incondicional amistad su apoyo, quien es un ser humano extraordinario y una gran fuente de apoyo en todo el proceso educativo.

Al cuerpo de Docentes de la Maestría en Derecho Privado, de quienes recibí todo el conocimiento además también por brindarme su amistad y apoyo en los buenos y malos momentos y por haberme compartido sus conocimientos jurídicos asimismo también agradezco al Personal Administrativo de la Unidad de Posgrados de la Universidad de El Salvador.

A todo aquel que lea este documento, el cual fue elaborado con la única intención de aportar humildemente un grano de arena a la ciencia del Derecho.

Oscar Gerardo Ramírez Marinero

TABLA DE CONTENIDO

Contenido	
INTRODUCCIÓN	v
RESUMEN	vii
CAPÍTULO 1 ORÍGENES DEL DERECHO DE COMPETENCIA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO EN EL SALVADOR.....	1
1.1 Historia del derecho de competencia	1
1.2 El Derecho de Competencia en Estados Unidos de Norte América	3
1.3 El Derecho de Competencia en Europa	3
1.4 El Derecho de Competencia en América Latina.....	7
1.5 Evolución Histórica del Derecho de Competencia	14
1.6 El Análisis económico del derecho en el derecho de competencia	20
1.7 Antecedentes del Derecho de Competencia en El Salvador	21
1.8 Base Constitucional del derecho de competencia.....	25
CAPÍTULO 2.....	30
CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL DERECHO DE COMPETENCIA	30
2.1 Competencia y Competitividad.....	30
2.1.1 Competencia en los mercados.....	33
2.2 Libertad de Competencia	36
2.3 Derecho de competencia	39
2.4 La Competencia Desleal	43
2.5 La Buena Fe	48
2.5.1 La Buena Fe Comercial	50
2.6 Dimensión Social de la Competencia	51
2.6.1 Fomento Social de protección a la Competencia.....	52

2.7 Regulación del Mercado	53
2.8 Noción de Restricciones a la Competencia y su Tipología.....	55
2.8.1 Restricciones Estructurales.....	56
2.8.2 Restricciones Regulatorias o Legales.....	56
2.8.3 Restricciones Conductuales.....	57
2.8.4 Ejemplos de restricciones a la competencia.....	57
2.9 Prácticas Anticompetitivas.....	58
2.9.1 Acuerdos Horizontales.....	60
2.9.2 Análisis de la regla per se y su aplicación	63
2.9.3 Modalidades de ejecución de las conductas descritas en el Art. 25 de la Ley de Competencia	65
2.9.4 Acuerdos Verticales	67
2.9.5 Modalidades de Ejecución de los Acuerdos Verticales	70
2.9.6 Abuso de Posición Dominante.....	70
CAPÍTULO 3.....	73
MARCO JURÍDICO: EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.....	73
3.1 Regulación constitucional del orden económico	73
3.2 Libertad económica constitucionalmente garantizada.....	76
3.3 Regulación constitucional de los monopolios.....	80
3.4 La libertad empresarial	85
3.5 Fundamento de la Ley de la competencia.....	88
3.6 La protección de los consumidores y su relación con la libre competencia	90
3.7 La Fusión De Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos y su relación con el derecho de competencia	91
3.7.1 Sistemas de Control de la Fusión y Concentraciones Económicas.....	92

3.7.1 Concepto de Concentración	94
3.7.1 Criterios para la determinación de Fusiones y Concentraciones económicas que requieren previa autorización.....	98
3.8 Efectos de la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos en el derecho de competencia	100
3.9 Ejemplos de casos de la Fusión la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos que pueden afectar el derecho de competencia.....	103
CAPÍTULO 4.....	107
PROCESO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SUS EFECTOS SANCIONATORIOS	107
4.1 Aspectos generales sobre el procedimiento Sancionatorio por prácticas anticompetitivas	107
4.2 Denuncia de posibles sanciones.....	112
4.2.1 Formas de Rechazo de la Denuncia.....	114
4.3 Proceso de sanción por actos de competencia desleal	117
4.3.1 Actuaciones Previas	118
4.4 Aportación de prueba en los procesos de sanción	121
4.5 Valoración probatoria	126
4.6 Efectos disuasivos para competidores	130
4.7 Procedimiento por otras infracciones a la Ley de Competencia y otros procedimientos	133
4.7.1 Procedimiento de Imposición de Medidas Cautelares	138
4.7.2 Procedimiento de cobro de multas.....	139
4.7.3 Procedimiento de Autorizaciones de Concentración Económica	142
4.8 Recursos.....	145
CONCLUSIONES	147
RECOMENDACIONES.....	149
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	150

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, y que se presenta, con la pretensión de obtener el grado académico de Master en Derecho Privado que se ha denominado “EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO”, la cual se decidió investigar debido el derecho un fenómeno de cambios constantes debemos estar a la vanguardia en el tratamiento jurídico de la investigación, así como el nacimiento de nuevas formas de eludir las responsabilidades que tienen los competidores en el mercado, siendo el derecho de competencia una materia muy poco desarrollada a nivel nacional, lo cual se demuestra la poca cantidad de material bibliográfico es importante conocer la problemática en cuestión.

Por tal razón en el presente documento se abordara acerca de la competencia desleal, de la libre competencia, de la fusión de sociedades mercantiles, que dentro del estudio también se debe de incluirá la concentración de agentes económicos hablamos de una de las problemáticas que tienen en boga en la actualidad en el derecho privado más concreto derecho económico, tan es así que a lo largo de este documento se encontraran corrientes doctrinarias que van desde el análisis económico del derecho hasta la propia rama del derecho de competencia.

La presente investigación consta de un contenido de cuatro capítulos, comenzando con el capítulo uno denominado “ORÍGENES DEL DERECHO DE COMPETENCIA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO EN EL SALVADOR”, el cual comprende los antecedentes del derecho de competencia es decir su nacimiento, desarrollo y evolución, dentro de lo que cabe destacar la importancia que ha Estados Unidos de América con la Ley Sherman que es uno de los bastiones para la creación de la propiamente del derecho de competencia y sus normas reguladoras, asimismo se analiza el desarrollo que ha tenido el derecho de competencia en Europa, como en América Latina, así como también el nacimiento del derecho de competencia en El Salvador, los fundamentos constitucionales del derecho de competencia.

Luego continuamos con el con el capítulo dos titulado “CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL DERECHO DE COMPETENCIA”, iniciando con los temas de Competencia y Competitividad, haciendo sus principales diferenciaciones, así también se conocer los temas de la competencia en los mercados, y la Libertad de Competencia junto con el derecho de competencia, en la que se desarrolla sus fundamentos para continuar con la ítem de la competencia desleal, también el tema de la buena fe y su desarrollo, por supuesto también se conocerá la dimensión social de la competencia, la regulación de mercado, luego nos aproximamos a las nociones restrictivas de la competencia en nuestro país, las cuales son Restricciones Estructurales, Restricciones Regulatorias o Legales y Restricciones Conductuales, analizando como funcionan cada una de ellas, luego se pondrán algunos ejemplos de restricciones de la competencia, además conoceremos Prácticas Anticompetitivas que consisten en Acuerdos Horizontales, igualmente la aplicación y Análisis de la regla per se, las formas de ejecución de las conductas descritas en la ley de competencia más concretamente en el Art. 25 de la ley, los acuerdos verticales y su forma de ejecución, para finalizar el capítulo con la temática del abuso de posición dominante.

Mas adelante en el capítulo tres llamado “MARCO JURÍDICO: EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES”, se inicia el estudio de dicho capitulo con el tema de la Regulación constitucional del orden económico, el cual es de vital importancia dado el tema de investigación, el cual debe ir a la par de la Libertad económica constitucionalmente garantizada, se analizara también la Regulación constitucional de los monopolios, asimismo La libertad empresarial, entrando ya en materia con el desarrollo del Fundamento de la Ley de la competencia, la protección de los consumidores para verificar su relación con la libre competencia, teniendo lo anterior como antesala al tema de La Fusión De Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos y su relación con el derecho de competencia, en los que conoceremos los Sistemas de Control de la Fusión y Concentraciones Económicas, quienes controlar, así como también se busca analizar el Concepto de Concentración, los Criterios y requisitos legales para la determinación de Fusiones y Concentraciones económicas que requieren previa autorización, asimismo se estudiara los Efectos de la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos en el derecho de competencia, finalizando se analizaran ejemplos de casos de la Fusión la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos que pueden afectar el derecho de competencia.

Después en el capítulo cuatro cuyo título es “PROCESO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SUS EFECTOS SANCIONATORIOS” en este capítulo conoceremos Aspectos generales sobre el procedimiento Sancionatorio por prácticas anticompetitivas, las autoridades competentes para sancionar, además de diversos criterios emitidos por la Superintendencia de Competencia, luego entraremos a conocer sobre la Denuncia de posibles sanciones, estableciendo sus requisitos mínimos y consecuencias de su interposición, también las Formas de Rechazo de la Denuncia conoceremos los criterios que dan paso para un rechazo de la denuncia, continuando con el desarrollo de este capítulo, conoceremos también el Proceso de sanción por actos de competencia desleal, que conductas son consideradas sancionables, verificaremos después las Actuaciones Previas que comprenden el procedimiento, seguidamente conoceremos sobre la Aportación de prueba en los procesos de sanción, y su correspondiente Valoración probatoria, concluyendo con la sentencia definitiva y los Efectos disuasivos para competidores, continuando también Procedimiento por otras infracciones a la Ley de Competencia, destaca además otro tipo de procedimientos tales como Procedimiento de Imposición de Medidas Cautelares y la ejecución del mismo en el Procedimiento de cobro de multas, como parte del tema de investigación asimismo se desarrolla el Procedimiento de Autorizaciones de Concentración Económica y por ultimo pero no menos importante los recursos que comprende en este proceso.

Habiendo cumplido con el desarrollo de la estructura capitular, a continuación se presentan una serie de valoraciones que se denominan conclusiones con sus puntuales recomendaciones, y finalmente; se muestra la bibliografía básica usada en el desarrollo de la investigación, entre la que podrán verificar libros especializados, artículos de revistas científicas, resoluciones judiciales de tribunales nacionales y extranjeros, así como también resoluciones emitidas por la Superintendencia de Competencia y leyes relacionadas al problema de investigación; las cuales se han clasificado de acuerdo al Manual de estilo, sugerido para la realización de este trabajo.

“EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE
COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES, DESDE
EL PUNTO DE VISTA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y EL ORDEN
SOCIOECONÓMICO”

POR

OSCAR GERARDO RAMÍREZ MARINERO

RESUMEN

A continuación se presenta un resumen del presente trabajo de investigación

En el capítulo uno denominado “ORÍGENES DEL DERECHO DE COMPETENCIA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO EN EL SALVADOR”, comprende la historia del derecho de competencia, los antecedentes previos del derecho de competencia en Estados Unidos de América, el derecho de competencia en Europa, para llegar al derecho de competencia en América Latina, con lo cual podrá verificarse la evolución que ha tenido el derecho de competencia, con ello podrá hacerse un análisis económico del derecho de competencia, teniendo como resultado los primeros esbozos históricos del derecho de competencia en El Salvador, siguiendo por las bases constitucionales del derecho de competencia en nuestro país.

Siguiendo con el capítulo dos titulado “CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL DERECHO DE COMPETENCIA”, que inicia con el tema de Competencia y Competitividad, para hacer las primeras diferenciaciones, también se abordó el tema de la competencia en los mercados, continuando con la Libertad de Competencia en consonancia con el derecho de competencia, luego con el tema de la competencia desleal, posteriormente el tema de la buena fe, asimismo la dimensión social de la competencia, la regulación de mercado, siguiendo con las nociones restrictivas de la competencia, que comprenden Restricciones Estructurales, Restricciones Regulatorias o Legales y Restricciones Conductuales, con los correspondientes ejemplos de restricciones de la competencia, finalizando con Prácticas Anticompetitivas que consisten en Acuerdos Horizontales, el Análisis de la regla per se y su aplicación, las formas en que se ejecutan las conductas descritas en el Art. 25 de la Ley de Competencia, Acuerdos Verticales, las formas de ejecución de los acuerdos verticales y por último el abuso de posición dominante.

Por su parte en el capítulo tres llamado “MARCO JURÍDICO: EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES” iniciando con el tema de la Regulación constitucional del orden económico, luego sigue la Libertad económica constitucionalmente garantizada, abordando también la Regulación constitucional de los monopolios, La libertad empresarial, continuando con el Fundamento de la Ley de la competencia, La necesaria protección de los consumidores y su relación con la libre competencia, llegando así al tema de La Fusión De Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos y su relación con el derecho de competencia, los Sistemas de Control de la Fusión y Concentraciones Económicas, el Concepto de Concentración, los Criterios para la determinación de Fusiones y Concentraciones económicas que requieren previa autorización, los Efectos de la Fusión

Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos en el derecho de competencia, por último se analizan ejemplos de casos de la Fusión la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos que pueden afectar el derecho de competencia.

Para finalizar en el capítulo cuatro cuyo título es “PROCESO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SUS EFECTOS SANCIONATORIOS” el cual comienza con Aspectos generales sobre el procedimiento Sancionatorio por prácticas anticompetitivas, la Denuncia de posibles sanciones, Formas de Rechazo de la Denuncia, el Proceso de sanción por actos de competencia desleal, las Actuaciones Previas que comprenden el procedimiento, la Aportación de prueba en los procesos de sanción, la Valoración probatoria, los Efectos disuasivos para competidores, también Procedimiento por otras infracciones a la Ley de Competencia y otros procedimientos, tales como Procedimiento de Imposición de Medidas Cautelares, Procedimiento de cobro de multas, Procedimiento de Autorizaciones de Concentración Económica y por último los Recursos.

CAPÍTULO 1

ORÍGENES DEL DERECHO DE COMPETENCIA, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESARROLLO EN EL SALVADOR

1.1 Historia del derecho de competencia

Durante décadas la legislación antimonopolios ha estado en la agenda de los países industrializados, desarrollados y los países en vías de desarrollo, es por ello que existe un consenso en señalar que la política antimonopolios de un país constituye un pilar fundamental para la existencia de un sistema de libre mercado. Sin embargo, resulta difícil encontrar un equilibrio respecto del cual es la política antimonopolios adecuada, sobre todo tomando en consideración la vertiginosa evolución de las conductas que podrían atentar contra la libre competencia.

Al analizar el caso particular de las fusiones, (de lo que se puede entender en forma genérica “toda estructura cuyo objeto o resultado sea concentrar participación de mercado, sea en forma de fusiones, integraciones, adquisiciones de participaciones accionarias, acuerdos de participación entre competidores y otras) debemos tener presente que cada vez con mayor frecuencia un porcentaje significativo de las fusiones adquieren carácter global. Esto hace que se haga necesario analizar en un futuro no muy lejano, la posibilidad de establecer tribunales especializados tanto nacionales como internacionales o tratados internacionales que fijen procedimientos especiales que permitan uniformar criterios entre varios países.

Mientras lo dicho en el párrafo anterior no ocurra, dichas fusiones globales deben ser analizadas cuidadosamente por quienes participan en ellas como también por quienes las autorizan con el objeto de dar cumplimiento a las distintas regulaciones antimonopolios existentes en cada uno de los países en que dichas fusiones vayan a producir efectos¹.

Luego del anterior preámbulo es conveniente ahora sí, establecer algunos antecedentes históricos del derecho de competencia y es que el origen de las personas, de las sociedades, de las naciones y de las ideologías explica su presente y determina su futuro. Por esta razón, resulta imprescindible y es pertinente para el presente estudio revisar los orígenes del Derecho de la Competencia en el mundo y su posterior desarrollo en los países que lo han adoptado².

Es por eso que algunos autores para establecer dichos orígenes se remontan a la Edad Media para explicar los orígenes de las políticas de competencia³. De manera específica se hace referencia a la época en que los gremios y corporaciones perdieron su exclusividad en la realización del comercio y sus privilegios para la producción de determinados bienes. Doctrinantes como sir Edgard Coke “afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del Rey

¹ Claudio Lizana y Lorena Pavic, “Control Preventivo De Fusiones y Adquisiciones Frente A La Legislación Antimonopolios” Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 3 Sección Estudios pág. 507-541 (2002) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650236.pdf>

² Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, “Historia Del Derecho De La Competencia” Revista Boliviana de Derecho [en línea]. N° 3 pág. 215-267 (2007) <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>

³ Gadulfo Zullita Fellini y Rafael Pérez Miranda, “El derecho frente a los monopolios.” En “Estudios de Derecho Económico IV”, 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. Págs. 65 – 121

Eduardo III.”⁴ Sin embargo, el derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU., en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles.

En efecto, según el profesor Jorge Witker, los abusos de la monopolización generada por las normas que imperaban en la Edad Media generaron la expedición en el Reino Unido de la Ley de Monopolios, en inglés Statute of Monopolies, durante el gobierno de Jaime I en 1623⁵.

El derecho antimonopolístico moderno surge a finales del siglo XIX en EE.UU., en el contexto de una sociedad con una economía proteccionista en la cual proliferaron los monopolios y los carteles. Mas precisamente el Derecho de la Competencia de EE.UU. se originó en 1890 cuando el Congreso aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés, antitrust) presentado por el senador John Sherman del Estado de Ohio: la Ley Sherman tal como se le conoce, que, según el encabezado de la misma, es “una ley para la protección del comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios.” A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust.

De acuerdo a la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, corporate trusts) y carteles de precios (en inglés, pooling arrangements), que operaban en todo el país entre la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgieron como una respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos⁶. De acuerdo al profesor Witker, la Ley Sherman limitaba el derecho de libertad de empresa que “se veía amenazado por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales”⁷.

Es preciso también hacer referencia a la posición de académicos como Thomas J. DiLorenzo, profesor de economía de Loyola College y representante contemporáneo de la Escuela Austriaca de Economía, según el cual no hay evidencia de que las grandes empresas de finales del siglo XIX en EE.UU. realizaran prácticas anticompetitivas.

Por el contrario, según el profesor DiLorenzo la normativa antitrust de EE.UU. habría sido impulsada por grupos de interés que buscaban protegerse de las compañías que crecían rápidamente y lograban ofrecer precios bajos gracias a las economías de escala que alcanzaban. Para algunos economistas de la Escuela Austriaca, con la entrada en vigencia de Ley Sherman no se expidió para promover la libre competencia, sino que constituye un mecanismo proteccionista que algunos sectores empresariales lograron establecer, con el fin de protegerse de aquellas empresas capaces de competir agresivamente en el mercado⁸.

⁴ Alfonso Miranda Londoño, “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. En “CEDEC III”, Colección Seminarios 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002. Pág. 147

⁵ Jorge Witker, “Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México.” Fondo de Cultura Económica, Chile: 2000. Pág. 22

⁶ Alfonso Miranda Londoño, “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. Óp. Cit.

⁷ Jorge Witker. “Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México.” Óp. Cit.

⁸ Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez. “Historia Del Derecho De La Competencia” Óp. Cit.

1.2 El Derecho de Competencia en Estados Unidos de Norte América

A finales del siglo XIX el capitalismo de los países industrializados era puesto en duda por gran parte de la sociedad. En el caso de EE. UU. la interpretación tradicional considera que las críticas están dirigidas principalmente a los enormes conglomerados de empresas, los llamados trust (de dónde proviene el nombre Antitrust⁹). Debido a que estos conglomerados incluían empresas competidoras, que por formar parte del trust podían fijar y elevar conjuntamente el precio de sus productos, los precios se habrían elevado llevando al descontento y las quejas de consumidores y agricultores.¹⁰

Otra interpretación que también es muy válida, considera que fueron las pequeñas empresas quienes, al no poder competir con los trusts por sus bajos precios, presionaron al gobierno para que interviniera. Según esta versión, las pequeñas empresas no habrían podido competir contra las eficiencias derivadas de la producción a gran escala (lo que en la jerga económica se conoce como "economías de escala") y se habrían dirigido al gobierno para pedir protección. A pesar de que es cierto que durante dicha época muchos productos, como por ejemplo la gasolina, sufrieran descensos en los precios de hasta el 80% entre 1860-1903, también lo es que sería difícil probar que dichos descensos no habrían sido aún mayores sin la existencia de los trust.

Sin embargo existen opiniones más moderadas consideran que tanto consumidores como empresas pequeñas presionaron al gobierno de igual forma. En el caso de las empresas pequeñas, éstas alegaban que los trust imponían precios predatorios (precios por debajo de los costes) para eliminarlas y posteriormente subir los precios cuando la competencia hubiese sido eliminada, o incluso impedir la entrada en el mercado de otras empresas, reduciendo así las posibilidades de competir.

En cualquier caso, en 1890 se estableció la Sherman AntiTrust Act (la cual fue promovida por John Sherman, senador estadounidense que propuso la ley) que se considera el nacimiento del Antitrust actual. Posteriormente, el Congreso modificó la ley en repetidas ocasiones durante los años cincuenta y así se fueron añadiendo el conjunto de leyes que conforman el actual Antitrust Law¹¹.

1.3 El Derecho de Competencia en Europa

El Derecho de la Competencia en Europa empezó a desarrollarse de manera importante con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). Debe tenerse en cuenta que el objetivo del Derecho de la Competencia de la Unión Europea (después de la entrada en vigencia del tratado de Ámsterdam se conoce como UE), como el resto de la normativa comunitaria, es el de profundizar la integración económica de Europa, lo cual puede diferenciarlo del “*antitrust*” norteamericano y del Derecho de la Competencia de otros países.

⁹ Traducción al español en Google traductor: “antimonopolista”

¹⁰ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez “*La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia*” (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2007)

¹¹ Ibidem

Y es que para muchos juristas europeos, la creación de un mercado común requería la aplicación de unas políticas de competencia, especialmente porque la caída de las fronteras económicas podría facilitar y agudizar el abuso de la posición dominante y el fraccionamiento de los mercados por medio de acuerdos anticompetitivos¹²

En ese mismo sentido señala el profesor Gabriel Ibarra Pardo, refiriéndose al proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, que la liberación comercial requiere de una adecuada legislación de libre competencia. Así argumenta lo anterior el profesor Ibarra:

“La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia. De tal manera que, para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.”¹³

La normativa de la UE es explícita al señalar su objetivo final, como se puede apreciar en el artículo segundo del Tratado que establece los fines de la Comunidad Económica:

“Artículo 2.- La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”¹⁴

El Tratado establece los medios por los cuales la Comunidad debe realizar los fines anteriormente mencionados, entre los cuales se encuentra el establecimiento de un *“régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”* (letra g. del apartado 1º del artículo 3). Adicionalmente, el apartado primero del artículo 4º del Tratado establece que la política económica de los Estados miembros *“se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.”*

Según el profesor Galán Corona, desde el momento en que este Tratado entró en vigor, fue plenamente acogido por las autoridades de competencia de los países integrantes de la entonces Comunidad Económica Europea. Sin embargo, en los años sesenta no existía en Europa una cultura

¹² Eduardo Galán Corona, *“La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003”*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC, Bogotá. <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=157&article=159>

¹³ Gabriel Ibarra Pardo, *“Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”* En “CEDEC”, Colección Seminarios 5. Javegraf, Segunda Edición, Bogotá: 1997. Páginas Págs. 84 –85.

¹⁴ Tratado de la Unión Europea https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

de la competencia. Fueron los decretos de descartelización los que dieron lugar a las primeras normas nacionales *antitrust* en Europa, más exactamente en Alemania¹⁵.

El Tratado Constitutivo de la Unión Europea contiene un capítulo sobre normas de competencia (Capítulo 1, Título VI) y la Sección Primera establece las normas de competencia aplicables a las empresas. Específicamente, el artículo 81 del Tratado (otrora artículo 85, pues el Tratado de Ámsterdam modificó la numeración del articulado) contiene una prohibición general de conductas anticompetitivas y un catálogo de prácticas y acuerdos prohibidos. En términos generales, el artículo 81 es equivalente a la sección primera de la Ley Sherman. Sin embargo, la prohibición del artículo 81 no es absoluta pues el párrafo tercero del mismo artículo contempla la aplicación de excepciones siempre que se cumplan determinados requisitos.

Por su parte, el artículo 82 (antes artículo 86) prohíbe absolutamente la explotación abusiva de la posición dominante. En términos generales, el artículo 82 es equivalente a la sección segunda de la Ley Sherman, pero presenta diferencias importantes que serán explicadas a continuación. Según Philip Lowe¹⁶, Director General del “*DG Competition*” ante la Comisión de la UE, los elementos esenciales del artículo 82 son los siguientes:

- Su ámbito de aplicación no incluye conductas unilaterales de empresas que no ostentan una posición dominante en el mercado.
- Se aplica tanto para la posición dominante de una empresa como para la posición de dominio colectiva.
- Contiene un catálogo de conductas consideradas como abusivas.
- A diferencia del artículo 81, no hay excepción para el castigo del abuso.

Según Lowe¹⁷, hay dos diferencias estructurales entre la Ley Sherman y el artículo 82 del Tratado de la UE. En primer lugar, mientras en la Unión Europea solamente pueden incurrir en conductas de abuso de la posición dominante las empresas que individual o conjuntamente ostenten una posición dominante en el mercado, en EE.UU. la sección segunda de la Ley Sherman se aplica “*tanto a la adquisición voluntaria del poder de monopolio mediante conductas anticompetitivas, como a la simple tentativa de monopolizar. Bajo la legislación de EE.UU. no es una condición necesaria que la firma posea un poder de monopolio cuando las conductas monopolísticas empiezan.*”

En segundo lugar, según Lowe, en EE.UU. un alza de precios excesiva por un monopolista o una restricción en la producción no es en sí misma prohibida, mientras que en la Unión Europea se considera que una empresa con posición dominante que fije precios “*injustos*” por encima de las condiciones de mercado o limite su producción, incurre en abuso de la posición dominante en virtud de los literales a. y b. del artículo 82.

No obstante lo anterior, con el fin de implementar los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam –antes artículos 85 y 86- del Tratado de Roma- se expidió el Reglamento No. 17 de

¹⁵ Eduardo Galán Corona “*La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003*”. Óp. Cit.

¹⁶ Philip Lowe, “*Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime*”. North Western Journal of International Law and Business.

¹⁷ Ibidem

1962. Este Reglamento centralizó en la Comisión Europea –más concretamente en la Dirección General IV89– la aplicación de las normas de la competencia.

El modelo de prohibición del artículo 81 es *a priori*, pues es suficiente que se cumplan los elementos descritos por la norma para que esta se aplique. De otra parte, el modelo de autorización de prácticas exceptuadas es *a posteriori* pues los acuerdos, decisiones y prácticas pueden subsistir siempre que cumplan expresamente con los requisitos del artículo 81 párrafo 3. Estos acuerdos, decisiones y prácticas deben notificarse ante la respectiva autoridad, de lo contrario, no pueden gozar de la excepción que establece el artículo mencionado¹⁸.

Después de cuatro décadas de aplicación, la política de competencia europea ha dado un vuelco importante a raíz de la expedición del Reglamento No. 1 de 2003 del Consejo de la Comunidad Europea, que implementa los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Esta regulación reemplazó el Reglamento No. 17 de 1962, y entró en vigencia el 1 de mayo de 2004. En virtud de este Reglamento todas las autoridades de la competencia nacionales también tienen la facultad de aplicar las normas de competencia del Tratado¹⁹.

Los cambios que este nuevo reglamento genera son, entre otros, los siguientes: la armonización de las normas sustantivas de libre competencia, la derogación del sistema de notificaciones, la descentralización de la aplicación de la normativa de competencia, la expedición de “*Guías*” para garantizar la seguridad jurídica, y la posibilidad de la Comisión de publicar “*opiniones razonadas y declaraciones públicas sobre temas no resueltos, sobre hechos o normas.*”²⁰

Así las cosas desde la entrada en vigencia del llamado “paquete modernizador” de las normas antimonopolio de la UE, distintas autoridades europeas y la academia han evaluado los resultados de las reformas. Según Neelie Kroes, Comisionada Europea de la Competencia, el primer resultado de las reformas ha sido la creación de una red entre las autoridades de la competencia nacionales que ha facilitado el proceso de descentralización en la aplicación de la normativa, mediante una activa cooperación, y ha producido “*resultados reales en términos de una aplicación más efectiva y de un uso más eficiente...*” de los recursos colectivos²¹.

Es por ello que desde 1996 la Comisión Europea de Competencia ha implementado un “*programa de delación*”, aplicado exitosamente por las autoridades de EE.UU. En la actualidad 17 Estados miembros de la UE cuentan con estos programas que según Neelie Kroes han sido muy exitosos para detectar y prevenir la formación de los carteles.

¹⁸ Eduardo Galán Corona, “*La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003*”. Óp. Cit.

¹⁹ Alfonso Miranda Londoño, “*Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica*”. Óp. Cit.

²⁰ María Serra Leitao, “*European Union Competition Policy: Revolutionary Change and Uncertain Times*”. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 18, 2004. Unión Europea. Págs. 122 - 128.

²¹ Neelie Kroes, “*Discurso ante en la Conferencia de la Comisión Europea – International Bar Association, en Bruselas*”, el 10 de marzo de 2005.

De acuerdo con Eduardo Galán Corona²² como consecuencia del trabajo de las autoridades de la competencia de la UE, se ha creado una cultura de competencia en Europa. Esto se refleja en que antes el Derecho de la Competencia no era parte del currículo de la Facultades de Derecho y hoy no solamente se enseña, sino que existe una importante producción académica sobre el tema. Adicionalmente, según el profesor Corona la política de competencia ha llevado a desarrollar el mercado en los países europeos.

Sin embargo, hay muchos retos que deben enfrentar las autoridades europeas, como por ejemplo la burocratización y lentitud en las decisiones. Según el profesor Galán Corona, este problema se detectó desde la década de los sesenta, y desde ese entonces se ha intentado combatir pero sin mucho éxito. Lo anterior Según explica Neelie Kroes, ha habido muy pocas indemnizaciones por violaciones a las leyes de competencia de la UE en los últimos cuarenta años, lo que implica que las víctimas de las conductas anticompetitivas no han sido compensadas por los daños que les han sido causados y que las leyes de competencia no tienen el nivel de disuasión que deberían tener.

De la misma forma como ocurre en Estados Unidos y en varios países de Latinoamérica y el Caribe, la economía tiene hoy en día un rol preponderante para los procesos de libre competencia. Así lo corroboran las palabras del Dr. Philip Lowe quien, antes de ser elegido como Director General de Competencia en septiembre del año 2004, afirmó que *“el derecho de la competencia da forma legal a conceptos económicos.”* No obstante, de acuerdo a María Serra L. *“estos conceptos hasta ahora no han sido un componente importante en las decisiones sobre competencia de la Comisión Europea”*²³.

Sucede en Europa lo mismo que en América Latina y el Caribe. Para que la relevancia del análisis económico sea decisiva en los procesos adelantados por la autoridad de la competencia se requiere de funcionarios especializados tanto en las ciencias económicas como en el derecho.

En síntesis, el Derecho de la Competencia en Europa se desarrolló varias décadas después de su consolidación en EE.UU. y en un principio sus objetivos también difieren de los establecidos por el *“antitrust”* norteamericano. Sin embargo, las reformas implementadas por la Unión Europea en materia de competencia la han acercado al modelo norteamericano. Finalmente, es importante tener en cuenta que varios países latinoamericanos han adoptado la estructura de las normas sobre competencia de la UE.

1.4 El Derecho de Competencia en América Latina

Para poder establecer los orígenes propios del derecho de competencia en América latina, es preciso remontarse a la década de los noventa, ya que América del Sur, Centroamérica y el Caribe han sido escenario del florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados. Pues esto se trata de un giro político y jurídico de gran importancia para la región, no tanto por el hecho de la expedición de estas normas, sino por la aplicación de las mismas por las autoridades de la competencia lo cual hasta cierto punto es novedoso por la evolución del derecho.

²² Eduardo Galán Corona, *“La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003”*. Óp. Cit.

²³ María Serra Leitao, *“European Union Competition Policy: Revolutionary Change and Uncertain Times”*. Óp. Cit.

En algunos países de Latinoamérica esta normativa ya existía desde tiempo atrás²⁴. En Argentina existían normas antimonopolio desde 1919, en México a partir de 1934 (Ley Orgánica), en Colombia desde 1959 (Ley 155), en Chile desde 1959 (Ley No. 13.305) y en Brasil se remontan a 1962 (Ley No. 4.137). Sin embargo, la existencia formal de esta legislación no aseguraba su cumplimiento; incluso puede decirse que muchas de estas leyes nunca fueron aplicadas²⁵.

En Colombia, por ejemplo, la Ley 155, “*por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”, fue expedida por el Congreso en 1959, pero durante las tres décadas siguientes a su expedición, la autoridad de la competencia no resolvió ningún caso. La falta de aplicación en el caso colombiano se explica por las siguientes razones:

- El modelo de desarrollo proteccionista o Cepalino, basado en la sustitución de importaciones, que no promovió una cultura de competencia en el país.
- La falta de voluntad del Estado para aplicar las leyes de competencia, la cual se explica por la captura de las autoridades por los grupos de interés económico y la predominante cultura de no competencia.
- La escasez de recursos económicos y humanos de las autoridades para llevar a cabo esta compleja tarea.
- Un defecto estructural de la normativa, al incorporar una excepción demasiado amplia (parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el artículo 1 del Decreto 1302 de 1964).

Las razones que explican la falta de aplicación inicial de las normas antimonopolio en Colombia, son también válidas para la mayoría de los países latinoamericanos. Según Michael Krakowski, antes de los años noventa tan solo en Chile y Argentina se aplicaron las políticas de competencia, lo que confirma que “*la historia de la promulgación de las leyes de competencia no es idéntica a la implementación de las políticas respectivas*”²⁶.

Como consecuencia del cambio del modelo de desarrollo proteccionista por el de apertura económica, a finales de la década de los ochenta y durante la década de los noventa, los gobiernos de los países latinoamericanos expresaron la voluntad política de expedir nuevas leyes de competencia o de reformar las existentes, y de implementar los mecanismos necesarios para su ejecución. Tal es el caso de las autoridades de la competencia dotadas de funciones administrativas y, en algunos casos, de funciones judiciales. Esta decisión tiene una gran importancia económica para toda la región, teniendo en cuenta que más del 90% del producto interno bruto (PIB) de toda Latinoamérica y del Caribe es producto de los doce países que han adoptado una legislación de competencia²⁷.

²⁴ Alfonso Miranda Londoño, “*El Régimen General de la Libre Competencia*”. En “*CEDEC III*”, Colección Seminarios N° 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002. Págs. 23 - 24.

²⁵ Michael Krakowski, “*Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica*.” Proyecto MIFIC-GTZ, Managua: 2001.

²⁶ Ibidem

²⁷ Banco Mundial, “*World Development Indicators – 2005*”. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12425?locale-attribute=es>

Esta voluntad de los gobiernos para impulsar la política de competencia y la consecuente aplicación del Derecho de la Competencia se debe a dos procesos políticos y económicos que se desarrollaron a comienzos de la década de los noventa²⁸.

Lo anterior se debe en primer lugar, el afianzamiento de la democracia como forma de gobierno, en contraposición a las dictaduras militares que dominaron buena parte de la segunda mitad del siglo XX. De esta forma se ha querido consolidar el Estado de Derecho y la seguridad jurídica necesaria para el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales, especialmente las inherentes al comercio.

Es importante también mencionar la apreciación del profesor Jonathan Baker según la cual “*la hostilidad del derecho de la libre competencia hacia las concentraciones de poder económico refleja la preocupación de que el poder político de las grandes firmas puede poner en peligro la democracia.*”²⁹

El profesor Baker fundamenta esta dura afirmación en el caso del conglomerado *International Telephone and Telegraph Corp.* Este grupo empresarial quiso evitar que el Departamento de Justicia revisara una adquisición que proyectaba realizar y acudió al cabildeo ante la administración del presidente Nixon en los EE.UU. Según el autor citado, este hecho puso en movimiento una cadena de eventos que finalmente configuraron una de las acusaciones contra Nixon en el caso *Watergate*.

El segundo proceso que ha determinado la aplicación de políticas de competencia en los países latinoamericanos es precisamente el consenso político sobre el establecimiento de un nuevo modelo de desarrollo económico caracterizado por la apertura del comercio –tanto internamente como hacia el exterior³⁰.

A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta se discutió mucho en Latinoamérica el agotamiento del modelo de sustitución de importaciones que fue promovido por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL) desde los años cincuenta³¹. Ya que la finalidad del modelo era lograr el desarrollo industrial de las economías eminentemente rurales de los países de América Latina, para lo cual se debían generar barreras arancelarias que protegieran la incipiente industria interna de la competencia internacional.

En teoría lo anterior permitiría transformar la estructura de producción de estos países con el propósito de sustituir la producción de productos primarios –que tienen tendencia a hacerse más baratos-, para producir bienes con un mayor valor agregado -que tienden a hacerse más rentables.

Durante el período de aplicación del modelo de desarrollo Cepalino el cual está basado en la sustitución de importaciones se presentaron grandes cambios que trascendieron lo estrictamente económico: urbanización, universalización de la educación y esfuerzos por ampliar la cobertura

²⁸ Juan Antonio Rivière, “*La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea*”. En Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 1, 1997. Unión Europea. Págs. 23 -28.

²⁹ Ibidem

³⁰ Alfonso Miranda Londoño, “*El derecho de la competencia en Colombia*”. En Revista de Derecho Económico No. 9. 1.989. Librería del Profesional. Págs. 52 – 70.

³¹ Ibidem

de los servicios de salud. Quienes promovieron este modelo señalan que fue gracias a su implantación que Latinoamérica dejó de ser una región rural para avanzar hacia la industrialización.

Sin embargo, en la aplicación de este modelo trajo como consecuencia que se volvieran mercados altamente concentrados e ineficientes, y fue por esto que se estimó necesario revisarlo con el fin de detener los procesos inflacionarios y obtener mayores tasas de crecimiento económico. El agotamiento de este modelo dio paso al denominado “*Consenso de Washington*”, que representó un viraje de 180 grados en la política económica. El Consenso que consistió en una serie de recomendaciones a los países de América Latina golpeados por la crisis de la deuda externa en los años ochenta, buscaba incrementar la eficiencia de las economías de la región por medio de la disciplina en la política macroeconómica, liberalización financiera, cambiaria y comercial, privatizaciones, desregulación de la economía y la promoción de la inversión extranjera directa.

En ese sentido, Krakowski sostiene que la implementación de las políticas de competencia hizo parte “*de un proceso general de reformas económicas, el cual se puede describir con las palabras claves liberalización económica, desregulación y privatización. Estas políticas en su totalidad estaban dirigidas a mejorar el funcionamiento de los mercados*”³².

El proceso de liberalización comercial hubiera quedado incompleto sin leyes de promoción de la competencia³³, pues de nada serviría abrir las puertas al mercado internacional mientras se mantuvieran las restricciones a la competencia en el mercado interno. Al respecto el profesor Gabriel Ibarra Pardo explica lo siguiente:

“Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales”. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guion en el ámbito de las relaciones económicas entre los países latinoamericanos.

Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además requiere una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países.

La experiencia nos indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que, para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema

³² Michael Krakowski, “*Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.*” Óp. Cit.

³³ Juan Antonio Rivière “*La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea*”. Óp. Cit.

de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas”³⁴.

Por su parte, Leonardo Vera y David Mieres argumentan que la liberalización comercial no es suficiente para que un mercado sea competitivo y explican la necesidad de una ley de competencia por las siguientes razones:

*“la competencia externa no tiene impacto sobre los bienes no transables (aquellos bienes que por razones de costos de transporte o su grado de perecibilidad no pueden ser comercializados internacionalmente); las compañías verticalmente integradas en los canales de distribución pueden amortiguar los efectos de la apertura convirtiéndose en distribuidores exclusivos de los productos importados que compiten con ellas; la competencia producida por las importaciones no garantiza en el corto plazo la desaparición de los compromisos colusivos; y por último, las políticas de apertura buscan un objetivo a muy largo plazo que es la reasignación de los recursos y la transformación de la estructura productiva, sin que con ello garanticen cambios de conducta.”*³⁵

En resumen, las políticas de competencia tienen tres funciones concretas en este proceso de apertura económica: 1) permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores; 2) proteger la competencia frente a prácticas restrictivas comerciales; y 3) fomentar la eficiencia de las empresas y el consecuente bienestar para los consumidores³⁶.

El proceso que se ha descrito implica primero la reestructuración del Estado, el cual debe asumir nuevas tareas y debe abandonar otras actividades con el fin de incrementar la eficiencia de su aparato productivo. Este es el origen de la normativa de competencia que se encuentra en Latinoamérica. Sin embargo, es necesario advertir que la región atraviesa por un período de transición económica y política, marcada por el ascenso al poder de gobiernos de izquierda en Latinoamérica, el cual puede determinar un cambio sustancial en la forma en que se aplican estas normas. Según Ignacio de León, esta transición *“impone una especial atención a promover las condiciones donde la competencia no alcanza el punto de la eficiencia o sopesarla cuando ella se opone a otros objetivos sociales.”*³⁷

No todos los países de Latinoamérica y el Caribe han adoptado leyes generales de libre competencia. Hoy en día, cuentan con estas normas los siguientes países: Argentina, Barbados, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Perú, San Vicente y la Granadinas, Uruguay y Venezuela. La aplicación de las mismas es distinta en cada país y está determinada por sus condiciones políticas y económicas.

En general, la aplicación efectiva de las leyes de competencia en estos países ha aumentado desde su implantación, pero para autores como Krakowski, *“el esfuerzo inicial dirigido a este*

³⁴ Gabriel Ibarra Pardo, *“Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina”* En “CEDEC”, Colección Seminarios 5. Javegraf, Segunda Edición, Bogotá: 1997. Páginas 84 – 85.

³⁵ Leonardo Vera y David Mieres, *“Política de Competencia: una visión panorámica”*. Septiembre de 1994. <http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3873/1/Pol%C3%ADtica%20de%20Competencia.pdf>

³⁶ Alfonso Miranda Londoño y Juan David Gutiérrez Rodríguez, *“Historia Del Derecho De La Competencia”* Óp. Cit.

³⁷ Ignacio De León, *“Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia”*. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD): agosto de 2002. Pág. 15.

campo ha perdido fuerza en la segunda parte de la década de los noventa.”³⁸ Algunos países como Bolivia, Ecuador, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, y la República Dominicana no han promulgado leyes generales de libre competencia que rijan sobre toda la economía, a pesar de que sus respectivas constituciones consagran el principio de libre competencia y de que en algunos casos hayan adoptado leyes sectoriales de competencia. La mayoría de estos países han estudiado o estudian en la actualidad la posibilidad de adoptar esta legislación. Sin embargo, la implantación de normas de libre competencia ha fracasado varias veces, y en consecuencia *“su postergación no sólo merma la escasa seguridad jurídica de dichos países sino también impide el desarrollo armónico del mercado”*³⁹.

Para Carlos Alza el hecho de que estos países no hayan expedido una legislación de competencia indica que *“no han logrado insertar como prioridad en su agenda pública la creación de las condiciones institucionales para la aprobación de la disciplina de competencia. Esto la debilita al no ser considerada ni entendida como una valiosa herramienta para la creación de capacidad y gobernabilidad en el país.”*⁴⁰.

Otra manera de conceptualizar la situación es que ante la ausencia de normas generales de promoción de la competencia en algunos países de América es consecuencia de la oposición por parte de sectores específicos de la dirigencia económica de los respectivos países. Estos sectores se benefician de las políticas proteccionistas que van en contravía de los principios de libre competencia. En todo proceso tendiente a la adopción de políticas públicas, diversos sectores de la sociedad buscan influenciar el Estado para acomodar dichas políticas a sus intereses.

Según Krakowski, el argumento que esgrimen quienes se oponen a la introducción de normas de competencia es que en países pobres y/o pequeños, *“las políticas de competencia son de reducida prioridad e implican un costo muy alto.”*⁴¹ Evidentemente, la aplicación de las políticas de competencia implican costos para el Estado, pues se necesita una autoridad de la competencia fuerte y con suficientes recursos para cumplir su función en forma técnica y eficiente.

No obstante, se considera oportuno que, para las economías pequeñas, en general son aquellas que se caracterizan por la concentración económica y niveles elevados de precios, el costo de no aplicar una normativa de libre competencia es mayor que el costo de su aplicación. Lo cual no significa que las normas de competencia de otras regiones, especialmente de Norteamérica y de la UE, deban ser aplicadas sin mayor reflexión en Latinoamérica y el Caribe. Por el contrario, el diseño de las normas debe tener en cuenta las especiales características de las estructuras económicas de cada país⁴².

³⁸ Michael Krakowski, *“Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.”* Óp. Cit.

³⁹ Carlos Alza, *“Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”*. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 16, 2003. Unión Europea. Pág. 140
https://www.academia.edu/1958242/Apuntes_para_el_dise%C3%B1o_e_implementaci%C3%B3n_de_una_agencia_de_la_competencia_moderna

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Michael Krakowski, *“Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.”* Óp. Cit.

⁴² Philippe Brusick, Ana María Álvarez y Pierre M. Horna, CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (UNCTAD). *“Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú”*. 2004. Pág. 28 y ss.

Es importante resalte que para los consumidores, a pesar de ser los directos beneficiarios de estas normas, no tienen tanta influencia sobre el proceso político porque a diferencia de los gremios económicos no están organizados. Su participación generalmente se traduce en la posibilidad de participar en los procesos electorales. Sin embargo, la clase política no necesariamente refleja los intereses de los gobernados y, generalmente, tendrá sus propias opiniones e intereses⁴³.

Pese a lo anterior, desde el extranjero también se ejerce presión para incorporar leyes de competencia. Principalmente en virtud de tratados regionales de integración o libre comercio que incluyen cláusulas sobre políticas de competencia. Las instituciones financieras internacionales tienen un papel importante puesto que la necesidad de los gobiernos de acceder a créditos los obliga en muchas ocasiones a comprometerse no sólo a unas condiciones de pago sino también a ciertas condiciones que implican reformas legislativas o la ejecución de determinadas políticas económicas. Aunque la influencia de estas es creciente en América Latina y el Caribe por el alto nivel de endeudamiento de las últimas décadas, estas tan sólo se han limitado a recomendar la aplicación de políticas de competencia. Según Krakowski el único caso en el cual la introducción de estas políticas fue una condición expresa para acceder a un crédito fue Costa Rica⁴⁴.

El propósito de todo lo anterior es la armonización de las diferentes legislaciones mediante la definición multilateral de reglas comunes sobre política de competencia es un importante reto para el futuro del Derecho de la Competencia en América. Los acuerdos supranacionales en el marco de procesos de integración regionales han jugado un papel importante en la tarea armonizadora. En América existen normas supranacionales de libre competencia en virtud de los acuerdos de integración regional, entre otros, los siguientes:

- *Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*: Protocolo para la Defensa de la Competencia, la Decisión 21 de 1996 y el Tratado de Asunción de 1999.

- *Comunidad Andina de Naciones (CAN)*: Decisión 608 de 2005, que reemplaza la Decisión 285 de abril de 1991, “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”. En cuanto al caso de la CAN doctrinantes como Gabriel Ibarra Pardo, Javier Cortázar Mora, Ana Julia Jatar y Luis Tineo⁴⁵ han considerado que la Decisión 285 fue un fracaso. Durante los catorce años de la vigencia de la norma solo cuatro casos se presentaron ante la autoridad comunitaria. Los defectos señalados por los autores mencionados fueron resueltos en gran medida con la nueva Decisión 608 de 2005.

- *Comunidad del Caribe y Mercado Común* (en inglés, *Caribbean Community and Common Market - CARICOM*): fue creada por el Tratado de Chaquaramas en el año 1973. El Capítulo VIII del Tratado contiene las normas sobre las políticas de competencia y protección al consumidor. El artículo 171 crea una autoridad de la competencia regional, denominada Comisión de Competencia Comunitaria. El Capítulo VIII define, entre otros aspectos, los objetivos de las políticas de competencia, aspectos procesales, la prohibición de determinadas conductas

⁴³ Michael Krakowski, “*Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.*” Óp. Cit.

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ Gabriel Ibarra Pardo, “*La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones.*” En: “*Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V*”. Colección Seminarios N° 17, Javegraf, Bogotá: 2004. Págs. 307 – 343

anticompetitivas y del abuso de la posición dominante. Adicionalmente, mediante el Protocolo VIII del año 2000 denominado “*Política de Competencia, Protección al Consumidor, Dumping y Subsidios*” (en inglés, “*Protocol VIII: Competition Policy, Consumer Protection, Dumping and Subsidies*”) se modificó el tratado constitutivo de la CARICOM.

- *Mercado Común Centroamericano (MCCA)*: nace del “*Tratado General de Integración Económica Centroamericana*” que fue suscrito en año de 1960 por El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y posteriormente por Costa Rica en el año 1963. El Protocolo de Guatemala de 1993 contempla en varias de sus normas, especialmente en el artículo 25, que los Estados que lo conforman deben adoptar normas de libre competencia.

- *Tratado de Libre Comercio del Atlántico Norte (TLCAN) o en inglés North American Free Trade Agreement (NAFTA)*: suscrito por Estados Unidos, México y Canadá. Entró en vigencia el primero de enero de 1994.

Finalmente, es pertinente reseñar que algunas instituciones internacionales han apoyado directamente la aplicación de las políticas de promoción de la competencia, así como la cooperación entre las distintas autoridades de la competencia, mediante recursos, asesorías, seminarios, talleres, conferencias, documentos etc. Entre ellos, el *International Competition Network (ICN)*, la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Estados Americanos (OEA), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el *International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)*, la Organización Europea de Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), la *Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, y la Comisión de Competencia de la Unión Europea⁴⁶.

1.5 Evolución Histórica del Derecho de Competencia

En la actualidad, las economías del mundo están viviendo un proceso de grandes transformaciones debido a los nuevos retos que impone la globalización. Exigiendo que las empresas logren dominar nuevas habilidades para adecuarse a los cambios en la tecnología de producción, en las tecnologías de información y en los requerimientos y necesidades de los consumidores de todo el mundo que dicho sea de paso cada vez se vuelven más exigentes.

Con el proceso de globalización se crea un enorme reto para todas las empresas, el cual es el de ser competitivos a nivel local e internacional, teniendo como consecuencia que todas las empresas de la zona que produzcan bienes o servicios similares entraran en conflicto para ganar las mejores oportunidades del mercado global. En este contexto, la libre competencia en los mercados y las políticas de libre competencia cobran relevancia particular, que determinan el escenario más propicio para que las empresas alcancen los niveles de competitividad que se necesitan⁴⁷.

⁴⁶ Ignacio De León, “*Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia*”. Óp. Cit.

⁴⁷ Néstor Vladimir Cornejo Marín, Porfirio Antonio Marinero Orantes Y Milton Noe Ocotan Soriano, “*Vacíos de Ley, que se enmarcan en la Ley de Competencia aprobada el 26 de noviembre del 2004, por La Asamblea Legislativa y que entrara en vigencia, el primero de enero del 2006*” (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2007)

Y es que hoy en día, en los mercados nacionales se necesita la creación de una institución que haga valer las reglas en las cuales se base en la libre competencia, para que garantice su vigencia de manera efectiva. Siendo así la principal clave para obtener la mejor eficiencia que los mercados internacionales exigen a las empresas⁴⁸.

El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, la cual cada día toma más significancia en el derecho ya que resulta de la concurrencia libre en el mercado de oferentes que producen bienes o servicios similares, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precios y calidad de los productos, sin existir fuerzas distintas a las del mercado mismo que intervengan con estas decisiones.

Es por ello que, el escenario perfecto para que se establezca un ambiente de libre competencia es aquel en el cual existen muchos oferentes y demandantes, sin que ninguno de ellos tenga poder para imponer condiciones unilateralmente perjudicando a los demás. En la teoría económica este es el extremo opuesto a la existencia de un monopolio, que difícilmente puede ser conseguido en los distintos mercados presentes en las economías del mundo.

Lo dicho anteriormente tiene un propósito que los estados busquen regular las prácticas competitivas, con la finalidad de garantizar que ningún agente económico maneje alguna superioridad de forma ilegítima con el objetivo de beneficiarse⁴⁹.

Y es que con el ya acelerado proceso de la globalización⁵⁰ de las actividades económicas, los regímenes nacionales de defensa de la competencia, han tendido a mostrar debilidad e insuficiencia para el control de las prácticas restrictivas del comercio.

Así las cosas se puede afirmar que la política de defensa de la competencia es usada por muchos estados en la actualidad, los cuales poseen una ley de competencia la cual va ajustada a la política local de la actividad económica.

En definitiva se debe estudiar ampliamente el desarrollo histórico de la libre competencia, pero no olvidemos que éste tiene estrecha relación con el derecho mercantil y la competencia desleal, que son materias afines con el tema en investigación; abordando en un orden lógico dicho desarrollo se explica: la relación entre derecho mercantil, libre competencia y competencia desleal, para luego iniciar el desarrollo de los orígenes del derecho mercantil, de la libre competencia y de la Competencia Desleal.

En primer lugar en el derecho mercantil, existe la competencia mercantil, que tiene un objetivo económico, que no es más que la actuación en forma independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas, en el mercado, el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, calidades o condiciones contractuales más favorables.

⁴⁸ Néstor Vladimir Cornejo Marín, Porfirio Antonio Marinero Orantes Y Milton Noe Ocotan Soriano, "*Vacíos de Ley, que se enmarcan en la Ley de Competencia aprobada el 26 de noviembre del 2004, por La Asamblea Legislativa y que entrara en vigencia, el primero de enero del 2006*" Óp. Cit.

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Cecilia Segura de Dueñas, "*La Internacionalización del Derecho de la Competencia Global. Tesis Doctoral*" Universidad de Barcelona España 2006

No obstante, no se puede concebir una competencia libre ilimitada o anárquica, dejándola a la libre voluntad o en una forma antojadiza de los competidores, por ello se establece que la competencia tiene un componente jurídico aun cuando los fines de la misma sean económicos.

Hay que tener claridad en que el derecho rige todas las conductas del ser humano en su convivencia, por lo tanto, las relaciones entre oferta y demanda como las condiciones de los mercados, y las relaciones entre los comerciantes también están reguladas por el derecho.

Es así como se establecen las principales limitantes a la libre competencia, concibiendo esta como la igualdad de los competidores ante el derecho. La libre competencia es el principio en el cual se funda el sistema económico con el objetivo de permitir que la actividad del empresario se desarrolle en un marco de libertad, donde cada empresario lucha por conservar la clientela propia y aumentarla a costa de la clientela de los empresarios competidores, esforzándose en realizar las mejores ofertas.

Y por último podemos concebir la idea de la competencia desleal como toda aquella tentativa de aprovecharse de manera indebida de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de las leyes existentes⁵¹.

Habiendo sentado las bases del derecho mercantil, la libre competencia y la competencia desleal se afirma que los tres juegan un papel en el desarrollo del comercio, el derecho mercantil que viene a regular las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambios, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión, la libre competencia, es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa del empresario, y la competencia desleal es el aprovechamiento de manera indebida de las ventajas de una reputación industrial o comercial, adquirida por los esfuerzos de otro que tiene su propiedad al amparo de las leyes⁵².

La regulación contra la competencia más en referencia hablando de la competencia desleal surge en el siglo XIX unida al liberalismo económico, y a la “libertad de industria y comercio” propugnada por la Revolución Francesa.

Por tanto la posibilidad de desarrollar libremente actividades económicas, evidenció la necesidad de evitar que ciertos competidores realizaran actos contrarios a las buenas costumbres que perjudicaran a otros participantes.

Sin embargo, la protección contra la competencia desleal, no se produjo de un modo uniforme en los distintos países. En Francia aparece como fruto de la labor jurisprudencial basada en la interpretación de un juez sobre el famoso Artículo 1382 del Código Civil de Napoleón sobre

⁵¹ Néstor Vladimir Cornejo Marín, Porfirio Antonio Marinero Orantes Y Milton Noe Ocotan Soriano, "*Vacíos de Ley, que se enmarcan en la Ley de Competencia aprobada el 26 de noviembre del 2004, por La Asamblea Legislativa y que entrara en vigencia, el primero de enero del 2006*" Op. Cit.

⁵² Ibidem

la responsabilidad extracontractual. Se utilizaba “*la action en concurrence déloyale*” para hacerla eficaz frente a ilícitos concurrenciales tales como la imitación o la confusión⁵³.

Por su parte en Alemania, afirma Francisco Vicent Chuliá⁵⁴, la tardía proclamación de la libertad de competencia en 1869 inspiró junto al exacerbado liberalismo toda la vida industrial; de modo que al principio sólo se reconocía como ilícito aquello que tenía una prohibición legal expresa. Esto motivó que la gran industria presionase para que se promulgase una ley contra la competencia desleal, la ley de 27 de mayo de 1896, la que reprimió algunas prácticas mediante sanciones penales. La ley de 7 de junio de 1909, introdujo la cláusula general, amplió las cláusulas especiales y concedió relevancia a las acciones civiles. De modo que fue este país el pionero de las normas específicas relativas a actos de competencia desleal; preocupados siempre en atender a la seguridad jurídica, crearon cuerpos de normas especiales que fueron inspiradores de posteriores cuerpos legislativos en otros países europeos.

Por el contrario y a modo de ejemplo en Inglaterra, no ha existido hasta hoy un derecho represivo de la competencia desleal, sólo se contienen prescripciones fragmentarias, aunque se han desarrollado sistemas voluntarios de autocontrol del tráfico.

En consecuencia la competencia desleal es quizás la más “*sui generis*” de las modalidades de la propiedad industrial. Su inclusión en esta materia proviene del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, cuyo primer artículo así lo prevé. En su artículo 10 bis se brinda una definición de competencia desleal y se establece la obligación de los Estados firmantes de asegurar “una protección efectiva contra la competencia desleal”⁵⁵

De tal manera que en esa evolución historia, por parte de muchos tratadistas se suele concluir que la Sherman Act de 1890 es la primera legislación nacional en defensa de la competencia y contra los monopolios, aunque fue precedida por el Código Penal francés de 1810 y por la ley de Canadá de 1889, y tuvo como antecedentes algunas legislaciones aprobadas en los Estados del oeste y del sur de Estados Unidos. Cuando se promulgó la ley Sherman, ocho Estados tenían ya en su Constitución una cláusula anti monopolios y 13 Estados ya tenían en vigor legislación antitrust⁵⁶.

Y es que bajo la aplicación de la Sherman Act, se declaraban ilegales las conductas que restringen el comercio. Sin embargo, como suele ocurrir, los comienzos de su aplicación fueron lentos, porque la ley no aclaraba qué actividades estaban prohibidas ni se establecía en ella un órgano específicamente competente para investigar y aplicar las nuevas reglas. Por eso, la nueva legislación pudo aplicarse efectivamente a partir de que en 1914 se promulgaron otras dos Leyes: la Clayton Act, que especificaba qué actividades estaban prohibidas con arreglo a la legislación

⁵³ Sandra Virginia Quintanilla Arias, Francisco Melvi Fuentes Flores y Alexcesar Maravilla Martínez, “*La Competencia Desleal*” (tesis de grado Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental San Miguel, 2004)

⁵⁴ Francisco Vicente Chuliá, “*Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal*” en revista general de derecho, no.589-90, oct-nov 1993

⁵⁵ Gerhard Schricker, “*Últimos desarrollos del Derecho de la Competencia Desleal en Europa*”, en Revista General de Derecho, año XLIX, No.583, abril-1993

⁵⁶ Cristina Alcaide Guindo, “*La evolución de la Política de Defensa de la Competencia*”, Pag.246 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710512>

antitrust y la Federal Trade Commission Act que creaba la Federal Trade Commission como órgano encargado de la investigación y aplicación de estas normas.

Al principio de su aplicación, los casos se referían fundamentalmente a asuntos internos, pero siempre es posible deslocalizar las empresas para evitar caer bajo una normativa interna, por lo que EE UU acudió a la “*doctrina de la extraterritorialidad*”, según la cual es posible aplicar normas antitrust internas a empresas extranjeras cuando cometen prácticas anticompetitivas con efectos adversos sobre los consumidores domésticos.

El paquete de legislación antitrust de EE.UU. se completó en 1950, al promulgarse la Celler Antimerger Act que prohibió la fusión de empresas con fines monopolísticos. Tras la Segunda Guerra Mundial, EE UU mostró un gran interés en expandir por otros países la promulgación de legislación antitrust⁵⁷.

El principal contenido de Ley Sherman de 1890, se encuentra en su sección primera, que contiene la declaración de ilegal hecha sobre cualquier contrato, combinación en forma de *trust* o cualquier conspiración restrictiva del comercio; y en la sección segunda, que impide la consolidación o tentativa de creación de un monopolio, ya sea de forma individual o por medio de un acuerdo concertado entre varios agentes económicos⁵⁸.

Previo a realizar algún análisis sobre la Ley Sherman, vale la pena mencionar que se ha logrado establecer que fue Canadá el primer país que contó con una ley de competencia. Se trató de la Ley de Competencia canadiense (*Competition Act*) de 1889. Dicha legislación, que en esencia es muy similar a su par de EUA, no gozó del mismo nivel de desarrollo jurisprudencial y por ello es que se concluye que el antecedente más relevante sobre leyes sobre competencia se encuentra en EUA.

En sus inicios, la aplicación de la ley no obtuvo el apoyo necesario para ser eficaz. Sin embargo, ello cambió en 1904 durante el período presidencial de Theodore Roosevelt, quien utilizó dicha normativa para combatir el poder de mercado adquirido por la constante fusión de empresas que participaban en la industria de los ferrocarriles⁵⁹.

La ley fue posteriormente aplicada durante el período del presidente William Taft en otros casos de investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia, entre los que se mencionan: *American Tobacco, Du Pont, US Steel, Eastman Kodak, American Can*, entre otros⁶⁰.

Uno de los casos más emblemáticos en cuanto la aplicación de la Ley Sherman fue el de *Standard Oil* contra EUA. En éste, la Corte Suprema confirmó en 1911 una sentencia emitida por una corte inferior que declaraba culpable al conglomerado de la industria del petróleo por la

⁵⁷ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez, “*La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia*” Óp. Cit.

⁵⁸ Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, “*Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*” t. 1 y 2, 2ª Ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005.

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Ibidem

práctica de monopolización y como parte del fallo se ordenó a la corporación, dividirse en treinta y tres compañías diferentes, cada una con su propia administración⁶¹.

En el referido caso de EUA contra *Standard Oil Co., of New Jersey* (221, U.S. 1 de 1911), es de suma importancia ya que establece el origen de la regla de la razón, que versó sobre la conducta de esta productora, transportadora, refinadora y comercializadora de petróleo, la que por medio de técnicas efectivas pero muy criticadas, como el acceso a precios preferenciales de transporte, destruyó toda su competencia en Cleveland y luego continuó desplazando competidores por toda la parte noreste de EUA. En este caso, se debatió arduamente cuál era el alcance de la Ley Sherman y se determinó que ésta únicamente aplicaba a aquellos acuerdos o combinaciones que irrazonablemente restringieran el comercio y que no todo monopolio o poder de mercado era negativo *per se*. Así, las conductas del agente económico culpable fueron analizadas bajo la regla de la razón y probaron ser igualmente lesivas para el interés general. No obstante, en el caso EUA contra *Trenton Potteries* (273 U.S. 392 de 1927) la Corte Suprema dejó claro que la regla *per se* aplicaría para carteles de núcleo duro, con especial referencia a los acuerdos de precios y que el resto de prácticas podría analizarse bajo la regla de la razón.

Así más adelante en 1914 se promulgó la Ley Clayton para secundar a la Ley Sherman que estaba siendo blanco de fuertes críticas por su carácter altamente punitivo e inicia operaciones la FTC (es el ente administrativo con finalidades de asesoramiento y de investigación en materia de competencia pero sin facultades sancionadoras, dado que en EUA, los casos de prácticas anticompetitivas son de conocimiento de las Cortes Federales a través de acciones impulsadas por la misma FTC (acción civil), DOJ (acción civil y criminal) o por particulares). Los aspectos más relevantes de esta ley fueron, entre otros, la prohibición de realizar fusiones y adquisiciones restrictivas de la competencia, fijar precios discriminatorios, celebración de contratos con cláusulas restrictivas y la intervención en otras sociedades por medio de administradores conjuntos⁶².

Por ejemplo en Europa, la regulación sobre la competencia nace con la creación del Tratado de Roma en 1957, que en sus artículos del 85 al 90 contenía lo relativo a esta materia. En la actual UE, bajo las normas contenidas en el TFUE, se prohíben los acuerdos entre agentes económicos o prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los miembros y cuyo objeto sea la distorsión de la competencia. Asimismo, se prohíbe cualquier abuso por parte de un agente económico que tenga posición dominante⁶³.

Asimismo siempre en Europa más precisamente en España, es importante mencionar como antecedente de la regulación de la defensa de la competencia, la Ley sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963. Sus normas recogían la mayoría de principios europeos y creaban un sistema para sancionar la concurrencia de prácticas anticompetitivas cuando ocasionaren un daño a la economía y a los consumidores⁶⁴.

⁶¹ Andrew I. Gavil, William E. Kovacic y Jonathan, Baker, *"Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy"* Thomson West, Minnesota, 2004.

⁶² Félix Antonio Nazar Espeche, *"Defensa de la competencia"* Depalma, Buenos Aires, 2001.

⁶³ Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, *"Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia"* Óp. Cit.

⁶⁴ Robert M. Sherwood, *"Intellectual property and economic development"*, traducción al castellano por SPECTOR, Horacio, Heliasta, Buenos Aires, 1992.

1.6 El Análisis económico del derecho en el derecho de competencia

El derecho de la competencia es concebido como la acción normativa de los poderes públicos sobre el mercado, para la protección de una competencia adecuada, es parte del derecho ordenador de las actividades económicas o derecho económico⁶⁵. Es parte de ese sistema de normas a través de las cuales el Estado ordena con mayor o menor intensidad, la configuración de la actividad económica de un país, aunque cada ordenamiento deba decidir “qué tanto Estado o qué tanto mercado” quiere favorecer.

Se ha podido evidenciar que en los últimos años, tanto el derecho económico como el derecho de la competencia han mostrado un alto grado de evolución, en virtud de algunos cambios significativos experimentados en muchos mercados, a los que la norma jurídica ha tenido que ajustarse. A título de referencia, podemos considerar la liberalización de muchas economías, la ola de privatizaciones experimentada en las últimas décadas y la mundialización de los mercados provocada por la globalización económica, cuya implicación en las relaciones económicas también han repercutido en una mayor aplicación de las normas jurídicas garantes de la libre competencia⁶⁶.

Es por ello que al abordar el derecho de la competencia desde un enfoque moderno, la doctrina norteamericana que recientemente se ha interesado por el tema- y donde nace básicamente esta rama del derecho-, expresa la necesidad de replantearse algunos de sus postulados básicos, desde una visión actual y a partir del conocimiento de una serie de conceptos pertenecientes a la teoría económica, con los que tanto académicos, como practicantes y jueces deben familiarizarse, para abordar el derecho de la competencia con mayor rigor científico⁶⁷.

Esta postura ha ido teniendo un gran respaldo en diversos ordenamientos jurídicos además del anglosajón, en los cuales hoy día, se considera que un adecuado tratamiento del derecho de la competencia requiere una mayor comprensión y entendimiento de las ciencias económicas. Es necesario comprender un poco más los fenómenos económicos básicos que son objeto de esta rama del derecho, para regularlos adecuadamente y para contribuir al adecuado funcionamiento del mercado y de la economía en general.

La idea de la reglamentación jurídica de la competencia debe adecuarse a la evolución de la doctrina especializada sobre el tema, puesto que las estructuras y los comportamientos adoptados por las empresas con el fin de competir entre sí en un mercado determinado, son un fenómeno intrínsecamente microeconómico y los mismos evolucionan constantemente. Por otra parte, además del cargado contenido económico de esta legislación, también es necesario abordar el derecho de competencia a partir de un examen de los beneficios que se obtienen con su aplicación, para evitar que la norma produzca el efecto contrario del que se espera⁶⁸. En palabras de Richard Posner, debe desentrañarse la lógica económica implícita en la legislación de

⁶⁵ Jesús Alfaro Águila-Real “*Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho*” en InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 1, Barcelona, enero 2007 <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78703>

⁶⁶ Lilliam Virginia Arrieta de Carsana “*Examen Del Objeto Y Fines De La Ley De Competencia De El Salvador Desde La Perspectiva Del Análisis Económico Del Derecho*” Berkeley Program in Law & Economics (2010) <http://escholarship.org/uc/item/60w5k6t3>

⁶⁷ Jesús Alfaro Águila-Real “*Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho*” Óp. Cit.

⁶⁸ Alfredo Bullard González “*Las políticas de Competencia, ¿por qué y para qué?*”, en *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, 2003

competencia, abordándola como parte de los esfuerzos normativos para promover la asignación eficiente de los recursos⁶⁹.

Es por eso que dada esta intrínseca relación que existe entre el derecho de competencia y la ciencia económica, es natural que sea precisamente el derecho antitrust una de las primeras disciplinas que sea examinada desde la perspectiva del análisis económico del derecho, ya que – sin perjuicio de una notable evolución- en su génesis, esta corriente parte de campos de regulación explícitamente económicos⁷⁰.

Es así que en la práctica, la mayor cantidad de beneficios que se obtienen en los niveles de bienestar de la población, que permiten valorar la mayor o menor efectividad de la legislación de competencia son precisamente de índole económica. El adecuado diseño de leyes de competencia, la correcta implementación de políticas de competencia y la efectiva aplicación de esta normativa permite mejorar la eficiencia de los mercados y el bienestar del consumidor.

Se puede concluir entonces que en virtud de estas particularidades, debe de considerarse el funcionamiento del derecho de Competencia de El Salvador desde la visión del análisis económico del derecho, constituye un ejercicio teórico con una importancia práctica muy singular, puesto que- si bien breve-, el presente apartado pretende constituir una herramienta que facilite la aplicación de esta normativa, ya que se concentra en examinar el derecho de competencia desde el análisis económico del derecho.

1.7 Antecedentes del Derecho de Competencia en El Salvador

Previo a introducirnos directamente en el estudio de los aspectos de la sobre el derecho de Competencia de El Salvador y que tienen una mayor relación con el tratamiento de los acuerdos colusivos, es de vital importancia iniciar con un apartado que está orientado al examen de los preceptos de la Constitución de 1983, los cuales se consideraran como los antecedentes al derecho de competencia en nuestro país, mismos que tienen una vinculación más evidente con la defensa de la libre competencia, por tres razones fundamentales que se examinarán a continuación⁷¹.

En primer lugar, porque el tratamiento de los acuerdos anticompetitivos adoptados por el legislador al momento de aprobar la primera Ley de Competencia de El Salvador (LC) debe ser congruente con el marco constitucional y especialmente, con el orden económico que nuestra Ley Fundamental establece. En segundo, porque debe advertirse que, si bien en el texto de la Constitución de 1983 no existe ninguna referencia expresa a la libre competencia, ésta se encuentra implícitamente protegida por la Ley Fundamental, tal como se verificara más adelante. Finalmente, porque en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia, el legislador se remite expresamente a las disposiciones constitucionales que constituyen el fundamento de la ley.

En ese orden de ideas, al abordar la presente temática la misma se concentra en los antecedentes previos que sirven para implementar el derecho de competencia en El Salvador, lo

⁶⁹ Richard Posner, “*El Análisis Económico del Derecho*”, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998

⁷⁰ Richard Posner, “*El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo*” en Revista de Economía y Derecho, Vol. 2, N. 7, invierno 2005, p. 8

⁷¹ Martín Bassols Coma, “*Constitución y Sistema Económico*” Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985

que implicar hacer un análisis previo al examen de los fundamentos constitucionales citados expresamente en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia⁷². También abordarán los antecedentes previos a los preceptos constitucionales en los que se asienta la aprobación de la Ley y a los que el legislador secundario se refirió expresamente, con el fin de analizar el marco establecido por nuestra Constitución, dentro del cual viene a insertarse esta norma de derecho económico⁷³. Sin embargo, tanto en ésta como en otras partes de este estudio, tendremos que referirnos también a otros artículos, que, si bien no fueron mencionados en las consideraciones preliminares de la LC, tienen una necesaria vinculación con la defensa de la competencia y con la aplicación de la Ley.

En razón de lo anterior se vuelve necesario precisar que una parte considerable de nuestro análisis jurisprudencial encuentra su fundamento en dos sentencias de inconstitucionalidad proveídas por la Sala de lo Constitucional- Inc. 8-87 e Inc. 2-92- ya que en muchos casos, estas dos sentencias constituyen el primer pronunciamiento sobre temas relacionados con la libre competencia o, en muchos otros, el precedente más relevante que encontramos en la jurisprudencia del máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental, aunque más recientemente, la Sala de lo Constitucional, haya formulado algunas breves consideraciones sobre la importancia de un régimen de libre competencia para el modelo económico que nuestra Ley Fundamental pretende garantizar⁷⁴.

Al momento de estudiar las consideraciones preliminares de la LC adquiere una particular importancia, y es que a pesar de tratarse de una materia sin desarrollo normativo previo en nuestro ordenamiento jurídico, los encargados de su redacción y aprobación no elaboraron una exposición de motivos. Los únicos indicios de los que disponemos sobre las razones fundamentales por las cuales el legislador consideró necesario y útil promulgar una Ley que protegiera la libre competencia, o en los que conste la finalidad y los principios esenciales que inspiran la LC se encuentran en las consideraciones introductorias o preliminares que examinaremos a continuación⁷⁵.

El examen y análisis de los fundamentos Constitucionales que se citan en los Considerandos iniciales del Decreto Legislativo N° 528 del 26 de noviembre de 2004, en los que se ha establecido textualmente que la Ley de Competencia fue aprobada con el fin de lograr una economía más competitiva y eficiente, de promover su transparencia y accesibilidad, de fomentar el dinamismo y el crecimiento de la misma para beneficiar al consumidor, así como para dar cumplimiento a los mandatos contenidos en los artículos 101, 102 y 110 de la Constitución de 1983, también reviste una particular importancia, ya que de conformidad con el principio de supremacía constitucional que rige en nuestro ordenamiento jurídico, estos preceptos fijan el marco dentro del cual los Poderes Constituidos y los particulares pueden y deben actuar.

⁷² Hermenegildo Baylos Corroza, *"Tratado de Derecho Industrial"* Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 283

⁷³ Ulrich Immenga, *"El Derecho del Mercado"*, en Revista de Derecho Mercantil n. 235, Madrid, 2000

⁷⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1987). Citada y véase en Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 2-92 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1992). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/1990-1999/1999/07/89311.PDF>

⁷⁵ Francisco Molina, *"Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el Caso de El Salvador"* Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la subregional de la CEPAL en México, México D.F., enero 2007, p. 13

Y es que todos los artículos que constituyen el marco introductorio de la LC, se encuentran ubicados en el Título V de la Constitución de 1983, dedicado al orden económico. Estas y las demás cláusulas constitucionales de contenido económico- *v.gr.* la libertad de contratación y el régimen de propiedad, constituyen lo que la doctrina ha convenido en denominar constitución económica, en la medida en que estas disposiciones proporcionan el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica de un país.

Así las cosas en noviembre del año 2004, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Competencia⁷⁶. (LC) y Durante el 2005 se implementó un plan de acción basado en la creación de la Superintendencia de Competencia (SC) y la divulgación de la LC. Para su ejecución, se identificaron fuentes de financiamiento y actividades de elegibilidad para las cooperaciones otorgadas a dicho plan de acción.

La historia nos lleva a un 1° de enero de 2006, fecha en que la Superintendencia de Competencia inició operaciones, pasó por un proceso muy dinámico de formación y aprendizaje, se concentró en los primeros meses en el desarrollo institucional, para llevar a cabo su mandato de promoción, protección y garantía de la competencia, en forma óptima⁷⁷.

En materia de aplicación de ley, en la Superintendencia de Competencia ejecutó sus primeras actividades dentro de las cuales se recibieron catorce denuncias sobre presuntas violaciones a las disposiciones de la Ley de Competencia procedentes de agentes económicos de diversos sectores de la economía salvadoreña.

Por otro lado en materia de abogacía o promoción de la competencia, la Superintendencia de Competencia inició estudios de mercado en sectores considerados claves para la economía salvadoreña, tales como combustibles líquidos, medicamentos y electricidad; emitió nueve recomendaciones de política pública producto de la investigación de casos y el estudio de combustibles líquidos.

En lo relativo a la actividad internacional, a iniciativa de El Salvador, nuestro país fue sede del IV Foro Latinoamericano de Competencia, siendo el primero celebrado en un país latinoamericano. Los viceministros encargados de la integración centroamericana conformaron el Grupo Centroamericano de Trabajo de Política de Competencia⁷⁸.

Además de las actividades de aplicación de la ley, también se resolvió sus primeros casos iniciados en 2006, los más emblemáticos fueron el del sector de combustibles y el de mercado de televisión por cable.

También se emitió un total de seis resoluciones ordenando el cese de prácticas anticompetitivas derivadas en cinco de ellas de abusos de posición dominante de agentes económicos en sectores estratégicos de la economía salvadoreña, y en el otro por acuerdos entre competidores para fijar comisiones.

⁷⁶ Ley de Competencia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004)

⁷⁷ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez, *“La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia”* Óp. Cit.

⁷⁸ *Ibidem*

Por otra parte, también se atendieron siete solicitudes de concentraciones económicas en el sector financiero y de distribución de productos. Vale mencionar que en cuanto a la actividad judicial, la Superintendencia inició su defensa de casos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En ese desarrollo evolutivo es importante mencionar que finales de ese mismo año, se aprobaron reformas a la Ley de Competencia por medio de las cuales se endureció el régimen sancionatorio, incorporando a las multas máximas imponibles un criterio alternativo de proporcionalidad en relación a la gravedad de la práctica anticompetitiva. Con las reformas las multas pueden ir desde el 6% de las ventas anuales o hasta el 6% de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior, o una multa equivalente a un mínimo de 2 veces y hasta un máximo de 10 veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta. Adicionalmente, se adoptó una multa para los agentes económicos que no cumplen con la obligación de notificar previamente una concentración económica y los que no acaten las obligaciones impuestas en la resolución que condiciona una concentración económica⁷⁹.

También es necesario mencionar que se reforzaron los poderes de la autoridad, tanto del Superintendente, en la fase de investigación, como del Consejo Directivo, en la fase de resolución. Las reformas le permiten a la institución recopilar información en forma veraz y oportuna a través de registros sorpresivos con la autorización previa de un juez con competencia civil o mercantil, del lugar a donde se encuentra el inmueble a allanar. También, se le otorgaron facultades para dictar medidas cautelares e imponer condiciones u obligaciones estructurales para el cese de las prácticas anticompetitivas, entre otras.

Así las cosas ya con el objeto de promover estas reformas, se consultó a más de treinta jueces del país, de juzgados mercantiles y civiles, el propósito principal fue darles a conocer en qué consistían las reformas en especial la de realizar registro con prevención de allanamiento

Por otra parte en relación a la labor de abogacía o promoción de la competencia, y su enfoque de impulsar y consolidar una verdadera cultura jurídica y económica de la competencia, se realizaron estudios de las condiciones de competencia de los sectores marítimo portuario, avícola, gas licuado de petróleo y telecomunicaciones. A partir de algunos de ellos y de la investigación de casos se emitieron veintidós recomendaciones de política pública.

En otro aspecto la Superintendencia también suscribió convenios de cooperación y coordinación con entes reguladores nacionales y con autoridades homólogas de competencia, entre otras: Costa Rica, España, Chile, Perú, México y Panamá, logrando además el reconocimiento internacional con la participación en eventos y grupos de expertos en materia de competencia. El evento más emblemático fue el Taller de Carteles de la Red Internacional de Competencia económica, celebrado en El Salvador con la participación de cerca de cuarenta países del mundo⁸⁰.

De igual manera en mayo de 2008, fueron aprobadas las reformas al Reglamento de la Ley de Competencia, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial en junio del mismo año.

⁷⁹ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez *“La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia”* Óp. Cit.

⁸⁰ Ibidem

En lo concerniente a la labor de aplicación de la Ley de Competencia, llevó a cabo su primer registro con prevención de allanamiento de dos agentes económicos en el mercado de harina de trigo para determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre competidores. Dicho procedimiento finalizó con una resolución en la que se determinó graves infracciones a la Ley de Competencia por parte de los agentes económicos investigados e impuso dos multas que totalizaron \$4,032,421.36. USD.

También es importante destacar que así mismo, la actividad de revisión en el Órgano Jurisdiccional en las resoluciones de la SC aumentó, teniendo más casos por defender en la Sala de lo Contencioso Administrativo, tan es así que las solicitudes de concentración económica atendidas por la SC fueron catorce, de las cuales dos fueron autorizadas, en el sector de energía y telecomunicaciones.

Otro aspecto que es necesario enfatizar es el relativo a la labor de abogacía o promoción de la competencia, la Superintendencia de Competencia realizó estudios sobre las condiciones de competencia de los sectores de azúcar y de arroz, y, además, llevó a cabo doscientas dos actividades de divulgación, incluidas en ellas capacitaciones a las unidades de adquisiciones y contrataciones institucionales (UACIS) de diferentes instituciones gubernamentales del país.

Teniendo como efecto el hecho que se emitieron un total de nueve opiniones sobre normativas, en los sectores de electricidad, medicamentos, hidrocarburos y portuario. Además, a partir de ese mismo año, en virtud de las reformas a la ley, se emitieron quince opiniones sobre procesos de licitación pública en los sectores de electricidad, medicamentos, hidrocarburos y servicios. A partir de algunos de los estudios, opiniones e investigación de casos se emitieron sesenta y seis recomendaciones de política pública.

Además de lo anterior la SC también fue sometida al examen inter-pares de Derecho, Política y Ley de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), realizado en el contexto del VI Foro Latinoamericano de Competencia desarrollado en Panamá⁸¹.

1.8 Base Constitucional del derecho de competencia

Al momento de establecer los esquemas de la protección de la libre competencia, estos ha sido una obligación constitucional del Estado desde la Constitución de 1950, la cual no había tenido un desarrollo legislativo que la hiciera efectiva, sino hasta en el año 2004, cuando se aprobó la Ley de Competencia⁸².

Con el propósito de establecer la base y orden constitucional, en nuestra actual Ley Primaria se divide en 11 títulos, en los que el Constituyente de 1983 pretendió reunir los

⁸¹ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez, *“La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia”* Óp. Cit.

⁸² Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 48 *“La Ley de Competencia”*. San Salvador diciembre 2004 fusades.org/sites/default/files/investigaciones/boletin48.pdf

fundamentos esenciales de la convivencia nacional⁸³. Uno de estos títulos está exclusivamente dedicado al orden económico nacional y en él se encuentran concentradas las cláusulas económicas de nuestra Constitución vigente. Sin embargo, tal como ocurre con otros textos constitucionales y tal como ha apuntado un sector mayoritario de la doctrina, se puede advertir que también completan la constitución económica, los demás preceptos de contenido económico incluidos en la norma constitucional, aunque no estén sistemáticamente ubicados en el Título V⁸⁴.

De tal manera que en la Constitución de El Salvador de 1983, también encontramos cláusulas de contenido económico, que no están exclusivamente ubicadas en el Título V, como el artículo 22 CN, en el que se establece la libre disposición de bienes y el artículo 23 Constitución, en el que se garantiza la libertad de contratación.

Por tal razón es que la constitución económica de un Estado generalmente refleja los valores y principios básicos que deben regir las relaciones económicas de un país. En algunos casos, las opciones del Poder Constituyente aparecen expresa y concretamente señaladas, pero en otros, como en el caso de El Salvador, éstas deben poderse deducir del entramado de cláusulas contenidas en la Constitución y de los principios y valores que las inspiran, para dotarlas de contenido, dentro de un margen de flexibilidad permitido por la Ley Fundamental, con el fin de favorecer su perdurabilidad a través de su adaptación a las necesidades de los Gobiernos sucesivos⁸⁵.

En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la doctrina nacional han señalado que sobre las cláusulas económicas de la Constitución de 1983 concuerdan que en nuestra Ley Fundamental vigente no aparece expresamente señalado un modelo económico específico, sino más bien una serie de principios fundamentales que el Estado debe garantizar, independientemente del modelo concreto que el legislador o el poder político decidan adoptar en uno u otro momento de nuestra vida nacional, siempre y cuando se mantengan dentro de los contornos que el legislador Constituyente estableció⁸⁶.

Por lo que basta concluir que de la lectura del texto de los artículos que integran el Título V, se podrá constatar que la constitución económica salvadoreña se construye a partir de dos principios cardinales que rigen el orden económico: la libertad individual y el interés social. La libertad aparece indudablemente como uno de los principios fundamentales que el legislador Constituyente privilegió para regir las relaciones económicas.

Lo anterior se colige de la multiplicidad de manifestaciones del principio de libertad económica consagradas expresamente en la Constitución de 1983: por ejemplo. libertad económica, libertad empresarial, libre iniciativa privada, libre contratación, libre disposición de bienes y libre testamentifacción, las cuales se erigen como instituciones esenciales de la economía

⁸³ Manuel Aragón Reyes “*Constitución económica y libertad de empresa*” en AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez, Civitas, Madrid, 1996, p. 166,

⁸⁴ Martín Bassols Coma “*Constitución y Sistema Económico*” Óp. Cit.

⁸⁵ Papier “*Ley Fundamental y Orden Económico*” en BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 560 y ss.

⁸⁶ Francisco Bertrand Galindo et al, “*Manual de Derecho Constitucional, Tomo II*”, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992, p. 823

nacional, pero también como verdaderos derechos fundamentales de la población, por cuanto configuran un ámbito de actuación garantizado en materia de actividades económicas.

A manera de equilibrio a este amplio margen de libertad económica y a sus muchas manifestaciones, el Legislador Constituyente estableció un modelo económico reiteradamente orientado al bienestar general ya que en muchas de las disposiciones del Título V de la Constitución de 1983, el Constituyente proclamó que el interés social o interés general, constituye una de las aspiraciones éticas fundamentales de nuestra organización económica: el orden económico, la libertad económica, la iniciativa privada, el derecho a la propiedad privada se establecen con una función social, para la consecución del bien común, para el beneficio del mayor número de habitantes de la República.

Dicha estructura normativa crea las bases para que, a pesar de no existir mención expresa en la Constitución, ni pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional o estudios nacionales detallados sobre el modelo económico que se desprende de la Constitución en vigor, durante la investigación realizada es necesario establecer que el paradigma al que más se ajusta el modelo que rige actualmente las relaciones económicas en nuestro país, es el de una economía social de mercado o de una economía de mercado socialmente compatible.

Como resultado de lo mencionado en el párrafo que antecede lo que se busca es que se garanticen una serie de libertades propias de la economía de mercado, como la libertad de empresa o la libre iniciativa privada, lo que impide que se establezca una economía totalmente planificada o dirigida, pero de otra, la Constitución dispone que toda la actividad económica debe tener una orientación social, por lo que tampoco cabe un modelo de economía de mercado puro, caracterizado por una actitud estatal de "*laissez faire, laissez passer*"⁸⁷.

El orden económico establecido por la Constitución pretende promover y proteger la libre iniciativa privada y la propiedad, como principios rectores de las relaciones económicas, pero que estén sometidos únicamente a las fuerzas del mercado. Sin embargo, en este mismo entramado, toda actividad económica libre aparece limitada expresamente por los intereses colectivos⁸⁸. Es decir que, si bien el texto constitucional favorece la libertad individual de todos los participantes en el mercado, ésta se encuentra expresa y reiteradamente modulada por el bien común.

Conviene mencionar entonces que en las versiones taquigráficas que recogen las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1983, quedaron registrados algunos de los principios básicos entorno a los cuales se pretendió organizar el orden económico nacional. De forma general, aparece en primer lugar, que la configuración del régimen económico fue fruto de la conciliación inter partidaria, con el fin de adoptar un modelo que aportara equilibrio al conflicto social que vivía nuestro país en ese momento. En segundo lugar, también se consignó que el legislador Constituyente optó por una redacción que fuera lo suficientemente amplia para garantizar la perdurabilidad del texto.

⁸⁷ Mario Antonio Solano Ramírez, "*Derecho Constitucional de El Salvador*" Tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª edición, San Salvador, 2006, p. 119

⁸⁸ Peter Häberle, "*Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado*", traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 5 sobre la Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, p. 23,

En consecuencia al verificar la transcripción literal de las discusiones, también se podrá visualizar que la idea central que atraviesa todo el articulado económico, fue la aprobación de un régimen que favoreciera el crecimiento económico y el aumento de la riqueza nacional, sin desproteger el bienestar general de la población.

También es válido manifestar que el tipo de Estado que las Constituciones salvadoreñas han venido determinando a partir de la Ley Fundamental de 1950, por lo que se vuelve necesario precisar tal como se dijo al inicio de este apartado, que fue la Constitución Política de 1950 la que instituyó el Estado Social en nuestro país⁸⁹. Si bien en todo el articulado no existe una mención expresa que así lo proclame, la idea del Estado Social sí se estableció en la exposición de motivos del artículo 2 de la Constitución de 1950, donde los Constituyentes expresamente establecieron que ésta había sido intención al momento de incluir y redactar esta disposición de la Ley Fundamental.

Además del texto del artículo 2, en el cual el Constituyente manifestó que era obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social, manifestaciones concretas de este rasgo del Estado Social de Derecho aparecen reflejadas en reiteradas disposiciones del texto de la Constitución en vigor. El Estado de El Salvador es un Estado que no sólo proclama derechos y libertades, y que en materia económica no solo deja hacer y deja pasar, sino que asume un cúmulo de obligaciones que pretenden garantizar un mínimo de condiciones vitales para sus habitantes.

Esta configuración del Estado salvadoreño que con distintos matices ha permanecido invariada desde ese momento histórico, puesto que la misma disposición fue reproducida en términos idénticos en el artículo 2 de la Constitución de 1962, e integrada en el inciso 3º del artículo 1 de la Constitución de 1983,⁹⁰ constituye otro condicionante que el legislador y el Gobierno deben respetar y garantizar al momento de configurar el orden económico nacional, ya que el Estado Social como forma de organización, representa el marco exterior dentro del cual deben operar los poderes constituidos, que se traduce en la práctica en un principio orientador de toda la actividad del Estado, que impone determinada forma de actuar a los poderes públicos⁹¹.

Es por ello que en las siguientes líneas se determinara lo relativo al encuadramiento económico constitucional vigente al momento de aprobarse la primera Ley de Competencia ha sido respetado y adecuadamente desarrollado por el legislador secundario y si se han tomado en cuenta los imperativos y las limitaciones establecidas por el Título V y por el marco general proporcionado por la Ley Fundamental, el cual se caracteriza por ser un sistema mixto⁹², en el que se garantiza la participación privada y se habilita la participación estatal en la economía, no como la regla, sino como la excepción, ya que sobre este tema, la Sala de lo Constitucional ha dicho que las medidas ordenadoras de la actividad económica deben ser razonables y moderadas, fundadas

⁸⁹ Álvaro Magaña, "*El Estado Social y Democrático de Derecho*" en Revista de Ciencias Jurídicas n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, p. 81,

⁹⁰ Álvaro Magaña, "*Derecho Constitucional Financiero Salvadoreño*" Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 4, San Salvador, 1989

⁹¹ Álvaro Magaña, "*Derecho constitucional presupuestario salvadoreño*" Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 20, San Salvador, 1996

⁹² Álvaro Magaña, "*Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña*" en Cuadernos IEJES, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996.

en claros fines de interés general y orientadas por el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado debe ayudarlas, pero no absorberlas⁹³.

Para finalizar este apartado introductorio, se considera necesario precisar el hecho de que al momento de configurar el régimen del orden económico, la mayor parte de las Constituciones – y la nuestra no es excepción- hacen naturalmente referencia a conceptos propios de la ciencia económica: por ejemplo. eficiencia, productividad, monopolios, así como a una serie de conceptos indeterminados, como el interés social, sobre los cuales existe una gran diversidad de opiniones⁹⁴. En igual forma como sucede en los Estados democráticos con la mayoría de los preceptos constitucionales de contenido económico, cada Legislatura y cada Gobierno poseen cierto margen para darles determinada orientación, al desarrollarlos en un momento y en una realidad específica, por medio de su regulación normativa y del diseño e implementación de las políticas económicas⁹⁵.

La particularidad antes mencionada dota de especial relevancia la concreción actualizada del significado de las disposiciones constitucionales que se alcanza a través de la interpretación que hace la Sala de lo Constitucional; sobre todo en sistemas como el nuestro en el que este Tribunal es el único que puede interpretar la Ley Fundamental en forma general y obligatoria.

Se puede concluir entonces que este conjunto de circunstancias, ha llevado a centralizar el análisis del contenido específico de los preceptos constitucionales que constituyen el fundamento constitucional de la Ley de Competencia, en la voluntad del legislador Constituyente y en la jurisprudencia que el máximo intérprete de la Constitución ha proveído sobre cada uno de ellos hasta la fecha.

⁹³ Álvaro Magaña, “*Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña*” Óp. Cit.

⁹⁴ Martín Bassols Coma, “*Constitución y Sistema Económico*” Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985 Óp. Cit.

⁹⁵ Manuel García-Pelayo, “*Consideraciones sobre Las Cláusulas Económicas de la Constitución*”, en Obras Completas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

CAPÍTULO 2

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS SOBRE EL DERECHO DE COMPETENCIA

2.1 Competencia y Competitividad

Al comenzar a abordar el presente capítulo es necesario definir ciertos conceptos en razón a que en la práctica suelen confundirse, es por ello que se debe de analizar los mismos pues al tener claridad por ejemplo en el objeto protegido y en los fines perseguidos por una normativa son fundamentales para lograr una correcta y efectiva aplicación de la misma.⁹⁶

Por tal motivo se vuelve necesario que previamente se tenga claro que la competencia es una situación deseable en los mercados, su existencia aumenta la base de la actividad económica y repercute en la generación de empleo, innovación y crecimiento.

Con el propósito de conservar y garantizar estas condiciones, es que la ciencia del Derecho ha incursionado en esta rama de la Economía mediante la creación del Derecho de Competencia, rama de Derecho Público que, entre otras cosas, tipifica y prohíbe las conductas anticompetitivas. La competencia como instituto económico ha existido desde el nacimiento del comercio. Sin embargo, por muchos años, este fenómeno se desarrolló sin control estatal.

Siendo entonces que el Derecho de Competencia tiene como finalidad principal velar por un interés de carácter general, el funcionamiento transparente del mercado y su eficiencia, porque ello beneficia al consumidor.

Al abordar la temática de la política de competencia es, por tanto, importante para la consecución de aumentos en los niveles de inversión, progreso tecnológico, incrementos de eficiencia y mejoras de institucionalidad, que son todos elementos importantes para el desarrollo económico y social⁹⁷.

En ese orden de ideas conviene en primer lugar, abordar sobre la certeza de la normativa a aplicar respecto a los conceptos jurídicos por ejemplo del objeto protegido resulta indispensable para determinar cuáles conductas son capaces de afectarlo y cuáles no, con el fin último de poder delimitar las prácticas que deber sancionarse, por cuanto afectan el bien jurídico protegido. En segundo lugar, porque la claridad respecto de los fines protegidos por la Ley de Competencia, también constituye un elemento esencial para lograr su adecuada aplicación, puesto que, tal como se podrá constatar a lo largo de la presente investigación, la determinación de los fines perseguidos por la norma coadyuva a distinguir con mayor exactitud cuáles son los acuerdos anticompetitivos que vulneran el espíritu de la Ley.

⁹⁶ Ricardo Alonso Soto, *“El Interés Público en la Defensa de la Competencia”*, en La Modernización del Derecho de la Competencia, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005

⁹⁷ Superintendencia de Competencia *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”* Modulo 1 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2> <http://ecompetencia.sc.gob.sv>

Es preciso destacar que competencia ha sido inicialmente un concepto económico, para convertirse posteriormente también en un concepto jurídico. Entonces surge la pregunta ¿Qué es la competencia?

A efectos de responder la anterior interrogante se puede dimensionar que es la situación del mercado en que los agentes económicos luchan, de forma independiente, por una clientela de compradores para alcanzar un objetivo empresarial concreto, por ejemplo: utilidades, ventas o una mayor participación de mercado. La rivalidad entre agentes económicos puede referirse a los precios, a la calidad, al servicio o a una combinación de éstos y otros factores que puedan valorar los consumidores puesto que eso da origen al bienestar para el consumidor y mayor eficiencia⁹⁸.

Pese a que el concepto de competencia es de difícil denominación. no obstante, de la doctrina y de la jurisprudencia especialmente de la extranjera, pueden extraerse algunos elementos que ayuden a delimitar tal concepto en una primera aproximación podemos decir que el concepto de competencia es utilizado en el campo del derecho y la economía como opuesto a “monopolio”, esto es del poder del mercado en un producto y territorio determinado, y recae sobre una sola persona (o en algunas pocas, en cuyo caso constituiría un “oligopolio”). En síntesis, lo que se procura evitar es el poder discrecional que tiene un monopolio sobre los precios y la producción. Se procura que estos sean el resultado del libre juego de la oferta y la demanda⁹⁹.

Otro de los aspectos que se vuelve necesario discutir es sobre la política de competencia que busca evitar que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor. Para valorar este comportamiento resulta imprescindible analizar la estructura del mercado, en el que los agentes desarrollan su actividad, así como las restricciones que enfrentan en el mismo.

Lo anterior nos conduce a mencionar que el sistema de reglas que vela por el comportamiento competitivo de los agentes en el mercado y que normalmente se designa como “derecho de la competencia” toma muy cuenta las lecciones del análisis económico del derecho y se aplica sobre la base de las mismas, dando lugar a lo que podemos denominar como Economía de la Competencia, que son los principios económicos básicos¹⁰⁰ a tomar en cuenta a la hora de afrontar el análisis Antitrust.

Como por ejemplo para doctrinarios como Siegbert Rippe¹⁰¹, la competencia es como una competición o lucha entre varias personas para la adquisición de un bien limitado que no está disponible para todos o no lo está en la medida necesaria para satisfacer las necesidades de cada uno; entendiéndose por bien toda entidad material o inmaterial que satisface una necesidad; segundo este autor la competencia ofrece dos características: a) se puede ejercitar en cualquier campo de la actividad humana y entre los miembros de cualquier categoría que opere en ella; y b) es una tendencia irreprimible de la naturaleza humana, que puede ser disciplinada restringida o limitada, pero no abolida: supone una rivalidad, una emulación de comerciantes que se esfuerzan

⁹⁸ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 1 edición 2010 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

⁹⁹ Mariano Carbajales y Dardo Marchesini, “Teoría y práctica de la defensa de la competencia” editorial Vilella, Buenos Aires, 1978

¹⁰⁰ Siegbert Rippe, “La Competencia Desleal” Montevideo 1970

¹⁰¹ Ibidem

por obtener ventajas y establecer el éxito de sus negocios. Decir concurrencia es decir libre concurrencia, iniciativa privada, libertad de iniciativa económica, libertad de industria o comercio, libertad de entrada de nuevas empresas al mercado. Expresiones a veces sinónimas son designaciones de situaciones diversas relacionadas e interdependientes, presupuestos o consecuencia de la concurrencia o expresiones particulares de un mismo principio: la libertad aplicada a la economía.

Inclusive Siegbert Rippe también concluye que cuando se habla de concurrencia o competencia debe identificar los siguientes elementos: a) una pluralidad de sujetos económicos; b) estos sujetos operan contemporáneamente o en una determinada unidad de tiempo; c) ofrecen productos o servicios homogéneos o sucedáneos, para satisfacer los mismos o similares necesidades, sobre el mismo mercado; d) el fin, adquirir o atraer para si clientela para obtener el bien o el servicio, objeto de la competición¹⁰².

Por otra parte, existen ciertos autores como Mariano Carbajales y Dardo Marchesini¹⁰³, que sostienen al abordar el concepto de competencia, se debe pensar en el libre juego de la oferta y la demanda, evitando el monopolio sobre la producción y los servicios es por ello que algunos de los elementos identificados por dichos autores sirven como demostrativos de un mercado competitivo son los siguientes:

Número e importancia relativa de los distintos competidores.

- a) Oportunidad de acceso al mercado.
- b) Independencia de los competidores.
- c) Existencia de prácticas depredatorias.
- d) Tasa de crecimiento del mercado.
- e) Incentivos para adoptar conductas competitivas.
- f) Igualación y reducción de precios
- g) Capacidad excedente.
- h) Diferenciación y homogeneidad de productos, y diferenciación de precios.

El concepto de la libertad de competencia¹⁰⁴ se ha categorizado al denominarlo un bien porque es evidente que donde hay concurrencia hay lucha, y esta lucha es por la conquista del mercado y de la clientela. En esa búsqueda de los fines primordiales que éstos son las personas que concurren, compiten entre sí, hay emulación, hay necesariamente por parte del concurrente, un mayor esfuerzo que el que desarrollaría en el caso de que no se hubiere planteado ninguna situación de concurrencia. Y si hay más esfuerzo, se desarrolla el espíritu de competencia donde gana el mejor, la concurrencia es un hecho útil y ventajoso que favorece al progreso y al consumidor.

Por eso es que la libre concurrencia asegura a todos los productores una compensación normal, asegura la normal retribución de todos los factores de la producción, equilibra la producción al consumo eliminando una antieconómica producción de mercaderías en cantidad superior a las necesidades, incita a una más razonable producción, con mejoramientos técnicos y

¹⁰² Siegbert Rippe, "La Concurrencia Desleal" Óp. Cit.

¹⁰³ Mariano Carbajales y Dardo Marchesini, "Teoría y práctica de la defensa de la competencia" Óp. Cit.

¹⁰⁴ Siegbert Rippe, "La Concurrencia Desleal" Óp. Cit.

económicos que derivan en un perfeccionamiento del producto o en una disminución del costo de producción, mejora la satisfacción de las necesidades, ofreciendo un mejor producto o acercando la oferta del bien o servicio a la necesidad, o favoreciendo al consumidor en las condiciones de las ofertas. En síntesis, la competencia es el alma del comercio y un factor principalísimo del progreso económico.

Por otro lado la competencia también puede ser un mal, porque puede determinar una producción desproporcionada en relación con las verdaderas exigencias, y, en consecuencia, determinar crisis peligrosas de superproducción o baja producción, con destrucción de riquezas y graves consecuencias para la colectividad. Sin embargo esa necesidad de superar al adversario, dar lugar a procedimientos deshonestos, perjudicando en último análisis al consumidor y perjudicando además la moralidad del comercio, ahí es entonces cuando adquiere relevancia la limitación introducida a los textos constitucionales de los países, en cuyas disposiciones se afirma el principio de la libertad de comercio, restringiendo su aplicación en función del interés general que establecen las leyes¹⁰⁵.

En ese orden de ideas mientras la competencia es una situación de mercado como quedó establecido *supra*; la competitividad es la capacidad de competir de una empresa, sector o industria para que los bienes que produce o servicios que presta debido a sus precios, calidad y variedad, sean los preferidos por los consumidores a nivel nacional, regional o internacional. Es la capacidad de obtener mayor rentabilidad en el mercado frente a sus otros competidores¹⁰⁶.

En pocas palabras, una empresa será más competitiva en un mercado si logra producir más a menor costo, con altos niveles de productividad, eficiencia y calidad, todo lo cual se traduce en una elevada rentabilidad por unidad de producto. En este sentido, las empresas más competitivas son aquellas que pueden asumir mayor cuota de mercado ante empresas menos competitivas¹⁰⁷.

2.1.1 Competencia en los mercados

Es preciso ahora abordar sobre la teoría económica nos explica por qué el desarrollo de mercados competitivos constituye un objetivo de política económica y por qué precisamente por ello es necesario un sistema de normas de defensa de la competencia¹⁰⁸.

Tenemos que en un mercado competitivo puede conducir a una asignación eficiente de los recursos y confiere ventajas a los consumidores, tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Tal como se ha ido afirmando el Derecho de la competencia se originó en los Estados Unidos de América en el siglo XIX y ha alcanzado en los últimos tiempos una extraordinaria difusión de modo que, en la actualidad, ha entrado a formar parte de los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países que han adoptado el sistema de economía de mercado¹⁰⁹. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegurarse clientes y no ver reducidas sus ventas.

¹⁰⁵ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, Antiguo Cuscatlán, El Salvador: 2013.

¹⁰⁶ Superintendencia de Competencia “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Óp. Cit.

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ Robert Sherwood, “Los sistemas de propiedad intelectual y el estímulo a la inversión” Editorial Heliasta, Argentina 1997

¹⁰⁹ Joaquín Garrigues, “La defensa de la competencia mercantil” Editorial: Madrid, Sociedad estudios y publicaciones., 1964

De tal modo que para persuadir a los consumidores, es necesario que se esfuercen por mejorar la calidad de los precios de los productos e innovar para desarrollar nuevos bienes y servicios y emplear tecnologías eficientes que minimicen los costes de producción¹¹⁰.

Ahora bien en cuanto a la relación con los costes de producción podemos distinguir dos tipos: los costes fijos y los costes variables. Los costes fijos son aquellos en los que incurre la empresa, independientemente de su nivel de producción. Por ejemplo, para la instalación de una fábrica de tornillos es necesario adquirir una nave en la que se pueda instalar la maquinaria necesaria para fabricar el producto. Independientemente del volumen de tornillos que produzca necesita adquirir o alquilar una nave en donde instalar toda la maquinaria¹¹¹.

A modo de ejemplo los costes variables, son aquellos que dependen del volumen de producción. Por ejemplo, la cantidad de metal necesario para fabricar los tornillos que debe adquirir la compañía depende de la cantidad de tornillos que se vayan a fabricar.

Por otro lado, los costes totales de producción de una empresa no son más que la suma de costes fijos y los costes variables. A partir de estas funciones de costes la teoría económica define diversos conceptos que resultan enormemente relevantes en el estudio de mercados:

1. Tenemos por un lado el coste marginal de producción es el coste de producir una unidad adicional de producto, suponiendo que los precios de los factores productivos permanecen constantes Este coste varía dependiendo del nivel de producción. En general, a partir de un determinado nivel de incrementos ulteriores de la producción, pueden tender a incrementar los costes marginales por que el rendimiento de los factores productivos decrezca. En el límite, el coste marginal puede hacerse muy elevado.

2. También tenemos el coste medio de producción se define como el cociente entre el coste total de producción y el número de unidades producidas. Al igual que el coste marginal, el coste medio puede variar dependiendo del nivel de producción. Por ejemplo, si existen costes fijos asociados al proceso de producción de un bien, aunque los costes variables sean lineales, los costes medios serán menores cuanto mayor sea el nivel de producción. Existe una relación directa entre la función de costes medios y la función de costes marginales. Cuando los costes marginales son superiores a los costes medios, estos son crecientes. Esto se debe a que, si el coste de producir una unidad adicional es superior al coste medio actual, los costes marginales son inferiores a los costes medios: ocurre exactamente lo contrario. Al incrementar en una unidad el volumen de producción, el coste medio disminuirá.

3. Por último es necesario aclarar que no siempre los mercados son capaces, por sí mismos, de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. Puede ocurrir que el funcionamiento del mercado se vea distorsionado de manera que las decisiones de precios y de inversión de las empresas no sean las óptimas y el bienestar de los consumidores se resienta. Dos son las causas por las cuales no alcanzan asignaciones eficientes:

¹¹⁰ Eduardo Galán Corona “*Acuerdos restrictivos de la competencia*” Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1977.

¹¹¹ Jorge Otamendi “*Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia*” Heliasta, Argentina 1981

a) Cuando existe lo que la teoría económica denomina fallos de mercado, esto es, situaciones en las que el mecanismo de precios no puede reflejar adecuadamente las decisiones de oferentes y demandantes, y no conduce por tanto a una asignación eficiente. En este sentido, se identifican como fallos característicos los denominados bienes públicos, - las externalidades (en ocasiones existen costes o beneficios derivados del proceso de producción de un bien, o del consumo del mismo, que repercuten sobre terceros agentes y cuyo efecto no está internalizado, ejemplo: la contaminación generada por una fábrica sobre su entorno, o el humo de cigarrillos en un local público), lo incorporado en su precio o los problemas de información asimétrica (estos surgen cuando los agentes participantes en un mercado disponen de diferente información). En general, los fallos de mercado se derivan de las propias características de los productos y de su proceso productivo. De aquí que también se suele incluir entre ellos a los monopolios naturales¹¹².

b) Cuando los propios agentes distorsionan el funcionamiento del mercado. Las empresas pueden, en ocasiones, de forma unilateral o conjunta, influir en la cantidad de output del mercado y en la relación calidad-precio del producto para obtener de manera anticompetitiva una rentabilidad extraordinaria en detrimento de otros competidores y del bienestar del consumidor.

En cualquiera de los dos casos, es decir por existencia de fallos de mercado o porque los agentes desarrollen prácticas anticompetitivas, no se alcanzará una asignación eficiente de recursos. Por ello, puede ser aconsejable que los poderes públicos intervengan para corregir o paliar esas desviaciones de la solución competitiva.

Sin embargo, la intervención debe estar diseñada de tal forma que no se empleen soluciones que vengán a distorsionar todavía más el funcionamiento de los mecanismos competitivos. Ello requiere que se minimicen los costes asociados a la misma y no se suplanten los mecanismos de mercado.

Los poderes públicos se conciben destinados a salvaguardar el marco institucional necesario para garantizar el funcionamiento del mercado libre, a vigilar su cumplimiento y a complementarlo cuando sea necesario, así como a eliminar las imperfecciones que puedan restringir la competencia, no a suplantarla¹¹³.

Para finalizar el presente apartado es viable tener en cuenta lo que nuestra jurisprudencia nacional ha retomado como Libertad empresarial y es que "...aun cuando la libertad empresarial es uno de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución de la República, aquella no es absoluta e irrestricta; por ejemplo, siendo que la libertad empresarial es un derecho vinculado con la defensa de la competencia, es preciso que su ámbito de actuación no traspase el marco constitucional y legal que prescribe la protección de la competencia. Si lo traspasa, se configura una infracción a la LC que activa el procedimiento sancionador correspondiente. Al igual que otras libertades, la empresarial opera con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales encaminadas a asegurar la libertad de los demás"¹¹⁴.

¹¹² Manuel Ahijado Quintillán *"Curso de microeconomía: Teoría. Volumen 1, Volumen 1"* Centro de Estudios Ramón Areces, 1989

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia Sentencia de Incidente de Recurso de Revisión SC-014-O/PS/NR-2012 - Referencia: 03/04/13 (El Salvador: Antiguo Cuscatlán, Superintendencia de Competencia, 2013) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-014-O-PS-NR-2012_030413_1035.pdf

2.2 Libertad de Competencia

Se dice que el derecho de la competencia se apoya en el principio de la libertad de competencia, el cual es un principal componente de la libertad de empresa en la economía de mercado. Por eso es válido afirmar que la libre competencia significa que cuando se introducen varios competidores en el mercado, el consumidor puede optar por la alternativa que más le conviene. Esto genera por lo tanto que ante la competencia las empresas se obligan a mejorar la calidad de los productos, moderar precios y ofrecer un mejor trato al cliente y diversidad de productos¹¹⁵.

La competencia entonces estimula la iniciativa y fomenta el dinamismo de los mercados, contribuyendo para que los recursos de la economía se empleen de forma eficiente. Pero cuando nos referimos a la libertad de mercado se argumenta por algunos de sus defensores, que cada competidor puede perjudicar a los demás arrebatándoles clientes y abastecedores e incluso distribuidores y empleados que rompen sus contratos, llegando incluso a causarles la ruina, sin tener que indemnizar¹¹⁶.

Es por eso que al momento de hacer referencia al tema de competencia en los mercados y de los instrumentos para promoverla dentro de una economía, generalmente se asume que existe o siempre ha existido un concepto único sobre el significado de competencia, a partir del cual se elaboran políticas de competencia¹¹⁷.

Sin embargo, esta ha sufrido una evolución en su contenido dentro de la economía de mercado, por la existencia de diferentes corrientes del pensamiento económico, debido a que fue en economía donde comenzó a tener importancia la competencia para que luego se tomará como una institución que debía de ser regulada por una Ley.

La competencia económica es, el esfuerzo humano por mejorar las condiciones de oferta o demanda de bienes y servicios; disputándose una misma clientela y/o proveedores con otros competidores.

Pero, no son los aspectos o medidas técnicas de intervención en la economía lo que aquí nos interesa examinar, sino las medidas legales dirigidas a impedir que los empresarios limiten o atenten, en beneficio propio contra la libre competencia en el mercado; porque la competencia como fenómeno económico tiene reflejos en el derecho¹¹⁸.

Así las cosas, la competencia, desde el punto de vista jurídico, o su equivalente libre competencia, designa un modo de ser de la iniciativa económica consistente en una libertad para todos los justiciables con algunas limitaciones, tanto en la admisión como en el comportamiento; limitaciones, pero iguales para todos, de entrar y actuar en el mismo mercado, actual o potencial,

¹¹⁵ Sergio Mauricio Palacios Araujo, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez, *“La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia”* Óp. Cit.

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Manuel Broseta Pont, *“Manual de Derecho Mercantil”*. 10ª ed. Ed. Tecnos, Madrid 1994.

¹¹⁸ Ibidem

ofreciendo bienes o servicios susceptibles de satisfacer necesidades o intereses idénticos, o similares o complementarios¹¹⁹.

Por tanto La libre competencia es un principio básico de la economía de mercado, que tiene como presupuesto la libertad de iniciativa económica de los particulares, considerando a esta libertad como un postulado esencial del ordenamiento jurídico constitucional que busca protegerla¹²⁰.

La empresa privada y la economía de mercado descansan en el juego de la libre competencia, esta concurrencia en el mercado es libre, pero nunca ha sido absoluta, en primer lugar, porque la ley prohíbe a determinadas personas unidas o asociadas en una misma empresa hacer competencia a la empresa ejercitando la misma actividad comercial.

Pero también, porque el Estado es el que restringe la libre competencia o porque han sido los propios empresarios los que limitan entre sí la competencia recíproca mediante acuerdos o pactos especialmente dirigidos a ese fin¹²¹.

De acuerdo con el anterior postulado, se puede pensar que la libertad de competencia presupone la presencia de tres requisitos¹²²: dos libertades y una igualdad, es decir, la libertad de iniciativa, o de acceso a la actividad económica, la libertad para determinar las circunstancias y el modo, o forma de su actividad y como tercer requisito la igualdad de los competidores ante la ley.

Si uno de estos presupuestos constitutivos se rompe podría pensarse que no existe libre competencia; pero esto se consideraba de esta manera si existía una competencia perfecta o pura.

Es por eso que cuando se hacen estudios sobre la competencia, algunos autores señalan que existe distinción entre esta y la concurrencia; aunque para los efectos que ahora nos interesan, ambos términos pueden considerarse como sinónimos.

Ahora bien si la palabra competencia marca su acento en el hecho de la lucha entre los empresarios (que se dice son competidores, señalando el matiz agresivo de su actividad), mientras que la de concurrencia (proviene de *cum currere*, correr juntamente) quiere destacar la circunstancia de que los empresarios ejercitan una actividad paralela, por lo que la competencia es sinónimo de libertad y de lucha¹²³.

Además de la anterior diferenciación, la libertad de competencia la clasifican de la siguiente manera: el derecho subjetivo a la libertad de competencia y el derecho objetivo de la competencia.

El primero de ellos legitima a cada competidor a perjudicar a los demás arrebatándoles clientes, proveedores, distribuidores y empleados, que rompen sus contratos con ellos; hasta

¹¹⁹ Joaquín Rodríguez Rodríguez, “Curso de Derecho Mercantil”. T. I. 10ª edición 1984.

¹²⁰ Rodrigo Uría, “Derecho Mercantil”, 26ª ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales. S. A. Madrid 1999

¹²¹ Vicente Baldó Del Castaño, “Las relaciones jurídicas empresariales”. Conceptos fundamentales del derecho mercantil. 5ª ed. Ed. Marcombo. S.A. Boixareu. Barcelona-México.

¹²² Fernando Sánchez Calero, “Instituciones de derecho mercantil”. 20ª edición Ed. Mc Graw Hill. Madrid. T.I. 1997.

¹²³ Joaquín Garrigues, “Curso de derecho mercantil” 1ª edición 1974.

llevarles a la ruina expulsándolos del mercado; esto es porque al decir que toda obligación derivada de un acto ilícito exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) una acción u omisión ilícita; b) la realidad y constatación de un daño causado; c) la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto “si ha habido daño ha habido culpa”; y d) un nexo causal entre el primero y el segundo requisito¹²⁴.

Y el derecho objetivo, que es la parte del ordenamiento jurídico que protege la libre competencia como institución jurídica en el marco de la economía de mercado. Y es que así lo ha precisado en su oportunidad la jurisprudencia nacional ya que la libre competencia o la libertad económica se manifiesta en tres etapas: (1) la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; (2) la segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y (3) la tercera, el consumo, uso, disposición, utilización y aprovechamiento de esos bienes. Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe libertad económica¹²⁵.

Lo anterior es así porque la libertad de competencia, se concede a los particulares no simplemente en beneficio del individuo que ejercita la actividad para que pueda desarrollar su personalidad siendo empresario, sino más bien porque la libre competencia se considera beneficiosa para la sociedad, aun cuando esa libertad no pueda llevar la competencia más allá de lo que los economistas han llamado practicable.

Sin embargo la competencia aún dentro de estos límites, es un medio de organizar la vida económica en la forma más conveniente posible para la comunidad en general, Inclusive el mismo autor Francisco Vicent Chuliá afirma que el derecho subjetivo de la competencia asiste a todo ciudadano, persona física o jurídica, como una pretensión frente a los poderes públicos, tanto en la actividad empresarial como en la profesional titulada ya que el ciudadano que ejercita este derecho tanto si desarrolla una actividad permanente o profesional como si concurre en el mercado haciendo una oferta o demanda esporádica. Además, se pronuncia el autor sobre los poderes públicos, - el estado, comunidades autónomas, corporaciones locales- los cuales no son titulares del derecho a la libertad de empresa, ya que es un derecho de los ciudadanos ejercido frente a aquellos¹²⁶.

Por esta razón, a través de las normas jurídicas se busca defender la competencia, cuando se intenta limitar como también cuando se permite esta, aun cuando los consumidores se ven atraídos, no por el mejor empresario, sino por el que utiliza medios ilícitos que perjudican los intereses generales y también a sus competidores.

Esto da como nacimiento lo que se denomina como derecho de competencia, que se cataloga en un sector especializado del ordenamiento jurídico que engloba un conjunto de instituciones de distinta naturaleza que, no obstante, gozan de la nota común de relacionarse con la actividad económica y la regulación de la competencia.

¹²⁴ Francisco Vicent Chuliá, “*Introducción al Derecho Mercantil*”. 14ª editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

¹²⁵ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 24-98 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002)

¹²⁶ Francisco Vicent Chuliá, “*Introducción al Derecho Mercantil*”. Óp. Cit.

Tenemos así que, la competencia como institución no se limita a ser un incentivo que empuja al enfrentamiento de los competidores, sino que tiene que convertirse en un principio regulador de las conductas, la libertad de competencia implica que todos los sujetos interesados tienen un derecho a la participación en el mercado y que existe un deber exigible a cada uno de ellos para que lo hagan de una manera leal¹²⁷.

Con respecto al interés que se busca proteger por la prohibición de conductas de competencia desleal, el autor Manuel Broseta Pont señala que las posiciones de doctrinarios como Garrigues, Ferrara, Ascarelli quienes manifestaban que la prohibición de la competencia desleal no tutelaba directamente la clientela sino más bien, tutelaba al bien en sí mismo que en el mercado constituye la lealtad en la competencia. De la misma manera, esto se ve reflejado por la posición de la moderna doctrina española que determina el interés tutelado en la competencia¹²⁸.

De tal manera que la competencia a pesar de constituir en sí misma una forma de enemistad es considerada cada vez como un bien jurídico digno de protección, porque estimula a los sujetos económicos a superarse y fomenta la óptima asignación de los recursos, en el marco objetivo del mercado, sobre todo si es una competencia por el esfuerzo, o la eficiencia o por las prestaciones, y no una competencia destructiva o agresiva, orientada directamente a la eliminación u obstaculización de los competidores.

2.3 Derecho de competencia

En la doctrina moderna, precisamente en la europea¹²⁹, ya no se habla de libre competencia o competencia perfecta, lo cual parece haber acuerdo unánime sobre su imposibilidad, sino que se habla de workable competition, es decir competencia efectiva o practicable.

Esta moderna concepción, nace de la evaluación de las características de la economía moderna y el cambio de los sistemas productivos, persigue demostrar que la competencia no se da tanto por el número de competidores existentes en un mercado determinado, sino por el hecho de no obstaculizar la entrada a nuevos competidores, razón por la cual se infiere que el factor más importante dentro de la competencia, es el de la independencia de los distintos oferentes y demandantes en el mercado¹³⁰.

Tan es así, que inclusive Cabanellas de las Cuevas, entiende por competencia: la tendencia autónoma de oferentes y demandantes (competidores), que se influyen recíprocamente en el proceso económico, a la celebración de contratos con terceros (clientes no proveedores) mediante la práctica de las condiciones negociables que se muestran más favorables¹³¹.

Sin embargo, no podemos decir que existe "per se", una estructura de mercado anticompetitiva, es decir que aún una situación monopólica puede ser compatible con la

¹²⁷ Manuel Broseta Pont, "*Manual de Derecho Mercantil*" Óp. Cit.

¹²⁸ Ibidem

¹²⁹ Gaspar Ariño Ortiz y Lucía López de Castro, "*La competencia en sectores regulados*" Editorial Comares Segunda Edición España 2003

¹³⁰ Siegbert Rippe, "*La Concurrencia Desleal*" Óp. Cit.

¹³¹ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, "*Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*" Editorial Heliasta Buenos Aires 1983

competencia. El objetivo entonces de una ley antimonopolio es la eficiencia económica que, originalmente, estaba dada por una multitud de pequeñas o medianas empresas concurriendo en un mercado, pero que actualmente dicha situación ha cambiado y la competencia debe tener en cuenta otros aspectos.

El comerciante pretenderá perpetuamente el éxito de sus propuestas al consumidor. La búsqueda del éxito constituye el elemento esencial de la competencia entre los titulares de empresas. Todos los comerciantes pretenden imponer sus productos en el mercado. En el comercio la competencia constituye un estado sobre el cual deben ser analizados desde el estado ideal de oferta y demanda hasta sus vicios más conocidos, como los monopolios de hecho y de derecho.

Los anteriores vicios vuelven necesario, el accionar jurídico sobre la competencia económica. Todo oferente deseará contar con la mayor cantidad de consumidores posibles. Es natural que se compita en los mercados: es lícito que una empresa lo haga¹³².

La pretensión entonces cada oferente que tienda atraer adquirentes de su oferta, como ha sido observado, tiene forzosamente que entrar en conflicto con la de todos los demás que concurren al mercado, pues las posibilidades de compra de los consumidores son limitadas.

Ante esto no hay nada más importante en el comercio, por parte del comerciante, que procurar hacer accesible sus productos de la mejor calidad y a los mejores precios dentro de un determinado marco geográfico en el cual va a ofrecer sus bienes, similares o idénticos a los de otros comerciantes.

Resulta entonces que desde el punto de vista de los oferentes de bienes o servicios, la competencia se basa en un mercado sano, con una oferta sin distorsiones que pudieran afectarla. El Derecho incursiona en la economía mediante las normas antimonopólicas, de defensa de la competencia, de la libre concurrencia o como se desee denominarlas, tendientes a regular el fenómeno de la competencia por medio de disposiciones que eliminen los vicios que la afectan¹³³.

De tal manera que la competencia se da cuando las pretensiones de varios oferentes no pueden tener éxito todas al mismo tiempo, y se basa en ofrecer la mayor cantidad y a los mejores precios.

Visto así, y en el marco de las empresas que rivalizan, la competencia se constituye en un leal desempeño de la actividad comercial. Hay que tener un panorama claro en el sentido de que cada operación exitosa que efectúa una empresa puede ser considerada por sus competidoras como una oportunidad comercial perdida.

Ahora bien, en cuanto a la conducta de una empresa que le quita a la otra su clientela en un ámbito de libre competencia, no hay en ello acto ilícito. El buen competidor obtiene la clientela de otros mediante una sana competencia.

¹³² Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *“Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia”* Óp. Cit.

¹³³ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, *“Manual sobre Derecho de Competencia”* Óp. Cit.

Es por eso que al respecto se ha afirmado que es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor en el desarrollo normal y legítimo de su actividad cause un perjuicio a los concurrentes. Se ha dicho que vender es quitarle un comprador a otro, lo cual resulta totalmente lícito y admisible, siempre que no se empleen para conseguirlo medios en sí mismos ilícitos y reprochables, ya que ello hace entrar en otro tema: la competencia desleal¹³⁴.

Sin embargo para comprender la razón del daño concurrencial (que sólo admite la excepción de una actuación de medios fraudulentos, desacostumbrados, desleales) es preciso subrayar que se ha sostenido la peculiaridad que revisten los valores espirituales y los económicos, poniéndose éstos en juego en el campo de la competencia. Tres notas fundamentales les otorgan esa peculiaridad: pertenecer a la empresa que los ha creado, no ser susceptibles de objetividad jurídica y poder ser desviados lícitamente hacia otras empresas que concurren.

Por otro lado tenemos que dentro de las materias tradicionales del Derecho Privado, pocas disciplinas pueden reflejar con mayor claridad la modificación de las relaciones económicas, que la que regula la competencia desleal. El significado de ésta y de su relación con las normas de defensa de la competencia será la concepción que en cada momento histórico se tenga de las relaciones entre Estado, Derecho y Economía.

De tal manera que se vuelve más que importante conocer las líneas de la evolución histórica, a fin de tomar en cuenta los cambios producidos en la disciplina sobre libre competencia, que, como consecuencia del triunfo de la Revolución Francesa, se extendió por Europa durante el siglo pasado, caracterizándose por ser en el Derecho Público, el del primer constitucionalismo y, en el Derecho Privado, el movimiento codificador¹³⁵.

En ese orden de ideas por otra parte también conviene puntualizar que se habla del derecho de la competencia como un conjunto normativo con raíces en las ramas clásicas del ordenamiento jurídico, tales como el derecho mercantil, el derecho administrativo, el derecho comunitario europeo o el derecho procesal

Es por esta razón que se entiende al derecho de la competencia en un sentido amplio, el cual está integrado por una multiplicidad o variedad de disposiciones, administrativas, jurídico privadas, entre las cuales surgen graves conflictos, sistemáticos y de valoración como en el derecho mercantil en general¹³⁶.

Por eso es que el derecho de la competencia tiene un principio general y tres bloques normativos. Siendo estos el principio de libre competencia y el derecho contra la competencia desleal, el derecho de defensa de la competencia, o contra las restricciones a la libre competencia, o Derecho antitrust, y el derecho regulador de las prohibiciones de competencia legales y convencionales.

¹³⁴ Antonio Martín Laborda, *“Libre Competencia y Competencia Desleal”* Editorial: La Ley Madrid España 2001

¹³⁵ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, *“Manual sobre Derecho de Competencia”* Óp. Cit.

¹³⁶ Luis Fernández de la Gándara, *“Fundamentos de derecho mercantil”*. 2ª edición Valencia, España 2000

La consideración que se hace sobre la competencia como común objeto de tutela jurídica lleva a una consideración unitaria del Derecho de la competencia, tanto desde la perspectiva antitrust como desde la competencia desleal.

Esto se debe a que mientras que la primera persigue favorecer que la competencia despliegue libremente sus favorables efectos dentro del mercado, la segunda se ocupa de que la actividad competitiva se ajuste a los criterios de lealtad o corrección.

El derecho de competencia, de acuerdo a lo que expone José Massaguer Fuentes¹³⁷, este derecho ha sido tradicionalmente objeto de una disección entre dos grandes áreas: las normas *antitrust* y el derecho de la competencia desleal. La tendencia observada en diversos ordenamientos jurídicos es la del entendimiento unitario entre ambas ramas y gracias a esa conexión es posible (por ejemplo, en el ordenamiento español) la persecución bajo las normas del derecho *antitrust*, de determinadas conductas desleales

Resulta entonces que el derecho de competencia es el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre competidores se desenvuelva con lealtad y corrección. En el que inclusive la libertad de competencia implica que todos los sujetos interesados tienen un derecho de participación en el mercado y que existe un correspondiente deber exigible para cada uno de ellos para que lo hagan de manera leal¹³⁸.

Es necesario considerar que desde la perspectiva del Derecho de Competencia existen cuatro posibles áreas de regulación de las leyes de libre competencia, siendo éstas: las prácticas comerciales restrictivas, el abuso de posición dominante, las concentraciones económicas con efectos restrictivos sobre la competencia y las prácticas de competencia desleal¹³⁹.

Por lo que se tiene en este punto, si observamos como ejemplo el caso de España, al hacer un análisis de derecho comparado, debe nuestro país tener cuatro niveles legislativos que cada vez deben ser armonizados por la vía legislativa o judicial, estos son:

- a. Las normas jurídico administrativas
- b. El derecho de competencia, el derecho mercantil y societario
- c. La doctrina legal y criterios jurisprudenciales y por último,
- d. Las normas sobre la obligación de los estados firmantes de los textos legales que integran la OMC (Organización Mundial del Comercio) de defender la libre y leal competencia¹⁴⁰.

Los poderes públicos no son titulares del derecho a la libertad de empresa, sin embargo, estos están sometidos al derecho de la competencia, desarrollando una triple función, político jurídica, político económica y político social, que son fundamentales para la sana competencia.

¹³⁷ José Massaguer Fuentes, “*Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios*”. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. ANDEMA. Madrid 1999.

¹³⁸ Guillermo Jiménez Sánchez, “*Derecho Mercantil*”, Editorial Ariel, Barcelona. 2000

¹³⁹ Fernando Sánchez Calero, “*Instituciones de derecho mercantil*”. Óp. Cit.

¹⁴⁰ Francisco Vicent Chuliá, “*Introducción al Derecho Mercantil*”. Óp. Cit.

2.4 La Competencia Desleal

Podemos decir hasta este punto que la libre competencia, concebida como toda libertad, no es ilimitada. Su ejercicio encuentra límites en los preceptos legales que la reglamentan y en los derechos de otros competidores; presupone un ejercicio leal y honesto del derecho propio. Por tal razón la falta de limitación legal a la libre competencia ha traído en los tiempos modernos al abuso en la competencia, es decir, la competencia desleal. La ley ampara la libertad industrial, pero al mismo tiempo quiere que la lucha entre los industriales sea una lucha leal. De aquí las normas legales que protegen al comerciante y a su empresa contra la competencia desleal¹⁴¹.

Si bien es cierto que existe la posibilidad de dedicarse libremente al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, que era necesario evitar que participantes en el mercado poco escrupulosos perjudicaran a sus competidores mediante actuaciones incorrectas, es decir; mediante actuaciones desleales¹⁴².

Por eso es que la competencia desleal es reprobada por la ley por no respetar el mínimo de honestidad y juego limpio que debe presidir la lucha comercial. Cuando hablamos de competencia desleal no nos referimos a la competencia resultante de la infracción de una cláusula legal o contractual que prohíba la competencia.

Basta entonces al referirse precisamente al caso de la competencia donde no existe entre actor y perjudicado relación de competencia, es decir, no ligadas contractualmente por ningún pacto de no competencia, ni limitadas en su actuación por ninguna prohibición legal de la misma clase¹⁴³.

La competencia desleal se presenta cuando es reconocido y se permite el ejercicio del derecho a explotar una determinada actividad económica concurriendo para ello en el mercado con otros competidores, se prohíbe, sin embargo, que tal competencia se realice violando un mínimo deber de corrección frente a los competidores. Presupone, entonces, que se prohíben las formas defectuosas o incorrectas del ejercicio de aquel derecho.

Esto nos pone en el contexto que siendo el sujeto activo del acto desleal cualquier persona, con tal que lo haga con una finalidad concurrencial, sin existir y exigirle necesariamente relación de competencia con el sujeto pasivo¹⁴⁴.

Es entonces que se busca que las regulaciones en materia de competencia desleal se orientan hacia la protección del interés de una empresa contra el actuar deshonesto de otras empresas, y protegiendo de manera directa el interés de los consumidores.

Ya que en realidad, todo acto de competencia desleal perjudica al consumidor, aunque haya sido intentado contra el competidor, y el exceso de competencia que conlleva daño también al sistema de economía de mercado en su conjunto. Por ejemplo la ley de Competencia desleal

¹⁴¹ Joaquín Garrigues, *“La defensa de la competencia mercantil”* Óp. Cit.

¹⁴² Rodrigo Uría, *“Derecho Mercantil”*, Óp. Cit.

¹⁴³ Joaquín Rodríguez Rodríguez, *“Curso de Derecho Mercantil”*. Óp. Cit.

¹⁴⁴ Osvaldo Roberto Gómez Leo, *“Derecho Empresario Actual”*. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández. 2ª edición Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

española su finalidad es el mantenimiento de los mercados altamente transparentes y competitivos; señalando además el conjunto de los intereses que confluyen en el sector: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado¹⁴⁵.

El avance en la lucha por la represión de la competencia desleal, desde el paso del modelo paleoliberal y el profesional el cual es propio del siglo XIX, que se caracteriza por la falta de una normativa general. La disciplina represiva de la competencia desleal resulta en este modelo, notablemente fragmentaria y se presenta en general como una disciplina de naturaleza penal, confundida con lo que se conoce como competencia ilícita donde solo se contemplan determinadas violaciones a los derechos de propiedad industrial, la competencia desleal aparece y se configura, conforme al principio de especialidad, como una normativa fragmentaria, típica y penal¹⁴⁶.

Ahora bien en cuanto al modelo de competencia desleal de normas de carácter corporativo, que se caracterizaba por establecer cláusulas tradicionales como Standard de conducta meramente profesional, siendo estos la corrección profesional o los usos honestos en materia comercial o industrial. Siendo, el derecho de la competencia desleal un derecho corporativo, de autoprotección de la gran industria ya que no se tomaban en cuenta los demás intereses de los sujetos que participaban; solamente el de los empresarios¹⁴⁷.

Por otra parte el modelo social, que presupone llevar a que sea la propia institución de la competencia el objeto de protección que es inspirador de los ordenamientos más progresivos en esta materia, entre los que se encuentra la Ley Suiza del 19 de Diciembre de 1986 y La Ley de competencia desleal de España del 10 de Enero de 1991 que conjuga tres intereses en presencia: el interés de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado en mantener un correcto funcionamiento del sistema competitivo¹⁴⁸.

Para finalizar la aproximación en cuanto al modelo de competencia desleal conforme a los criterios de la buena fe objetiva apunta a hacer explícito el cambio de modelo normativo de represión de la competencia desleal. Siendo ejemplo de ello, la ley española de competencia desleal 3/1991, de 10 de enero, la cual define en su artículo 4 la competencia desleal; manifestando taxativamente que *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*¹⁴⁹.

También es importante mencionar sobre las conductas que se pueden calificar como desleales ya que estas evolucionan a la misma velocidad con que se desenvuelve el comercio. Esto nos remite a una valoración completamente extrajurídica, con fuerte contenido moral. Si bien lealtad entendemos un valor socialmente deseado, desleal carece de contenido dentro de las categorías jurídicas. Por lo anterior, es muy común que las normas sobre competencia desleal establezcan una enumeración de conductas que se presumen constitutivas de la infracción, junto

¹⁴⁵ José María Eizaguirre, *“Tratados y manuales. Derecho mercantil”* 2ª edición Civitas Ediciones, España, 1999.

¹⁴⁶ José Manuel Fernández, *“Propiedad Industrial y Competencia desleal”* 1ª edición Editorial Consejo General del Poder Judicial. España. 1995.

¹⁴⁷ Rodrigo Uría, *“Derecho Mercantil”*, Óp. Cit.

¹⁴⁸ María José Segura García, *“Derecho Penal y Propiedad Industrial”*. 1ª edición. Editorial. Civitas. S.A. Madrid, España, 1995.

¹⁴⁹ José Manuel Fernández, *“Propiedad Industrial y Competencia desleal”* Óp. Cit.

con una cláusula general que deja abierta la posibilidad para que ciertas actuaciones que no fueron previstas por el legislador, encuadren dentro de la restricción¹⁵⁰.

Sobre los modelos de la competencia cualquiera de los enunciados al final, es eso nada más, un modelo; y como todo modelo al ser aplicado a la realidad sufre notables distorsiones, razón por la cual ya no funciona como idealmente lo hacía.

Por eso es que los competidores deberán hacer uso de toda su variedad de recursos para vencer en la lucha por clientes (marcas, nombres, calidad, propaganda, etc.), pero en la realidad no todos actúan como deberían o por lo menos como la norma exige ya que existen competidores que recurren a actos que desvirtúan esta noble lucha, y que acceden al éxito no como consecuencia natural de un proceder eficiente, sino como injusto resultado de una conducta comercialmente reprochable.

Dentro de los propósitos que la Competencia Desleal persigue para salvaguardar un mínimo de moralidad en las transacciones mercantiles y un mínimo de igualdad en la competencia de los comerciantes. Las reglas de la competencia deshonestas se fundan precisamente en las normas derivadas de los usos honrados del comercio. Los actos de competencia desleal tienden a estorbar los procesos normales de formación de la clientela.

Es importante señalar en cuanto a la corriente de pensamiento relativa a la disciplina de la competencia desleal, tal como se ha visto, ha pasado por diferentes modelos con el transcurso del tiempo y la evolución de los conceptos. Luego de un concepto restringido relativo al interés tutelado (que será materia de posterior análisis) se ha llegado a una concepción integral y moderna de lo que significa un acto de competencia desleal¹⁵¹.

Así las cosas podemos concluir que se consideran actos desleales, los que atentan contra la competencia como institución, aquellos actos que impiden que el sistema económico de libre competencia se desarrolle sin distorsiones. Se concibe la disciplina de la competencia desleal como un sistema normativo que busca conducir la competencia dentro de los cauces normales, donde el intercambio económico se realice en forma sana, y el consumidor realice su elección de acuerdo a factores normales del mercado, tales como calidad y precio.

A modo de conclusión la disciplina de la competencia desleal, así considerada, cumple tres importantes funciones:

1. proteger la posición del empresario legítimamente adquirida en el mercado;
2. garantizar la autonomía del poder económico, y
3. asegurar la competencia equilibrada.

¹⁵⁰ Sandra Virginia Quintanilla Arias, Francisco Melvi Fuentes Flores y Alexcesar Maravilla Martínez, “La Competencia Desleal”
Óp. Cit.

¹⁵¹ Ibidem.

Por otro lado si concebimos así la competencia desleal de acuerdo a su evolución, es decir, como una institución integral, se hace necesario establecer los requisitos que un acto debe cumplir, para ser enmarcado como competencia desleal¹⁵².

En cuanto a las leyes de competencia desleal los fines que busca de manera primaria en una finalidad de derecho privado, como es la de salvaguardar la integridad de los intereses de los operadores privados, mediante la represión de prácticas desleales.

Tampoco podemos dejar de concebir la función de un ordenamiento jurídico primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, de tal modo que la institución de la competencia desleal pasa a ser así, objeto de protección, puesto que las deficiencias que se dieron en muchos países; eran porque el derecho común no bastaba para impedir la competencia desleal naciendo para ello la legislación de la competencia desleal como una solución¹⁵³.

Lo anterior implica que el derecho contra la competencia desleal constituye en la actualidad el ordenamiento general de la conducta de los agentes económicos profesionales en el mercado, que tiene por bien jurídico protegido la competencia económica como principio político-institucional y que integra en su defensa los intereses de todos los sectores y grupos cuya actividad y necesidades económicas y sociales han de encontrar su satisfacción en un eficiente funcionamiento del mercado, incluido por lo tanto también el interés público, porque a juicio de Otamendi¹⁵⁴, en la actualidad se observa una tendencia unificadora del derecho de la libre competencia y del derecho de la competencia desleal, en el sentido que algunas regulaciones modernas sobre la defensa de la competencia combaten los acuerdos restrictivos de la competencia, abusos de posición dominante y además el falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal.

Lo anterior se puede evidenciar desde sus inicios, ya que ambas disciplinas constituyeron áreas separadas del Derecho debido a que la normativa sobre la competencia desleal protegía un derecho subjetivo absoluto enmarcado dentro del derecho privado, sustraído de la intervención estatal, mientras que en el derecho de defensa de la competencia interviene el Estado, y la competencia es un principio regulador de los procesos del mercado¹⁵⁵.

No obstante, en materia de competencia desleal, el derecho de que se trata es el derecho a ejercitar una actividad económica en un mercado regido por el principio de competencia económica, derecho que tiene una doble faz o aspecto, positivo (derecho a competir) y negativo (derecho a que los demás no compitan deslealmente), así como el derecho de los consumidores a que los procesos de mercado se desarrollen según las reglas de la competencia económica.

Sin embargo al referirnos a la tutela o protección de la libre competencia, esto se refiere a las disposiciones dirigidas a eliminar o al menos atenuar los obstáculos artificiales a esta.

¹⁵² Sandra Virginia Quintanilla Arias, Francisco Melvi Fuentes Flores y Alexcesar Maravilla Martínez, *“La Competencia Desleal”* Óp. Cit.

¹⁵³ Francisco Vicent Chuliá, *“Introducción al Derecho Mercantil”*. Óp. Cit.

¹⁵⁴ Juan José Otamendi, *“Comentarios a la ley de competencia desleal”* Editorial Aranzandi. Pamplona, España, 1994.

¹⁵⁵ Aurelio Menéndez, *“La competencia desleal”*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

Por tal razón este ordenamiento jurídico busca sancionar los excesos en la agresividad de la competencia, y esto lo hace teniendo en cuenta no la fuerza o intensidad de esta, sino la utilización de los medios que se consideran incorrectos o desleales¹⁵⁶.

Por la naturaleza de los conceptos previos, es muy común confundir la competencia desleal con las prácticas anticompetitivas entre no competidores y el abuso de posición de dominio. Existen diferencias de tipo doctrinal y en cuanto a las normas que las regulan. La competencia desleal se regula en el Código de Comercio (CCom)¹⁵⁷.

Por su parte la Ley de Competencia¹⁵⁸ (LC) es la que desarrolla las prácticas anticompetitivas a partir de su vigencia el 01 de enero de 2006. Conceptualmente hablando, el art. 491 CCom., considera como competencia desleal la realización de actos encaminados a atraerse clientela indebidamente y divide las conductas constitutivas de la misma en 2 grupos, el primero lo conforma el engaño al público en general o personas determinadas y el segundo compuesto por las conductas encaminadas a perjudicar directamente a otro comerciante.

Se puede agregar además que el art. 1 la LC¹⁵⁹ al definir su objeto, a la letra determina: “El objeto de la presente Ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.”.

Esto implica que las prácticas anticompetitivas impiden la existencia de competencia y por tanto el Derecho de Competencia sanciona las conductas que atentan contra la dinámica del mercado, en aras de alcanzar la mayor eficiencia posible dentro del mayor grado de libertad.

En cuanto a las normas que regulan la competencia desleal protegen la ordenación de la conducta empresarial desde un punto de vista deontológico. Es frecuente la confusión entre los efectos de cada conducta. La competencia desleal, en principio, se configura como una desviación fraudulenta de clientela en perjuicio de un competidor, por lo que pareciera que este comportamiento no causa todos los efectos perjudiciales que una práctica anticompetitiva, especialmente el daño al mercado.

Por eso es que se debe tomar en consideración que las prácticas de competencia desleal pueden tener el efecto de ocasionar un daño al mercado, pues si la práctica es prolongada y efectiva, puede derivar en el desplazamiento de un competidor¹⁶⁰.

En ese contexto dentro de las principales diferencias que se pueden destacar entre la competencia desleal con las prácticas anticompetitivas, son las siguientes:

¹⁵⁶ Juan Ignacio Font Galán, “*Constitución Económica y Derecho de la competencia*”. Editorial Tecnos. Madrid, 1987.

¹⁵⁷ Código de Comercio. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970

¹⁵⁸ Ley de Competencia. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ Superintendencia de Competencia, “*Introducción al estudio del Derecho de Competencia*” Óp. Cit.

1. El bien jurídico tutelado al sancionar la competencia desleal es la buena fe, la lealtad que debe prevalecer en los negocios. En cambio, el bien jurídico tutelado por la Ley de Competencia es la competencia.

2. Al analizar un posible caso de competencia desleal se busca la existencia del engaño. Por el contrario, ante el posible cometimiento de prácticas anticompetitivas, si se trata de acuerdo horizontales se analiza su objeto, no su efecto, aplicado la regla *per se*. Si se trata de la posible existencia de acuerdos verticales o de abuso de posición dominante, sí se analizan los efectos de las conductas aplicando la regla de la razón.

3. Cuerpo legal que los desarrolla: el CCom. trata los casos de competencia desleal, mientras que la Ley de Competencia desarrolla las prácticas anticompetitivas.

4. En cuanto a las conductas sancionadas, tratándose de actos de competencia desleal, el art. 491 CCom. desarrolla las conductas consideradas desleales. En el caso de prácticas anticompetitivas, los arts. 25, 26 y 30 la Ley de Competencia ilustrativamente mencionan los comportamientos lesivos a la competencia.

5. El procedimiento, la autoridad competente que conoce, investiga y sanciona: el CCom. establece el procedimiento a seguir, determinando que el Juez de lo Civil y Mercantil es la autoridad que conoce, investiga y sanciona (vía judicial). En cambio, la LC determina el procedimiento administrativo sancionador, siendo el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia la autoridad competente que sanciona.

6. En materia de sanciones de la Constitución de la República¹⁶¹ manda la regla de Oro del Artículo 14. Por ende, conforme al Art. 494 CCom la sentencia que declare la existencia de actos de competencia desleal ordenará además de la cesación de tales actos, las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y para evitar su repetición, así como el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando sea procedente. En cambio, el Art. 38 de la Ley de Competencia establece las sanciones que podrán imponerse al confirmarse la existencia de prácticas anticompetitivas.

2.5 La Buena Fe

Como se ha dicho en párrafos anteriores dentro de las principales diferencias entre la competencia desleal con las prácticas anticompetitivas es que el bien jurídico tutelado al sancionar la competencia desleal es la buena fe, la lealtad que debe prevalecer en los negocios. En cambio, el bien jurídico tutelado por la Ley de Competencia es la competencia, es así que habiendo abordado el tema de la competencia desleal, corresponde entonces ahora explicar un poco de la buena fe.

Y es que la buena fe constituye la cláusula general la cual sirve de guía para calificar cuando un acto es de competencia desleal, de manera que los tribunales tienen cierta flexibilidad para poder incluir en ella ciertos actos que no están tipificados y que van apareciendo en el mercado, pero que su establecimiento en la ley no es posible en ese momento¹⁶².

¹⁶¹ Constitución de la República de El Salvador El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983

¹⁶² Osvaldo Roberto Gómez Leo, “*Derecho Empresario Actual*”. Óp. Cit.

Se han establecido con el devenir del tiempo en los ordenamientos jurídicos todo tipo de cláusulas, tomando actualmente como parámetro base la buena fe; concepto que es uno de los más difíciles de aprehender dentro del derecho civil y uno de los conceptos jurídicos que más lugar ha dado a polémica al otorgarle carácter normativo en el ejercicio de todos los derechos.

Como resultado de esta polémica sobre si la buena fe es de naturaleza ética o psicológica, se descompone este principio en dos modos de manifestarse, el objetivo y el subjetivo, siendo el primero de carácter ético y el segundo de carácter psicológico, y es que inclusive cualquier valor ético viene referido a la consideración que del mismo tenga una persona o grupo social en un momento determinado, porque los conceptos y valores no permanecen inmutables sino que sufren transformaciones de acuerdo a la evolución y transformación en que vive el individuo, las concepciones morales e incluso religiosa de los mismos, y por la de otros grupos a los que se incorporan no pudiendo considerarse como inmutables ¹⁶³.

Es importante destacar que con la adopción de este criterio de la buena fe objetiva, se ha tratado de hacer explícito el cambio del modelo normativo de represión de la competencia desleal y es que para que opere la responsabilidad objetiva no depende de un comportamiento o conducta, sino del solo hecho de la comisión del daño, sin que se valoren circunstancias personales sobre lo ocurrido, donde una persona responde sin haber participado en los hechos por su deber de diligencia o cumplir con los requisitos de conducta del buen padre de familia ¹⁶⁴.

Así las cosas como podrá observarse, la buena fe constitutiva de competencia desleal no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes.

En ese sentido, dada su amplitud hay que entender que esta cláusula extiende su ámbito de protección a los intereses de los competidores, consumidores y el saneamiento del orden concurrencial y es que se tiene la idea de que quien actúa en el mercado debe luchar en él respetando las reglas de fidelidad, de crédito, la creencia y la confianza de un hombre corriente, de un hombre medio de que su actuación en el mercado respeta la buena fe. El contenido de este deber constituye un abstracto mandato de lealtad, análogo en su naturaleza al de buen padre de familia del derecho civil; al de ordenado comerciante y al de representante leal, tradicionales del derecho mercantil ¹⁶⁵.

Sin embargo, no se toma como referencia un estándar de conducta meramente profesional, como se sostenía con el criterio profesional de la competencia desleal; pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta no solo a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones; sino también al respeto del principio general de la buena fe reconocido universalmente.

¹⁶³ José Manuel Fernández, "*Propiedad Industrial y Competencia desleal*" Óp. Cit.

¹⁶⁴ Rodrigo Herrera Fonseca, "*La Doctrina del Levantamiento del Velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales*". 1ª ed. Ed. Investigaciones Jurídicas. S. A. San José, Costa Rica, 2000.

¹⁶⁵ Manuel Broseta Pont, "*Manual de Derecho Mercantil*" Óp. Cit.

De hecho es importante resaltar también que la buena fe se presume, estando a cargo de quien alega la mala fe probar tal afirmación, en países como España.

Un buen ejemplo para entender lo anterior sería si alguien demanda a otra persona argumentando que sus actos son constitutivos de competencia desleal por ser contrarios a la buena fe, según la legislación Española deberá demostrar que el hecho cometido es contrario a esta especie de buena fe y que el demandado actuó de mala fe pues la buena fe se presume, por lo que se incluyen no solo las conductas culposas, sino cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe ya que este es el criterio objetivo regulador de la competencia desleal, que a través del tiempo fue perdiendo sus caracteres subjetivos para objetivarse. Esta clase de buena fe es un estándar de conducta antiquísimo en la disciplina de la competencia desleal. Este es un valor ético que viene referido a la consideración que del mismo tenga una persona o grupo social en un momento, porque no permanecen inmutables¹⁶⁶.

Por esta razón el valor ético introduce la idea de confianza en el buen hacer de la economía, como regla de conducta para las relaciones de los sujetos que concurren en el mercado¹⁶⁷.

Sin embargo esta cláusula es extremadamente vaga, pues hace de ella un instrumento técnico ineficaz ya que el ilícito concurrencial queda de esta forma sometido al ámbito más general del abuso del derecho inclusive para determinar si un derecho ha sido ejercido con abuso y que en consecuencia ha producido un acto ilícito cuyo perjuicio debe repararse; se tiene que determinar por criterios siendo uno de ellos el criterio ético: que es el ejercicio contrario a la buena fe y a la moral, el abuso del derecho existe allí donde se ejercita contra la moral y las buenas costumbres¹⁶⁸.

2.5.1 La Buena Fe Comercial

El principio de la buena fe comercial, en la actualidad puede manifestarse como una de las causales de competencia desleal ante la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales que resulten contrarios a la buena fe comercial.

La buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo “comercial”, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. Es por eso que el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe¹⁶⁹.

De la manera que cuando consideramos la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se puede entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.

¹⁶⁶ Fernando Sánchez Calero, “*Instituciones de derecho mercantil*”. Óp. Cit.

¹⁶⁷ Carlos Fernández Sessarego, “*Abuso del Derecho*”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1992.

¹⁶⁸ Jorge Bustamante Alsina, “*Teoría general de la responsabilidad civil*”. 9ª. edición, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1997

¹⁶⁹ Sandra Virginia Quintanilla Arias, Francisco Melvi Fuentes Flores y Alexcesar Maravilla Martínez, “*La Competencia Desleal*” Óp. Cit.

No está de más recalcar que la buena fe en cualquiera de sus diversas modalidades (simple, exenta de culpa, comercial, etc.) se presume, estando a cargo de quien alega la mala fe probar tal afirmación.

Entonces se puede afirmar que si alguien demanda a otra persona argumentando que sus actos son constitutivos de competencia desleal por ser contrarios a la buena fe comercial, deberá demostrar que el hecho cometido es contrario a esta especie de buena fe y que el demandado actuó de mala fe, pues la buena fe, inclusive la comercial, se presume.

2.6 Dimensión Social de la Competencia

Al iniciar este estudio, preciso señalar que existen criterios que manifiestan preocupación en cuanto a que la introducción de competencia genera desigualdad y falta de protección al usuario; así mismo también se afirma que si las empresas se dejan en libertad para competir se descuida la calidad de los productos y la seguridad del consumidor, enriqueciéndose una minoría.

Para señalar que estos y criterios similares son erróneos, vale aclarar que estas distorsiones se verificaran a través de un análisis del Tribunal de Defensa de la competencia de España de 1995.

Resulta pues que al someterse a la competencia, las empresas podrían realizar sus actividades sin considerar requerimientos mínimos de seguridad, calidad e higiene, sin respetar el medio ambiente, a costa de sacrificar el interés general. Esto significaría por lo tanto limitar la competencia para garantizar la seguridad de los consumidores¹⁷⁰.

Ahora bien este tipo de argumentos que ven en la restricción de la competencia una forma de protección al consumidor y los intereses colectivos confunden dos conceptos uno de ellos clásico: Competencia y Laissez-faire.

Lo anterior debido a su aplicación conllevaría a que los intereses generales no se respeten cuando se contradicen con el éxito del negocio; o al surgimiento de oligopolios o de monopolios que terminarían con la empresa. Es por eso que es necesario que los poderes públicos establezcan y vigilen el cumplimiento de un conjunto de reglas objetivas y de aplicación general con el fin de velar por los intereses públicos y por el propio funcionamiento de la competencia en los mercados.

También es sumamente importante destacar que, para proteger una serie de intereses públicos como son la salud, la integridad física de las personas, el acceso a los bienes y servicios básicos o el medio ambiente, no es necesario restringir la competencia y constituir monopolios públicos o privados, en vista de que la actividad económica puede desarrollarse sobre la base de las reglas de la competencia, sin que ello impida que el legislador imponga normas que aseguren la defensa de los intereses públicos.

Por tal razón es que la aplicación de la Competencia, no implica falta de regulación ni desatención a los objetivos públicos. Lejos de ello, facilitan su consecución ya que al asegurar un mejor aprovechamiento de los recursos constituye la mejor base para alcanzar dichos objetivos¹⁷¹.

¹⁷⁰ José Rene Orue, “Análisis económico sobre el Derecho de Competencia”, proyecto MIFIC-GTZ, Nicaragua 1998.

¹⁷¹ Ibidem

Ya es entonces obligación del legislador la de construir un marco normativo que pueda garantizar la protección de los ciudadanos, y que asegure que las empresas (agentes económicos) no falseen la propia competencia. Cuando se argumenta que se defiende la restricción de competencia por razones de interés público y defensa del consumidor, es un argumento incorrecto por que como se dijo se confunde la competencia Laissez-faire, con la falta de regulación del poder público.

Dicho de otra forma, no es verdad que liberar un mercado suponga desregularlo. Ya que otras ocasiones la liberación de un sector exige la elaboración de una regulación más profunda y minuciosa de la existente en una situación de monopolio.

Es por eso que muchas veces se acusa a la competencia de fomentar el ánimo de lucro en los individuos, ya que se considera que, si se deja que cualquier particular quiera y pueda ofrecer un determinado bien o servicio buscará enriquecerse a toda costa. De tal planteamiento se deduce que limitar la competencia es aconsejable porque así se impide el enriquecimiento excesivo de unos pocos y se fomenta la igualdad.

En cuanto al ánimo de lucro esta no es una característica exclusiva de la competencia, el ánimo de lucro del ser humano es independiente del sistema económico y social en el que vive.

Por otra parte surge la idea de que actividades de los agentes económicos suelen estar guiadas por su propio interés: los agentes económicos intentan obtener más beneficios; los consumidores procuran adquirir bienes y servicios que desean al precio más bajo posible.

A partir de ahí es que ánimo de lucro es una motivación de la conducta de los individuos, la competencia busca que sus efectos sean menos perjudiciales para el resto de los individuos y la sociedad. Para lograrlo la competencia enfrenta empresas e individuos, de forma que la rivalidad que se establece entre ellos limita sus posibilidades de obtener beneficios excesivos.

2.6.1 Fomento Social de protección a la Competencia

Uno de los fines principales de competencia es la protección o promoción de la eficiencia económica esta idea ya ha alcanzado mayores niveles de aceptación en virtud de su compatibilidad con el contenido eminentemente económico de estas normas¹⁷².

Esto se debe a que ha recibido una amplia aceptación entre practicantes y académicos, porque constituye un criterio –aparentemente- más sencillo para orientar al aplicador, que los demás criterios que son basados en finalidades de conveniencia social o política y porque su promoción produce resultados que inciden en el bienestar del consumidor¹⁷³.

Ambos son términos muy amplios, pero en cuanto eficiencia significa la maximización de los recursos. Y en la práctica, más que un fin en sí mismo, en la normativa de competencia, la eficiencia económica se encuentra intrínsecamente vinculada al bienestar del consumidor, ya que esto constituye el mejor mecanismo para alcanzarlo a través de las actividades económicas. Según

¹⁷² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 Óp. Cit.

¹⁷³ Dennis W. Carlton y Jeffrey M Perloff, “*Modern Industrial Organization Addison-Wesley*,” 3rd Edition, Massachusetts, 2000

Richard Posner es un principio básico de la economía que -en un régimen de libre competencia- los recursos tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos. Los comportamientos eficientes de las empresas permiten que los recursos se utilicen donde su valor es el más alto¹⁷⁴.

Conjuntamente con la doctrina, en el ámbito de los organismos internacionales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Banco Mundial afirman que en las últimas dos décadas, el derecho de la competencia se ha centrado en el fomento de la eficiencia económica, con el fin de optimizar el bienestar de los consumidores, ya que cuando el empresario invierte bajo la perspectiva de lucrarse intensificando la eficiencia de su actividad, también genera bienestar para los consumidores, lo que se traduce en producir más o mejor, al menor costo.

En ese orden de ideas, para estas instituciones internacionales, el derecho de la competencia debe entenderse como un conjunto de normas cuyo fin es el establecimiento de reglas y principios diseñados para la protección del libre funcionamiento de las fuerzas competitivas- y agregan la OCDE y el BM- que fomenten la mejor asignación de los recursos, los precios más bajos y los mejores productos y servicios para los consumidores. Este debe ser el fin principal de la norma¹⁷⁵.

Ahora bien por otro lado tratadistas como Viscusi, Harrington y Vernon también concluyen que la eficiencia económica debería ser la única finalidad que guíe las decisiones de casos de aplicación de la normativa *antitrust*, esto es porque la protección de la competencia y no del competidor constituye el único enfoque que conduce a una adecuada protección del mercado y del bienestar del consumidor¹⁷⁶.

En cuanto al tema de derecho comparado, es pertinente establecer que la eficiencia económica aparece como la finalidad que paralelamente al bienestar de los consumidores, goza de mayor aceptación como fin del derecho de la competencia en sistemas similares al salvadoreño. Las leyes de muchos países de la región, como Costa Rica, México, Panamá

2.7 Regulación del Mercado

Por naturaleza la competencia es entendida en función del mercado como eje principal. Se ha señalado que el objeto de protección de la competencia desleal es el interés de todos los que intervienen en el mercado. Y que la buena fe objetiva es exigida en defensa de la competencia, que es el objeto de protección y que esta depende de las exigencias de la competencia en el mercado.

Si bien es cierto que el modelo corporativo de la competencia desleal, se deja como punto único de referencia los intereses de los empresarios o competidores, porque en el mercado en que participan, no lo hacen solo ellos sino también otros implicados cuyos intereses son también relevantes en la libre competencia tales son los profesionales, artesanos, consumidores entre otros, y el Estado.

¹⁷⁴ Richard Posner, “*El Análisis Económico del Derecho*”, Óp. Cit.

¹⁷⁵ Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, “*A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*” París, 1998,

¹⁷⁶ William Kip Viscusi, Joseph Emmett Harrington y John Mitcham, “*Vernon Economics of Regulation and Antitrust*”, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005.p.71

Surge la interrogante entonces de cómo se pretende proteger la competencia en interés de los que intervienen en el mercado, es necesario conocer quiénes¹⁷⁷ son estos, cuáles son sus intereses y donde se alcanza el límite de cada uno en relación con los otros concurrentes dentro del modelo económico que se haya adoptado.

Por tal situaciones valido cuestionarse sobre si el ámbito de proyección de exigencia de la buena fe es el mercado en donde concurren diversos sujetos a los que se exige competencia, porque es aquí donde será exigida y es el ámbito en el que debe proyectarse y ser obviamente exigida.

Esto quiere decir, que cualquier partícipe en el mercado, con comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe en la competencia dentro de este ámbito, responderá de deslealtad, siendo los actos cometidos por los competidores los más frecuentes; sin perjuicio de considerar también los actos que realizan los demás sujetos que están en el ámbito de aplicación de la ley.

Por otro lado tenemos que el concepto de mercado tiene más su fundamento en el aspecto económico que jurídico, este es uno de los requisitos que establecen las leyes creadas bajo el modelo social de la competencia desleal.

Ante tal situación se plantea que si los mercados se configuran por medio del intercambio de bienes y prestaciones, y de los movimientos de capital¹⁷⁸.

Lo anterior tiene lógica ya que el ejercicio de la libre competencia constituye un principio rector de la economía de mercado y constituye el mecanismo o vía en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa¹⁷⁹.

Pero no hay que perder de vista el ámbito de proyección de exigencia de la buena fe, ya que es el mercado en donde concurren diversos sujetos a los que se exige competencia, es aquí donde será exigida y es el ámbito en el que debe proyectarse y ser exigida.

Aquí reside la importancia del concepto de mercado el cual tiene más su fundamento en el aspecto económico que jurídico, este es uno de los requisitos que establecen las leyes creadas bajo el modelo social de la competencia desleal¹⁸⁰.

Esto permite entonces que en el mercado, tanto oferentes de bienes y servicios como sus demandantes tomen decisiones de acuerdo a sus intereses económicos.

Las firmas obtienen una ventaja competitiva sobre el resto de las firmas por medio de la reducción de costos y la superioridad técnica que redundan en un aumento de la calidad de los productos y una disminución de los precios¹⁸¹.

¹⁷⁷ Juan José Otamendi, "Comentarios a la ley de competencia desleal" Óp. Cit.

¹⁷⁸ José Paschoal Rossetti, "Introducción a la economía". 18ª. Edición Oxford University press. Estados Unidos. 2001

¹⁷⁹ Juan Ignacio Font Galán, "Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento competitivo del mercado en Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont." T. 1. Tirant lo Blanch. Fundación Manuel Broseta. Valencia 1995. p. 1320

¹⁸⁰ José Paschoal Rossetti, "Introducción a la economía" Óp. Cit.

¹⁸¹ Juan Ignacio Font Galán, "Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento competitivo del mercado en Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont." Óp. Cit.

No esta demás agregar que en el ejercicio de la libre competencia este constituye la garantía para que los empresarios puedan acceder en condiciones competitivas a insumos y servicios necesarios, revisando sus estándares de calidad, y promoviendo organizaciones empresariales dinámicas y competitivas¹⁸².

Si bien es cierto que el concepto de poder de mercado es uno de los aspectos distintivos de un régimen de competencia. El hecho de hablar de sistema de competencia, tal como se ha enunciado en el párrafo anterior, nos invita a analizar cómo se ha desarrollado este concepto que es un indicador importante de la orientación de la legislación de competencia.

2.8 Noción de Restricciones a la Competencia y su Tipología

En cuanto a las restricciones que también son llamadas barreras a la entrada a la competencia, no son nada más que obstáculos, variables o factores que impiden, limitan o dificultan el ingreso de nuevos agentes económicos a un sector o rama de actividad económica¹⁸³.

Es decir que se trata de aquellas condiciones desventajosas que son enfrentadas por potenciales nuevos entrantes y que no lo fueron por los actuales incumbentes.

Lo anterior implica la existencia de factores determinantes en la fuerza competitiva (factor del entorno competitivo) que amenazan la entrada de nuevos competidores, evitando que aumente la rivalidad de un sector o industria, perjudicando con ello el bienestar de los consumidores.

La ley regula en el inciso segundo del artículo 1, como principio, una prohibición de actos que limiten o restrinjan la libre competencia: “Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”¹⁸⁴.

Dicha prohibición, concebida en estos términos, tiene como pretensión formular la base de una política económica de libre competencia, de manera que la misma no sea impedida, restringida o limitada en forma alguna. Para tal finalidad se prohíben los acuerdos, pactos, contratos y convenios que restrinjan, o limiten la libre competencia; además es importante observar que los actos anticompetitivos unilaterales en los que pueden incurrir los agentes económicos no están considerados en esta prohibición general, y por lo tanto no puede tener una aplicación efectiva y demostrando uno de los vacíos de dicha ley.

Es importante destacar que a partir de esta disposición legal se desprende que el bien jurídico tutelado por la Ley de Competencia, es la competencia y que, por tanto, dicho cuerpo legal no pretende por ningún motivo sancionar estructuras de mercado.

¹⁸² Julia Evelin Martínez, “El marco teórico conceptual de las políticas de Libre Competencia en El Salvador”. Serie análisis de la realidad nacional 2001-1 FUNDAUNGO agosto 2001. p. 17.

¹⁸³ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

¹⁸⁴ Ley de Competencia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004)

Es por eso que, la mera existencia de un monopolio o un agente dominante no es un hecho sancionable, sino que lo que se prohíbe es el abuso que pudiese devenir de dicha condición.

2.8.1 Restricciones Estructurales.

Cuando abordamos las restricciones estructurales estas tratan sobre las propias características o condiciones del sector, mercado o industria que provocan asimetrías a favor de los agentes económicos ya instalados respecto a los entrantes. Es el caso de monopolios naturales, como por ejemplo el sector de la energía o el sector de las telecomunicaciones, que, por sus propias características, requieren de grandes inversiones para competir exitosamente¹⁸⁵.

Si bien es cierto las estructuras de mercado son modelos utilizados para medir condiciones o grados de competencia y por tanto, funcionan para ilustrar la forma cómo se comportan determinados mercados bajo circunstancias específicas. Entre las estructuras de mercado se encuentra la competencia perfecta, el monopolio y la competencia monopolística u oligopolística. La competencia perfecta es un presupuesto axiológico que tiene su fundamento en la independencia del consumidor para que de acuerdo con sus preferencias satisfaga sus necesidades con libertad. En este modelo, un solo productor no tiene la capacidad para influir en el precio de los bienes y servicios, por lo que si modifica su producción, ello carece de efectos sobre el mercado. No obstante, dicha figura es sólo un referente teórico que indica el modelo que debe trazarse como objetivo para alcanzar el máximo nivel de eficiencia en los mercados¹⁸⁶.

2.8.2 Restricciones Regulatorias o Legales.

Una de las funciones del Estado es establecer leyes, reglamentos con el objeto de controlar la competencia existente en un determinado sector. Para entrar en un determinado mercado, el agente económico necesita obtener una patente, licencia o permiso. Por ejemplo, en el sector de la telefonía móvil existe un número limitado de concesiones del espectro radioeléctrico, lo que impide que cualquier agente económico pueda entrar a competir en dicho mercado.

A manera de ejemplo, en el caso del monopolio que es concebido es la antítesis de la competencia perfecta. Se trata de una prohibición constitucional contemplada en el Artículo 110 de la Constitución, además de ser un escenario en el que no se concibe rivalidad alguna, puesto que existe un solo oferente de un mismo bien o servicio, ante esta situación, los compradores se encuentran en evidente desventaja y se ven obligados a pagar el precio que disponga el monopolista, quien puede determinarlo ya sea de forma directa o por medio del control de la producción (los consumidores son tomadores de precios). Así, este modelo se define como la eliminación de competencia en cierto mercado de un producto o servicio porque no posee sustitutos y debido a que el ingreso de otros competidores al mismo se encuentra vedado por la creación o existencia de barreras a la entrada.

Esto quiere decir que el monopolista obtiene grandes utilidades, pero su ganancia significa una pésima asignación de los recursos, convirtiendo el mercado en ineficiente. Sin embargo, la

¹⁸⁵ Superintendencia de Competencia, "Introducción al estudio del Derecho de Competencia" Modulo 2 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2> <http://ecompetencia.sc.gob.sv>

¹⁸⁶ Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia" Óp. Cit.

existencia de rendimientos crecientes a escala implica que las empresas más grandes, en virtud de sus menores costos y mayores eficiencias son capaces de desplazar a las más pequeñas, por lo que usualmente existen en los mercados un número reducido de oferentes u oligopolios¹⁸⁷.

2.8.3 Restricciones Conductuales.

Hay que comenzar estableciendo que estas restricciones son creadas por los mismos agentes económicos ya instalados en el mercado, incluso llevando a cabo estrategias conjuntas o de cooperación, que hagan desistir a los nuevos competidores de entrar, afectando el bienestar de los consumidores. Los agentes económicos que ya están dentro del sector son los que generan este tipo de barreras para impedir que entren nuevos competidores. Por ejemplo, contratos de exclusividad con proveedores (o con canales de distribución), que impiden que nuevos entrantes puedan adquirir los insumos necesarios o materias primas (o contar con los canales de distribución) necesarias para competir en el sector o mercado al que quieren entrar¹⁸⁸.

Es importante mencionar que el funcionamiento de la economía son mercados con niveles intermedios de competencia, es decir, situaciones que se ubican entre la competencia perfecta y el monopolio, a éstas se les conoce como condiciones de competencia imperfecta de tipo monopolística u oligopolística. Estos mercados se caracterizan por presentar una rivalidad más agresiva que un escenario de competencia perfecta, porque el productor para aumentar sus ventas debe valerse de todos los medios posibles, tales como la introducción de mejoras tecnológicas, publicidad y uso de distintivos comerciales. Ante dicha agresividad, la normativa de competencia se vuelve más importante para garantizar que el mercado funcione correctamente¹⁸⁹.

2.8.4 Ejemplos de restricciones a la competencia

En cuanto a las economías de escala estas se dan cuando un agente económico que desee entrar en un determinado sector deberá disponer de un volumen de producción mínimo que le permita competir desde el principio (con los incumbentes) con unos niveles de costos lo suficientemente bajos. Por ejemplo, en sectores energéticos y de telecomunicaciones se requieren grandes volúmenes de producción y un tamaño mínimo eficiente.

Hay que advertir sobre el exceso de capacidad de producción por parte de los agentes económicos incumbentes: ante una posible amenaza de entrada de nuevos competidores, los agentes económicos ya instalados, al gozar de un exceso de capacidad, podrían aumentar su volumen de producción (oferta) para así forzar los precios a la baja y disuadir, por tanto, a los nuevos entrantes al mercado.

Por tanto la reputación alcanzada por el incumbente para defender su mercado de posibles nuevos entrantes mediante estrategias agresivas (por ejemplo, la reducción de precios). Esto ante la existencia de activos específicos a la industria, es decir, activos que no pueden reconvertirse para realizar otro tipo de actividades y que requieren de grandes inversiones. Esto puede afectar

¹⁸⁷ José Silvestre Méndez Morales, *“Fundamentos de Economía”*, 4a. edición, Mc Graw Hill Interamericana, México, 2003.

¹⁸⁸ Superintendencia de Competencia, *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”* Modulo 2 Óp. Cit.

¹⁸⁹ José Paschoal Rossetti, *“Introducción a la economía”*, 3ª, Ed., Oxford University Press, México, 2005

sobre todo a los costos de salida, lo cual es también un argumento a tener en cuenta por parte de un nuevo entrante.

Por otra parte, existen ventajas en costos, además de las referidas economías de escala. Los agentes económicos incumbentes pueden tener ventajas en costos derivadas del control de recursos esenciales (apropiabilidad de dichos recursos por propiedad o por concesión o por contratos en exclusividad), del efecto experiencia (al llevar mucho tiempo en el sector) y de la obtención de economías de alcance (cuando el incumbente comparte distintas actividades que tienen determinadas variables en común).

La diferenciación de bienes y servicios: en sectores donde existe una fuerte fidelidad del cliente (por la alta diferenciación de bienes y servicios), le va a resultar muy difícil a un nuevo competidor conseguir una cartera de clientes mínima que haga rentable su esfuerzo de entrada.

La existencia de fuertes costos de salida del sector: esto entraña un elevado riesgo para el nuevo competidor porque en caso de que su intento fracasara, se podría encontrar con unos costos excesivamente elevados para salirse o lo que se denomina costos hundidos o irrecuperables¹⁹⁰.

2.9 Prácticas Anticompetitivas

Podemos decir que las prácticas anticompetitivas son aquellas realizadas por uno o varios agentes económicos que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, afectando negativamente la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores¹⁹¹.

También vale agregar que son todos “los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley¹⁹²”.

Ahora en cuanto a la concentración o el monopolio son conductas o restricciones a la competencia; sin embargo, no son malas en sí mismas, sino en la medida en que agraven la estructura ya de por sí limitada del mercado donde operan. Existen conductas o restricciones a la competencia, denominadas horizontales y verticales.

Por otra parte, también es importante mencionar que las restricciones horizontales son aquellas que tienen lugar entre empresas que operan en el mismo nivel de producción y en el mismo mercado. Las restricciones verticales son las que afectan a empresas correspondientes a distintas etapas del mismo proceso productivo. La jurisprudencia norteamericana que ha sido pionera en la materia, se ha encargado de distinguir entre los acuerdos simples de carácter anticompetitivo, sancionados “per se”, es decir sin admitir justificación de racionalidad, de los acuerdos con restricciones vinculadas “ancillary restrictions”, los cuales si admiten justificación con base en sus posibles efectos procompetitivos, por ejemplo acuerdos de no competencia entre

¹⁹⁰ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 2 Óp. Cit.

¹⁹¹ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

¹⁹² Ibidem

proveedor y distribuidor; o con un ex socio después de la finalización de un contrato; y otras situaciones similares, como pueden ser la protección de distribuidores por la mejor distribución y publicidad que este otorga a los productos del proveedor incrementando sus ganancias que, lejos de obstaculizar la competencia en el mercado la promueven¹⁹³.

A modo de ejemplo, en la corte, en Estados Unidos, en el caso de *United Status v. Addyston Pipe and Steel*, distinguió entre un simple cartel entre competidores para mantener altos los precios del acero, el cual era ilegal “per se”, no obstante, lo razonable de sus precios en relación a aquellas restricciones vinculadas a un proceso legal.

Pero no había manera de saber cuál era el nivel de equilibrio de los precios que se hubieran alcanzado si no era a través de un acuerdo o cartel ante la ausencia de un mercado competitivo, En este caso puede establecerse el nacimiento de la doctrina de las “restricciones vinculadas o subsidiarias”, en palabras del Juez Taft quien dijo en su sentencia: “... *incluso bajo las leyes del common law, tal tipo de acuerdos (los horizontales) son ilegales bajo las leyes del common law, a menos que sea una simple restricción vinculada al objeto principal del acuerdo...*”¹⁹⁴

Al hablar sobre las relaciones verticales¹⁹⁵ y horizontales también han sido sutilmente diferenciadas en la jurisprudencia de la comunidad europea, siguiendo la doctrina de la mayoría de los economistas. En *Remia and Nutricia v Comision*, el tribunal dio la razón a la Comisión Europea en cuanto consideró que un acuerdo de venta de un negocio no infringía la Ley de Competencia en cuanto “*La situación posterior al acuerdo debe ser comparada con aquella que hubiera prevalecido antes del mismo.*” Esto es en el caso de que nadie hubiera comprado el negocio sin ninguna protección. Pero ésta debe ser limitada en el tiempo y en el espacio, en la medida necesaria para hacer viable la transacción.

Considerando que las restricciones o acuerdos horizontales suelen ser altamente sospechosos de ser anticompetitivos; aunque algunos acuerdos de Joint Ventures han sido ya exceptuados de caer bajo tal aplicación. Por ello el derecho comunitario europeo, a diferencia del de los Estados Unidos, admite algunas excepciones en situaciones bajo las cuales los tribunales de los Estados Unidos sostendrían que la competencia no ha sido restringida.

No obstante, no puede afirmarse que la jurisprudencia de la Unión Europea haya adoptado la doctrina norteamericana en su totalidad, y se puede decir que solo en forma excepcional ha aceptado una protección territorial absoluta. La tendencia continental tiende a clasificar en compartimientos claros y distintos algunas conductas, como licencias abiertas o cerradas, acuerdos horizontales o verticales, e impide la flexibilidad que un sistema de protección legal que la libre competencia exige.

También es importante tomar en cuenta que en la doctrina europea no solo se protege la eficiencia económica, lo que podría conducir quizás a autorizar todo tipo de actos verticales, puesto que es muy fácil demostrar su contribución a la eficiencia y muy difícil determinar cuando realmente tiene efectos anticompetitivos o de competencia leal “fair competition”, lo que, según

¹⁹³ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “*Manual sobre Derecho de Competencia*” Óp. Cit.

¹⁹⁴ *Ibidem*

¹⁹⁵ Félix Nazar Espeche, “*Defensa de la competencia*” 2ª edición Editorial B de f Buenos Aires Argentina 2016

algunos autores¹⁹⁶, incluye la mayoría de las veces a pequeñas medianas empresas que no han hecho grandes inversiones para participar en los beneficios del mercado.

Otro ejemplo es el caso de “Topco v United States”, una cadena de pequeños supermercados había colaborado, a través de una asociación comercial, a desarrollar la marca “Topco” y solo un negocio por localidad fue admitido a formar parte de la asociación y usar la marca. La Suprema Corte de Estados Unidos de América, trató este asunto como un acuerdo horizontal entre supermercados, más que como acuerdo vertical de licencia. De este modo se entendió que tal acuerdo podía promover la competencia, fortaleciendo a los pequeños supermercados frente a los grandes. Pero cabe preguntarse si también no existía la posibilidad de que tal acuerdo sea considerado como de tipo vertical y haberlo admitido de todos modos. Este sería para los Estados Unidos una “ancillary restriction” y para la Unión Europea una excepción prevista.

Los acuerdos verticales u horizontales¹⁹⁷ también puede afectar indirectamente los precios, como sucedió en el caso de IFTRA Rules for Producers of Virgin Aluminium, donde la Comisión europea considera las reglas de la asociación de productores como un acuerdo entre los miembros que la firmaron, restrictivos de la competencia, aunque no había entrado en vigor. Por cierto el exceso de oferta que existió al comienzo del acuerdo y que llevó a sus miembros a pactar cláusulas como no realizar ventas destructivas por debajo del costo y el intercambio de información acerca de los precios al público, había sido absorbido por un incremento en la demanda tan pronto que las reglas no habrían nunca podido entrar en vigor, pero que los miembros del acuerdo habían retenido como una red de seguridad. La Comisión entendió que tales acuerdos restringían la competencia, a pesar de que las firmas no gozaban de una posición de dominio y que les fueron permitidos ciertos descuentos secretos para obtener sustentabilidad en un nuevo mercado.

Por otro lado tenemos que las prácticas anticompetitivas que regula y sanciona la Ley de Competencia en nuestro país son:

- Acuerdos entre competidores, acuerdos horizontales, prácticas absolutas o cárteles (Art. 25 de la Ley de Competencia);
- Acuerdos entre no competidores, acuerdos verticales o prácticas relativas (Art. 26 de la Ley de Competencia); y
- Abuso de posición dominante, abuso de dominancia o abuso de posición de dominio (Art. 30 de la Ley de Competencia).

2.9.1 Acuerdos Horizontales

Igualmente también existen los acuerdos horizontales, acuerdos entre competidores, prácticas absolutas o cárteles son arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí, que se unen para, entre otros, acordar precios, cantidades, división de zonas geográficas y licitaciones o concursos, limitando, restringiendo o impidiendo la competencia¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, editorial Heliasta, Argentina 1996

¹⁹⁷ Klaus Tiedemann, “La criminalité d'affaires”, Ensayos de derecho en honor a Javier Piña Palacios, Editorial Porrúa Hermanos México 1985

¹⁹⁸ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

Dichos acuerdos que se realizan entre agentes económicos que participan en el mismo mercado, en el mismo eslabón de la cadena de valor, se materializan con el objeto de fijar políticas conjuntas en cuanto a precios, cantidades de producción y división del mercado¹⁹⁹.

Por otra parte de acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los cárteles son una de las flagrantes y nocivas violaciones del Derecho de la Competencia (OCDE 1998), y están prohibidos²⁰⁰.

Esto es porque los cárteles perjudican a los consumidores y tienen nefastas repercusiones en la eficacia económica. De tal modo que un cártel operativo conlleva un incremento de los precios por encima del nivel de competencia y una reducción de la producción.

Un ejemplo de esto es cuando hay acuerdo entre competidores, que normalmente se encuentra oculto, que falsea las condiciones de la competencia, beneficia únicamente a los agentes económicos que participan en él, causan graves perjuicios a otros competidores que existen en el mercado, y perjudican al consumidor de una forma particular y a la economía de forma general.

Esta afectación es totalmente directa al consumidor porque es quien tiene que pagar más por el bien o servicio objeto del acuerdo ilícito, y a la economía en general ya que priva a todos los agentes económicos de los beneficios que resultan de la competencia, la innovación y la mejora en la calidad de los bienes y servicios, enriqueciendo, así, sin saberlo, a los miembros del cártel²⁰¹.

Además, los cárteles protegen a sus miembros de los riesgos derivados del juego de las fuerzas de mercado y, de esta forma, estos se ven libres de las presiones que deberían impulsarlos a reducir los costos y a innovar.

Es por eso que inclusive el Consejo de la Unión Europea define cártel como: “todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.”²⁰²

Por su parte la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España entiende como un cártel: “el comportamiento coordinado de las empresas en el mercado para modificar conductas como el precio, las cuotas de mercado, las condiciones en las que actúan comercialmente, la información que intercambian entre ellas y otros acuerdos”.

Según podemos observar que estos acuerdos son considerados como una infracción muy grave, que son especialmente dañinos para los mercados en los que la competencia, libre y plena, beneficia de forma inequívoca a los consumidores que no ven alterados el precio de los bienes o

¹⁹⁹ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

²⁰⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. “*Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces.*” OECD. (2002)

²⁰¹ *Ibidem*

²⁰² Así define “cartel” el Reglamento comunitario 1/2003, en el apartado 2 de la Disposición Adicional 4ª. REGLAMENTO (CE) N°. 1/2003 del CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA del 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

servicios que adquieren, motivo por el cual el Derecho de la Competencia español sanciona esta conducta, llegando incluso a imponer penas privativas de libertad a los participantes²⁰³.

“Al tratarse de prácticas a través de las cuales los competidores realizan un ‘fraude’ al mercado por dejar de competir y comportarse artificialmente como un único agente, con el fin de obtener beneficios inválidos, el tratamiento legal de estas conductas suele ser bastante drástico. Por lo que, las prácticas colusorias entre competidores pueden producir efectos perjudiciales producto de la restricción de la competencia que ocasionan.”²⁰⁴”

Ahora bien ya en nuestro país, el primer grupo de prácticas anticompetitivas tipificadas son los acuerdos entre competidores, éstos se refieren a pactos o convenios que se celebran entre personas que compiten entre sí, porque producen bienes o servicios que se consideran equivalentes o sustituibles y que por tanto, se encuentran en el mismo escalafón de la cadena de producción, es por eso que es necesario verificar cuales son los Tipos o modalidades de acuerdo con la Ley de Competencia. Al respecto, la Ley de Competencia textualmente establece lo siguiente:

“Art. 25.- Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades:

- a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma;
- b) Fijación o limitación de cantidades de producción;
- c) Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes; y
- d) División del mercado, ya sea por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio.”

Hay que destacar que dentro de este tipo de conductas se encuentran los carteles, que son las prácticas anticompetitivas más graves y las que son sancionadas con mayor severidad en el mundo, dado que causan grandes perjuicios a los consumidores²⁰⁵.

Ahora bien, en un mercado en competencia, para ganar la preferencia del consumidor cada participante debe esforzarse por innovar e incorporar mejoras en sus actividades, ya sea aumentando la calidad, lanzando al mercado bienes modernos u ofreciendo mejores precios. A través de dichos medios, es posible que un agente económico pueda captar un mayor número de clientela, pero ello, a su vez representa una inversión considerable.

Solamente de esta forma, un cartel se vuelve sugestivo dado que los costos que representa la competencia determinan que la rivalidad no es el vehículo más atractivo para obtener cuantiosas utilidades. Por ello, ciertos agentes económicos inescrupulosos pueden recurrir a una práctica de

²⁰³ María Teresa Cid Morales, “La colusión y los acuerdos horizontales: Programa de Clemencia” (Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Vigo, Vigo España 2017) http://fcetou.uvigo.es/docs/docencia/tfg/premios/JMPC-2017_Teresa.pdf

²⁰⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 5-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/E/1/2010-2019/2017/05/C2D05.HTML>

²⁰⁵ Richard Posner, “Antitrust law”, 2ª Ed., University of Chicago Press, Chicago, 2001

esta naturaleza que les beneficie, eliminando la competencia y aumentando sus ganancias a través de la reducción del excedente del consumidor²⁰⁶.

Por ejemplo en EUA, para determinar la ilegalidad de los carteles se ha admitido, la aplicación de la regla *per se*. En algunos supuestos menos graves, se ha estimado procedente realizar el análisis de la regla de la razón 207.

Sin embargo, lo más común es que los cárteles de núcleo duro, que comprenden los acuerdos de precios o cantidades de producción, licitaciones colusorias y reparto del mercado, sean siempre considerados anticompetitivos y no requieran prueba de daño²⁰⁸.

Bajo ese contexto en nuestro país, los acuerdos entre competidores tipificados por la Ley de Competencia son los siguientes: carteles de precios y de fijación de cantidades de producción, la licitación colusoria y la división del mercado, por territorio, tipo de productos vendidos, clientes, vendedores o por cualquier otro medio.

Por ejemplo, cuando hablamos de licitación colusoria, es cuando se trata de una fijación de precios en los contratos con el Estado. En este tipo de pactos, los agentes económicos coordinan sus ofertas, falsean la buena fe de las instituciones públicas y obtienen ganancias mayores por medio de una limitación de la competencia. Existen dos formas comunes de materializar una licitación colusoria. En la primera, se acuerda presentar licitaciones iguales, eliminando la competencia por precio y en la segunda, se llega a un acuerdo sobre cuál será el agente que presentará la oferta más baja y se toman turnos para que cada quien obtenga un contrato por un valor previamente acordado

Pese a que el legislador salvadoreño no determinó expresamente cuál es la regla o pauta de interpretación que debe utilizarse para sancionar los carteles. No obstante, tomando en consideración que las prácticas tipificadas por la Ley de Competencia como acuerdos entre competidores son aquellas reconocidas como carteles de núcleo duro y que la ley no exige comprobar otra cosa más que el acuerdo, ello habilita la aplicación de la regla *per se*.

2.9.2 Análisis de la regla *per se* y su aplicación

Con el propósito de poder determinar si un acuerdo es uno entre competidores de los prohibidos por el art. 25 de la Ley de Competencia, se aplica la regla *per se*.

Tenemos entonces que la regla *per se* es una forma de analizar los acuerdos anticompetitivos entre competidores, mediante la cual, para tener por demostrada la comisión de este tipo de prácticas ilícitas, el aplicador únicamente tiene que comprobar la adopción de uno de los acuerdos tipificados en el artículo 25 de la Ley de Competencia²⁰⁹.

²⁰⁶ Francisco Mochón Morcillo, “Economía, teoría y política”, 5ª Ed., McGraw Hill, Madrid, 2005

²⁰⁷ German Coloma, “Defensa de la competencia -análisis económico comparado-”, 1ª Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003

²⁰⁸ Graham Child, “Derecho de la Competencia en el mercado común”, Ed., española de Enric Picañol, Cívitas, Madrid, 1992

²⁰⁹ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

Es por eso que bajo la regla *per se*²¹⁰, aquellos acuerdos o entendimientos entre competidores para fijar precios, limitar la producción, repartirse el mercado o coludir ofertas en una licitación, se presumen anticompetitivos por sí mismos y no requiere comprobación alguna respecto de los efectos ocasionados o de la intención de las partes.

Específicamente en el caso salvadoreño, la Ley de Competencia no establece explícitamente cuáles son las reglas de valoración para cada una de las prácticas anticompetitivas por ella tipificadas. No obstante, de la lectura de su Título III es factible colegir que para los acuerdos entre competidores el legislador se decantó por la regla *per se*, pues estableció una prohibición absoluta: dejar de competir bajo las modalidades de acuerdos para fijar precios, limitar la producción, repartirse el mercado o coludir ofertas en una licitación.

Sin embargo respecto de los acuerdos horizontales ya existe un consenso entre las autoridades de competencia y organismos internacionales, como la OCDE, y la Red Internacional de Competencia (*International Competition Network* o *ICN*), que señalan que este tipo de conductas son consideradas como un asalto directo a los principios de la competencia y son universalmente reconocidas como las más dañinas de los tipos de prácticas anticompetitivas²¹¹.

En relación a nuestro país, la autoridad máxima en materia de competencia es –Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia–, con base en la Ley de Competencia, quien ha utilizado la regla *per se* para analizar las prácticas anticompetitivas contenidas en el artículo 25 de la Ley de Competencia.

Ejemplo de ello son las resoluciones sancionatorias emitidas en los casos conocidos como: BOLPROES, HARINERAS, AGENCIAS DE VIAJES, ACAJUTLA, CARTELES MÓVILES, ANDA, ASEGURADORAS, ARROCERAS y MEDICAMENTOS, en las que básicamente ha establecido que en virtud de la regla *per se*, las prácticas analizadas son consideradas indiscutiblemente anticompetitivas, por lo que no es necesario determinar la existencia de posición dominante o estimar los efectos en el mercado y que la Ley de Competencia no reconoce justificaciones de eficiencia que puedan ser argumentadas por los miembros del acuerdo.

Podemos destacar también que la aplicación de la regla *per se* en el análisis de carteles por parte de esta Superintendencia ha sido ratificada por la Sala de lo Contencioso Administrativo –SCA– de la Corte Suprema de Justicia, ya que en la resolución proveída en el proceso 464-2007, el 17 de septiembre de 2010, sostuvo que “*un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios (...) de ahí que sea una conducta sancionada per se por el legislador (...) de ahí que el sólo pacto de precios entre competidores se configura como una acción sancionable, que no requiere que se entre a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino únicamente su realización objetiva*”.²¹²

²¹⁰ Evelyn Jeannette Portillo de Avilés, “Regla *per se* y regla de la razón en la Ley de Competencia de El Salvador”, artículo publicado en San Salvador, febrero 2015 <http://blogs.economista.net/competencia/2015/02/regla-per-se-y-regla-de-larazon-en-la-ley-de-competencia-de-el-salvador/>; consultado el 22 de noviembre de 2019.

²¹¹ *Ibidem*

²¹² Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 464-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010)

De similar forma sucedió en el proceso contencioso administrativo referencia: 447-2007²¹³, la Sala de lo Contencioso Administrativo estableció que “un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto nocivo tanto para la competencia como para los usuarios, porque son susceptibles de incrementar el poder de mercado de los agentes económicos, acarreando consecuencias negativas en los precios de los servicios o productos, afectando así la competencia y a terceros. De ahí que sea una conducta sancionada ‘per se’ por el legislador”.

Podemos concluir entonces que la regla *per se* es utilizada por la autoridad de competencia salvadoreña para analizar los cárteles a los que se ha hecho alusión en este apartado y ha sido ratificada por el tribunal de justicia que controla la legalidad de los actos administrativos emitidos por aquella autoridad.

2.9.3 Modalidades de ejecución de las conductas descritas en el Art. 25 de la Ley de Competencia

En El Salvador se les denomina “*acuerdos entre competidores*” a las prácticas tipificadas en esta disposición legal porque son pactos o convenios que se celebran entre agentes económicos que son competidores entre sí²¹⁴.

En los Estados Unidos de América se les llama “*cárteles*” y “*acuerdos horizontales*” ya que son pactos entre agentes económicos que se encuentran en el mismo eslabón de la cadena de valor; se hayan en el mismo nivel de la cadena de producción.

Y posteriormente, en otras latitudes se les nombra “*prácticas absolutas*” porque estas conductas son siempre prohibidas, siempre son dañinas a la competencia y, por lo tanto, al bienestar de los consumidores. Se les aplica, para su análisis, la regla *per se*, a fin de probar su existencia y su objeto, siendo innecesario determinar la existencia de posición dominante o estimar los efectos en el mercado.

Ahora bien podemos verificar que en el inciso 1° del art. 25 de la Ley de Competencia que a la letra establece: “*Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades*”, tiene dos elementos que procede estudiarlos antes de continuar con el análisis de las modalidades de acuerdos horizontales.

Primero: los acuerdos entre competidores son siempre prácticas prohibidas por la ley. La Ley de Competencia no reconoce justificación alguna de eficiencia que puedan ser argumentadas por los miembros de un acuerdo de esta naturaleza.

Segundo: el listado de las modalidades de acuerdos horizontales del art. 25, no es taxativo, ya que claramente expresa “*(...) las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades*”. El legislador expresamente admite que esta enumeración es meramente ilustrativa, ejemplificativa.

²¹³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 447-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011)

²¹⁴ Superintendencia de Competencia “*Introducción al estudio del Derecho de Competencia*” Modulo 2 Óp. Cit.

Aclarado los puntos anteriores, es conveniente analizar de cada modalidad de acuerdos entre competidores descrita en el Art. 25 de la Ley de Competencia:

a) “Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma”. Se refiere a acuerdos directos sobre el precio final de venta al consumidor, porcentajes de incrementos de precios, comisiones, suplementos, descuentos, plazos de pagos, acuerdo de respeto de listas de precios o mantener las condiciones del mercado de tal manera que el precio se mantenga en un nivel determinado mediante el control de la oferta y demanda.

Por ejemplo, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia sancionó esta modalidad de acuerdos horizontales en los siguientes casos: 1) BOLPROES²¹⁵; 2) HARINERAS²¹⁶; 3) CARTELES MÓVILES²¹⁷; 4) ARROCERAS²¹⁸; y 5) MEDICAMENTOS²¹⁹.

b) También tenemos la fijación o limitación de cantidades de producción. Estos acuerdos persiguen fijar la cantidad de producto o de ofertas de servicios en relación con las cuotas de mercado o limitando la capacidad de producción mediante acuerdos de producción conjunta. O bien fijar la cantidad de producción y limitar las ventas para favorecer a los miembros de cártel a elevar los precios de los bienes y/o servicios.

c) Asimismo se encuentra la fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional. Estos acuerdos son intrínsecamente anticompetitivos, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, concurso o subasta, que es la adquisición o venta de bienes o servicios a los precios y a las condiciones más favorables. La mayoría de los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales, a causa de sus aspectos fraudulentos y especialmente de sus efectos perjudiciales en las compras del Estado y el gasto público.

Ya en la práctica, las licitaciones colusorias adoptan principalmente las siguientes formas:

1. Ofertas encubiertas: estas constituyen la forma más común y también son llamadas ofertas de cortesía. En este acuerdo, los postulantes presentan ofertas considerablemente más altas que el designado a obtener el contrato o con errores inaceptables que tornan imposible que las mismas puedan ganar.

2. Supresión de ofertas: este es un acuerdo para no presentar ofertas en determinados procesos, con la finalidad de asegurarse que el contrato sea otorgado al designado como el ganador en el pacto establecido.

²¹⁵ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-001-O/PA/R-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 18 de octubre de 2007)

²¹⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/PA/NR-2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final de las 12 horas del 04 de septiembre de 2008)

²¹⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-017-O/PS/R-2010. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida por el CD a las 10 horas y 45 minutos el 19 de diciembre del 2011)

²¹⁸ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-O/PI/NR-2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 13 horas del 07 de abril de 2017)

²¹⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia SC-020-O/PI/R-2017. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 08 de mayo de 2019)

3. Rotación de ofertas: se realizan bajo esta modalidad, los ofertantes establecen turnos para presentar la oferta que ganará la adjudicación. Esta práctica puede considerarse, entre otras, tomar turnos para ganar, el reparto de contratos e instituciones, basados en diferentes criterios.

4. Subcontratación: es cuando los competidores que sometieron a propósito ofertas perdedoras son subcontratados por el ganador. Este es el mecanismo de compensación utilizado por los participantes en el acuerdo.

Podemos inferir que al ser víctima de una licitación colusoria, el Estado obtiene bienes y servicios a precios más elevados que los que podría haber obtenido como resultado de un proceso licitatorio limpio y competitivo. Por ejemplo, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia ha sancionado licitaciones colusorias en los casos siguientes: 1) AGENCIAS DE VIAJES²²⁰; 2) ACAJUTLA²²¹; 3) ANDA²²²; y 4) ASEGURADORAS²²³.

d) División del mercado, ya sea esta por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio. Verbigracia: cada agente económico que participa en este tipo de acuerdos se reparte una zona geográfica en la que no pueden intervenir los demás, convirtiéndose en un monopolio de ese determinado territorio.

En El Salvador, su autoridad máxima en materia de competencia ha sancionado este tipo de acuerdos entre competidores, en los siguientes casos: 1) HARINERAS y 2) ASEGURADORAS.

2.9.4 Acuerdos Verticales

Ante la diversidad de mercados existentes, los productos o servicios ofrecidos no son en su mayoría ofrecidos al consumidor final directamente por el que lo fabrica; dicha actividad es realizada a través de intermediarios y vendedores a diferentes niveles, entonces vemos que la existencia de varios operadores comerciales es sumamente necesaria desde la producción de bienes y servicios, hasta cuando estos son colocados para ser adquiridos por los consumidores finales. Esto es lo que ocasiona que se desarrollen estructuras de mercado conocidas como cadenas verticales.

Cuando verificamos los acuerdos restrictivos de la competencia, emerge una especie de prácticas anticompetitivas cuya configuración no resulta de la colusión de competidores, sino de la participación de agentes económicos que están situados en diferentes estratos de la cadena de valor, y son los denominados Acuerdos Verticales.

²²⁰ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-001-O/PA/NR-2009. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 09 horas del 07 de julio de 2009)

²²¹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-D/PS/R-2010 (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 31 de agosto de 2011)

²²² Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-014-O/PS/NR-2012. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 11 horas del 27 de febrero de 2013)

²²³ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-012-O/PS/R-2013. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 14 horas y 25 minutos del 17 de abril de 2015)

En El Salvador los referidos Acuerdos Verticales son desarrollados en la ley bajo ciertos supuestos, pero condicionados por una herramienta que determinará la antijuridicidad de estas prácticas. El primero de estos supuestos es aquella situación o estado en que se encuentra un agente económico cuando tiene la capacidad para actuar independientemente de sus competidores, clientes, proveedores y consumidor final, sin que agentes competidores reales o potenciales puedan contrarrestar dicho poder, denominado como posición dominante, que en si no es una situación ilegal²²⁴.

En un segundo supuesto tenemos la tipificación de aquellas prácticas que, probado la posición dominante de un agente económico, tienen como objetivo sustraer el elemento de competencia de la situación del mercado o en parte de este, elemento que apreciamos en el Art. 26 de la Ley de Competencia. Luego de analizar los referidos supuestos, se debe de realizar un análisis que nos ayuda a encontrar aquellas situaciones que el legislador nos impone, y es lo que se conoce como “la regla de la razón”. En los acuerdos entre competidores el análisis que se realiza se denomina “la regla per se”, la cual coincide con la tipicidad simple que puede requerirse para analizar la ilegalidad de una actuación, es decir que por el simple hecho de existir el acuerdo, sin atender a las intenciones o efectos de la misma conducta es anticompetitiva; en contraposición, la regla de la razón, requiere que se evalúen los efectos que la conducta objeto de estudio ha provocado en el mercado; en consecuencia, el análisis económico se vuelve, además de ineludible, riguroso y solo de llegarse a concluir que en efecto hubo afectaciones reales o posibles al mercado, la antijuridicidad se configura y se hace sancionable. Dicho planteamiento es hecho desde el punto de vista de las formas de análisis, ahora estudiaremos desde el punto de vista jurídico de las mismas prácticas:

Restricciones por su objeto: son aquellas que por su propia naturaleza restringen la competencia, que una práctica tenga por objeto restringir la competencia no depende exclusivamente de la intención de las partes que se involucran en ella, sino del contexto jurídico económico que les acontece²²⁵.

Restricciones por efectos: este tipo de prácticas, excluyen del análisis tanto si su intención subjetiva es la de restringir la competencia como la de su objeto, es decir no le concierne si una práctica determinada tiene por objeto particular alguna eficiencia de forma privada u otro tipo de beneficio centrándose únicamente en los efectos negativos que produce la práctica sean deseados o no²²⁶.

Ahora bien, tomando en cuenta los factores analizados anteriormente, podemos aterrizar un poco más el concepto de que es lo que busca el legislador al tener de sancionables las practicas verticales, es donde entra en juego la famosa “Regla de la Razón”, es decir analizar el supuesto normativo y fáctico, sino porque el análisis económico determina que la conducta cometida tiene repercusiones, ya sean posibles o concretadas.

²²⁴ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 3 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2> <http://ecompetencia.sc.gob.sv>

²²⁵ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “Manual de Derecho de la Competencia”, 1ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008

²²⁶ Ibidem.

Por tal razón las prácticas anticompetitivas entre competidores pueden llevarse a cabo con un acuerdo verbal o escrito el querer restringir la competencia por los agentes económicos que pudiesen estar en diversos eslabones de la cadena de valor, pero debemos de recordar que, para que la Ley de Competencia lo considere una práctica anticompetitiva, debe de comprobarse la posición dominante del agente económico y luego el análisis económico, mediante la “regla de la razón”, debe determinar que su acuerdo o conducta tiene repercusiones reales o potencialmente tangibles en el mercado relevante y por ende en el bienestar del consumidor²²⁷.

Y es que para el caso particular de El Salvador, las prácticas anticompetitivas verticales atienden a la tipicidad de la práctica plasmada (lista no taxativa) en el art. 26 de la Ley de Competencia de tres tipos: la venta condicionada cuando un proveedor venda un producto bajo condición que el comprador adquiera otros productos del proveedor o empresa asociada al proveedor, la venta o transacción con condición de no usar o adquirir, ni vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros o por terceros; y, la concertación entre varios agentes económicos o invitación a ejercer dichas prácticas, entre las otras que sin estar tipificadas expresamente en el artículo pueden ser tipificadas como un acuerdo vertical.

Debemos destacar que existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que establece para que un supuesto pueda ser sancionado debe de estar la prohibición expresa dentro de la normativa. En el caso de la Ley de Competencia, y se detalló el contenido del artículo 26 pero también el artículo 1 inciso segundo establece una prohibición para todo “... los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la ley.

“Esta prohibición puede complementarse con el Artículo 46, inciso segundo en el cual establece”, *“Así mismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una modalidad de práctica prohibida que atente contra la competencia, distintas a las enunciadas en el Título III de las prácticas anticompetitivas de esta ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia.”*

Las referidas disposiciones generales y abiertas, si bien desde el punto de vista legal se puede alegar que no brindan una total certeza jurídica, no se debe de perder de vista que los mercados no son estáticos y por ende su dinámica cambiante hace difícil mantener una legislación que puede mantener una sana competencia; como ejemplo podemos citar los mercados digitales en los cuales los servicios son prestados por plataformas tecnológicas de doble lado (ej.: UBER) que pueden estar distorsionando el proceso competitivo del mercado pero es complicado enmarcarlo en conductas que están acorde para mercados tradicionales. A la fecha, las disposiciones en mención no han sido utilizadas por la Superintendencia de Competencia²²⁸.

²²⁷ Aitor Zurimendi Isla “Las restricciones verticales a la libre competencia”, 1ª Edición Editorial Cívitas, Navarra, 2006

²²⁸ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 3 Óp. Cit.

Ahora bien, en un segundo momento tenemos los elementos que define el art. 27 de la Ley de Competencia que deben de comprobarse para que las prácticas anticompetitivas entre no competidores sean consideradas violatorias, en el derecho de competencia salvadoreño. Dichas disposiciones condicionan la tipicidad de la practica en yuxtaposición a tres elementos; la posición de dominio a la luz del articulo 29 Ley de Competencia., que las practicas se realicen respecto a bienes o servicios correspondientes al mercado relevante y finalmente que se produzca o exista la posibilidad de producir efectos negativos a la competencia de sus competidores, impidiendo y limitando el acceso a potenciales competidores o desplazando a competidores dentro del mercado; así como que el cometimiento de perjuicio a los consumidores²²⁹.

2.9.5 Modalidades de Ejecución de los Acuerdos Verticales

Según lo dispuesto en el art. 26 de la Ley de Competencia siempre y cuando se comprueben los supuestos del art. 29 las siguientes son consideradas prácticas anticompetitivas entre no competidores; venta condicionada y venta o transacción sujeta a condición, de lo que trataremos a continuación:

Tenemos que la venta condicionada: se define como aquella practica anticompetitiva que tiene por objeto hacer de manera conjunta una venta con una estipulación en virtud de la cual el comprador adquiera otros productos o servicios del proveedor o empresas asociadas a este (puede tratarse de “marca única” o “venta atada”)²³⁰.

Entonces podemos tener por un lado un comprador en busca de un bien, que probablemente por su rubro, deberá adquirir diversos insumos adicionales inmersos en su proceso de producción o complementario al mismo, oportunidad que aprovecha el proveedor de estos bienes al condicionar su adquisición a realizar la compra de forma conjunta a los bienes que en efecto se desean adquirir de ese específico proveedor, adicionando aquellos bienes o servicios que probablemente en búsqueda de la eficiencia económica o alguna reducción de costos se adquiriría probablemente en otro proveedor, supuesto que por sí mismo no representa una restricción vertical sancionada por el Derecho de Competencia Salvadoreño, sino que se tendrá que adicionar a los elementos de análisis que al agente económico que realiza la venta condicionada tenga posición de dominio en el mercado relevante, y que dé se tengan o se podrían tener afectaciones negativas a los consumidores²³¹.

2.9.6 Abuso de Posición Dominante

Previo a iniciar el estudio del Abuso de posición de dominio como práctica anticompetitiva, debemos aproximarnos antes a aquellos elementos que constituyen el estadio económico que se denomina como “Posición de Dominio”, la literatura aborda el tema desde múltiples perspectivas, una de ellas es la cuota de mercado que puede tener un agente económico, situación que representa una gran importancia para aproximarnos al concepto de dominio.

²²⁹ Gonzalo Ruiz, “Definición de mercado relevante y políticas de competencia” en Revista de Derecho. Segunda Época, Themis, Año 17, No. 91, Lima Perú 2000

²³⁰ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 3 Óp. Cit.

²³¹ Ibidem.

Cuando se verifica un ejercicio abusivo de una posición de privilegio en el mercado por medio de una actuación unilateral o concertada de uno o varios agentes económicos, no se trata de un acuerdo anticompetitivo, sino que se perfecciona un abuso de la posición dominante²³².

La interrogante que surge al tocar el tema de cuotas de mercado es: ¿Será suficiente hablar de cuotas de mercado para establecer posición de dominio?, a lo que la misma literatura le opone ciertas situaciones que atenúan la robustez de la hipótesis; las cuotas de mercado por sí solas no pueden ser tomadas como indicadores absolutos de la existencia de una posición de dominio, dependerá de la cantidad de agentes económicos competidores y su capacidad para responder a las acciones que el participante mayoritario del mercado ejerza, como se mencionó anteriormente cuando explicábamos la posición dominante en el análisis de los acuerdos verticales o prácticas anticompetitivas entre no competidores.

Es entonces, que acá la literatura, introduce otros conceptos que de por si no son ajenos a la posición de dominio, y es “la independencia” con la que puede actuar y “el poder de mercado” de un agente económico. Se dice que para verificar en efecto que un agente económico posee posición de dominio en un mercado, se tiene que comprobar que este tiene un poder económico suficiente y comportarse con independencia de sus competidores, esto en esencia implica que, al realizar sus actuaciones comerciales no se tomara en cuenta de ninguna forma las reacciones o efectos de los comportamientos de los posibles o reales competidores, es donde se llega a la conclusión que poder de mercado implica que se tiene la suficiente independencia económica para ofertar productos o servicios por encima de las condiciones normales de competencia sin que sus competidores pueda establecer un contrapeso a dichas conductas²³³.

En nuestro país existe cuerpos normativos que regulan conductas y no estructuras de mercado, en contraposición a prohibir los monopolios como estructura de mercado, prohíbe aquellas prácticas que restringen la competencia realizadas por un agente económico que por su posición dominante en el mercado relevante, de ser el único, es propenso a afectar el correcto funcionamiento del mismo mercado.

Sin embargo es importante destacar la capacidad para que una empresa demuestre su independencia en el mercado que dependerá fundamentalmente de las alternativas, de bien o servicios, que los consumidores puedan tener para sustituirlos por otro, y flexibilizar de esta forma la demanda, Si nos encontramos en presencia de una sustituibilidad alta de la demanda por el tipo de producto, o por los distribuidores que ofertan estos sustitutos, es poco probable que un candidato pueda tener posición de dominio se enfrentara a no poder realizar conductas que provoquen distorsiones en el mercado repercutiendo en la eficiencia económica y cause daño a los consumidores. En contraposición tenemos un análisis a los productos en sí y a los agentes económicos que los distribuyen, se dice que entre mayor sea la oferta de productos o servicios, será más difícil atribuir a un agente económico la dominancia en un mercado determinado²³⁴.

²³² Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, “Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia” Óp. Cit.

²³³ Julio Pascual y Vicente, “El abuso de posición dominante”, en Revista de Derecho Mercantil, No. 245, julio-septiembre, Madrid España 2002

²³⁴ Julio Pascual y Vicente, “El abuso de posición dominante” Óp. Cit.

Lo anterior es de suma importancia porque nos da una luz de la regulación del abuso de posición de dominio en El Salvador, para lo cual legalmente debemos tomar en cuenta los siguientes elementos para saber si estamos en presencia de una posición de dominio en el mercado según la Ley de Competencia:

a) Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder;

b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.

c) La existencia y poder de sus competidores; y

d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos²³⁵.

Así las cosas, cuando hablamos de las restricciones por abuso de posición de dominio, se tratan de una serie de tema muchas veces de índole más económico que jurídico, debido a que no se regula una tipicidad común o un catálogo de prácticas, con solo una interpretación, sino que conlleva un análisis económico pudiendo decirse que en Abuso de posición de dominio está prohibido lo siguiente:

a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes;

b) Las acciones que tengan por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado;

c) La disminución de precios en forma sistemática, por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores, o evitar la entrada o expansión de éstos; y

d) La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país²³⁶.

²³⁵ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 3 Óp. Cit.

²³⁶ Iñigo Herguera y Amadeo Petitbò “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la Competencia”, publicado en AA.VV., Anuario de la competencia 2000, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2001

CAPÍTULO 3

MARCO JURÍDICO: EFECTOS QUE SE PRODUCEN EN EL VACÍO DE REGULACIÓN DE PREVENCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

3.1 Regulación constitucional del orden económico

Con respecto a los considerandos preliminares de la Ley de Competencia, el legislador secundario se remitió únicamente al inciso segundo del artículo 101 de la Constitución de 1983, ya que éste tiene una vinculación más evidente con la materia regulada. Sin embargo, es preciso advertir en el presente documento que este artículo fue diseñado por el Poder Constituyente para asentar el marco introductorio del régimen económico nacional, por lo cual estimamos que se vuelve relevante transcribir el texto del artículo completo y examinarlo íntegramente, ya que los Parlamentarios Constituyentes dispusieron que ambos incisos debían proporcionar los principios aplicables al orden económico en general:

“El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.

*El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores”.*²³⁷

Puesto que el orden económico nacional está configurado por ese conjunto de principios y reglas contenidas en la Constitución, que constituyen el marco de la totalidad de actividades a través de las cuales se desarrollan las relaciones económicas en el país, tal cual ya ha sido reconocido inclusive por la Sala de lo Constitucional²³⁸. La primera parte del precepto transcrito reproduce literalmente el texto del artículo 135 de las Constituciones de 1950 y de 1962. Históricamente, es procedente mencionar que fue el Constituyente de 1950 quien introdujo por primera vez un título regulador del orden económico y quien determinó que éste debía responder a principios de justicia social, que contribuyeran a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano²³⁹.

Tenemos entonces que el concepto de justicia social también aparece por primera vez en la Constitución de El Salvador de 1950 y constituye actualmente uno de los conceptos jurídicos de más compleja definición, por su amplio contenido indeterminado y porque, en la práctica, la concreción de este concepto puede depender del ámbito en el que tenga que aplicarse o del enfoque político, jurídico o económico que se adopte para definirlo.

De tal manera que para los fines de esta investigación, considerando las particularidades del derecho de competencia, resulta apropiado adoptar un enfoque que combine la dimensión

²³⁷ Constitución de la República de El Salvador El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983

²³⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 8-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2000-2009/2005/12/27FA.PDF>

²³⁹ Francisco Bertrand Galindo et al, “Manual de derecho constitucional, Tomo I” Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992

jurídica con la económica, a partir del cual se reconoce que la justicia social no es un resultado natural de la actividad económica, puesto que ésta se encarga del proceso productivo y no de la distribución de la riqueza. En este orden de ideas, es tarea propia del Estado adoptar los medios necesarios que contribuyan a alcanzarla, ya que si bien su contenido es de dificultosa concreción, la justicia social constituye uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento económico reconocidos por la Constitución²⁴⁰.

Así las cosas, en el marco de este estudio, se pretende lograr la mayor concreción jurídica de este concepto con el fin de determinar las obligaciones que pesan sobre los poderes constituidos, entre las cuales anticipamos que tiene su lugar la defensa de la competencia en el mercado, porque -tal como podremos constatar a lo largo de este trabajo- el libre juego de las fuerzas competitivas aporta mayor equilibrio a las relaciones económicas y genera beneficios para la sociedad en general.

Sin perjuicio de la advertencia hecha al inicio de este ítem, sobre la imposibilidad de analizar a fondo las cláusulas económicas de la Constitución de 1983, con el fin de precisar el marco constitucional dentro del cual se aprueba la Ley de Competencia, se considera procedente agregar que esta parte del precepto que tiene su origen en la Ley Fundamental de 1950, muestra una estrecha vinculación con la parte final del artículo 1 de la Constitución de 1983, en el que se establecen los fines del Estado y específicamente la obligación de asegurar a los habitantes de la República el bienestar económico y la justicia social, el cual también tiene su origen en la Constitución de 1950.

Dicho precepto eminentemente axiológico ha permitido deducir que los forjadores de nuestra Constitución vigente, la concibieron como una norma personalista e igualmente concibieron al orden económico como un conjunto de relaciones instrumentales, que deben contribuir a la realización de la persona humana en su dimensión económica²⁴¹. Del examen de los debates de la Asambleas Constituyentes de 1950 y de 1983, podemos concluir primero que la orientación social del régimen económico constitucional impone al Estado la obligación de garantizar que toda la actividad económica esté encaminada a proporcionar el mayor bienestar económico para la mayoría de habitantes de nuestro país²⁴².

En segundo lugar, esta conclusión también encuentra sustento en las sentencias que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre el tema, en las cuales se ha manifestado que justicia social, bienestar social e interés general, en términos económicos, significan “el derecho que tienen las mayorías a satisfacer sus necesidades materiales básicas”, calificando a los derechos económicos de la población como verdaderos derechos fundamentales²⁴³.

Además de la jurisprudencia nacional citada, se considera provechoso hacer referencia a algunas reflexiones sobre la relación entre orden económico e interés social, formuladas por el Dr.

²⁴⁰ Lester Thurow, “*Hacia una definición de Justicia Económica*”, en Revista de Estudios Públicos, N° 24, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1986

²⁴¹ Juan Ignacio Font Galán, “*Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y Desafío Ético del Ordenamiento del Mercado Competitivo*”, en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995

²⁴² Mario Antonio Solano Ramírez, “*Derecho Constitucional de El Salvador*” Óp. Cit.

²⁴³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 8-2004 Óp. Cit.

Álvaro Magaña, ex presidente de la República y reconocido estudioso del derecho constitucional económico en nuestro país. En un ensayo de 1996, sobre la Constitución de 1983, el Dr. Magaña señala que para guardar la debida coherencia con nuestra Constitución vigente, las cuestiones económicas deben resolverse atendiendo a criterios de eficiencia, pero también tomando en consideración el bienestar de la población en general. Para este autor, todo el ordenamiento contenido en la Ley Fundamental representa una limitante para cualquier medida o programa de política económica que el Gobierno quiera impulsar, que debe ser tomado en consideración al momento de diseñar y aplicar las normas²⁴⁴.

Es de suma importancia resaltar también de inciso primero del artículo 101 CN, el inciso segundo del artículo 101 el que constituye el primer fundamento Constitucional citado en la introducción de la Ley de Competencia. En él se establece la obligación que recae en el Estado de promover el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad, la racional utilización de los recursos, y la defensa de los consumidores.

De igual forma este segundo inciso no tiene su origen en la CN de 1950, puesto que fue agregado por los Constituyentes de 1983, para resaltar la obligación que incumbe al Estado de coordinar la actividad económica estatal, con el fin de incrementar la riqueza nacional y de garantizar que ésta sea aprovechada por la mayor parte de la población. Al estudiar ambos incisos, se puede verificar que se trata de un precepto principialista, en el que los Constituyentes pretendieron plasmar lineamientos generales aplicables a toda la economía nacional, tomando como base la búsqueda del equilibrio entre el crecimiento económico y el bienestar de la población.

Además del marco general trazado por el inciso primero del artículo bajo examen, este segundo inciso es particularmente relevante para la interpretación y para la aplicación de la Ley de Competencia, ya que el incremento de la eficiencia productiva y la correcta utilización de los recursos que pueden lograrse en un régimen de libre competencia empresarial, es uno de los fines perseguidos por la Ley de Competencia y uno de los mayores provechos que la competencia puede aportar en beneficio de la sociedad, tal como profundizaremos en el capítulo siguiente²⁴⁵.

Al momento de aprobar la Ley de Competencia, el legislador salvadoreño ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, un instrumento normativo que puede contribuir a dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el artículo 101 CN²⁴⁶, puesto que la regulación de defensa de la libre competencia empresarial fomenta la eficiencia productiva y la mejor utilización de los recursos, así como la puesta a disposición de la sociedad, en su dimensión de consumidora, de más y mejores productos, a menor precio, con el consiguiente incremento de la riqueza, que se obtiene tanto para el empresario como para el consumidor²⁴⁷.

Sobre este punto, conviene señalar que el derecho de competencia ha sido concebido como una de las manifestaciones del poder ordenador del Estado del mercado, para fomentar una sana competencia empresarial o corporativo (según su dimensión)²⁴⁸. Esta forma de intervención

²⁴⁴ Álvaro Magaña, “Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña” Óp. Cit.

²⁴⁵ Miguel Ángel Fernández Ordóñez, “La Competencia”, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000

²⁴⁶ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 48 “La Ley de Competencia”. Óp. Cit.

²⁴⁷ Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez Menéndez, “Curso de Derecho Mercantil”, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2006

²⁴⁸ Lluís Cases Pallares, “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Escola D’Administració Pública de Catalunya Marcial Pons, Madrid, 1995

indirecta en la economía contribuye a realizar las aspiraciones del Constituyente contenidas en el artículo 101 CN, puesto que implica una forma de injerencia estatal compatible con los límites autorizados por la Ley Suprema. La legislación de defensa de la competencia pretende contribuir a promover simultáneamente el desarrollo económico y el social, por constituir una normativa que permite proteger ambas vertientes del mercado: aporta equilibrio a las relaciones entre empresarios y protege a los consumidores²⁴⁹.

Tal como se abordara más adelante así como en otras partes de este estudio, el derecho de competencia promueve los sanos comportamientos empresariales que conducen a la eficiencia productiva y al bienestar de los consumidores, en los términos consignados en el inciso 2 del artículo 101 CN, ya que obliga al productor a mejorar sus técnicas de producción y a optimizar el uso de los recursos de los que dispone, para producir variedad de bienes y servicios mejores y más baratos, con el propósito de captar la mayor porción de la demanda posible.

A su vez, el consumidor también ha resultado beneficiado con la defensa de la libre competencia en el mercado, porque como consecuencia de esta rivalidad por captar un mayor número de clientes, los empresarios y competidores ponen a disposición de la población en general, una más amplia variedad de bienes y servicios, de mejor calidad y precio.

Estos efectos directos de la defensa de la libre competencia, que serán objeto de un examen más detallado en los ítems siguientes, nos permitirán concluir que la aprobación de la primera ley de competencia en El Salvador, constituye un instrumento normativo que podrá promover concurrentemente el desarrollo económico y el social, contribuyendo al efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 101 CN²⁵⁰.

3.2 Libertad económica constitucionalmente garantizada

Al igual manera que el artículo anteriormente comentado, el artículo 102 también forma parte del título que concentra las cláusulas económicas de la Constitución de 1983, el cual dice:

“Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social.

El Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país”.

Este mandato constituye uno de los principales fundamentos constitucionales mencionados en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia, ya que su texto establece el marco específico de protección constitucional a las libertades individuales en el ámbito económico. La Constitución en vigor garantiza un derecho general de libertad el cual es aplicable a prácticamente todas las esferas de la vida de los habitantes de este país, conforme al cual las personas son libres de hacer todo lo que la Ley no prohíbe. Sin embargo, el artículo 102 CN refleja la preocupación

²⁴⁹ Urích Immenga, “*El Derecho del Mercado*”, en Revista de Derecho Mercantil n. 235, Madrid, 2000

²⁵⁰ Liliam Virginia Arrieta de Carsana, “*Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador*”, Editorial Universidad Dr. José Matías Delgado, Instituto de Investigaciones Jurídicas. La Libertad, diciembre 2012

de los Constituyentes por garantizar también de forma específica la tutela de las libertades económicas individuales.

Se debe advertir que el referido texto del artículo 102 CN es una reproducción exacta del texto del artículo 136 de la Ley Fundamental de 1950, retomado luego con el mismo número y redacción por la Constitución de 1962, por lo que correspondería buscar su génesis en las sesiones que dieron lugar a la aprobación de la Constitución Política de 1950. Sin embargo, al consultar estas discusiones, constatamos que el contenido de los principales conceptos incorporados en el inciso primero de este artículo, como el significado de libertad económica o de interés social- en el ámbito de las relaciones económicas- no fueron objeto de análisis o de debate.

Al consultar las transcripciones literales de las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1950, figura que el texto del artículo 136 en la CN de ese año – ahora Art. 102 CN– fue aprobado, sin mayor discusión o análisis del contenido de conceptos que se incorporaban por primera vez en los textos constitucionales nacionales²⁵¹.

Sin embargo al verificar los incisos del artículo 136 CN, consta que en el contenido del mismo, la preocupación de los Constituyentes se centró en la organización de un régimen económico equitativo. Se pretendió que la Constitución garantizara la libertad económica, entendida como libertad individual de los particulares siempre y cuando no se descuidara el interés de la colectividad o interés social.

Ahora bien en cuanto al inciso segundo que básicamente desarrolla estos principios, al expresar que corresponde al Estado proteger y respetar la iniciativa privada, para que ésta contribuya a la generación de la riqueza nacional, en beneficio de la mayor parte de habitantes del país. Esta segunda parte del artículo complementa el contenido del inciso primero, al reiterar que la actividad económica empresarial debe desenvolverse en beneficio de las mayorías y no para beneficio exclusivo de quien la ejerce.

Pero al no poder concretar debidamente el contenido del artículo 102 de la Constitución de 1983 a partir de los debates que le dieron origen o que dieron origen a sus antecedentes, es necesario completar esta investigación, remitiéndonos a la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional ha proveído y que ha permitido en gran manera determinar el alcance de algunos de sus aspectos más relevantes²⁵².

En cuanto a la naturaleza de la libertad económica, el máximo intérprete de la Constitución ha dicho que se trata de un derecho subjetivo que debe entenderse como una manifestación del derecho general de libertad, que en este caso, implica la posibilidad de obrar o no obrar en el ámbito económico. El contenido de la libertad económica se concreta en el derecho de intervenir en las tres etapas que conforman el proceso económico: producción, distribución y consumo de bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades humanas²⁵³.

²⁵¹ Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente celebradas entre el 12 de mayo y el 1 de septiembre de 1950, Legajo 3: actas n. 38 a n. 57, San Salvador, 1951.

²⁵² Liliam Virginia Arrieta de Carsana, “Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador”, Óp. Cit.

²⁵³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 15-99/17-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBodega/D/1/2000-2009/2002/08/2166.PDF>

Tan es así que el criterio más continuamente asociado por la Sala es aquel que reconoce que la libertad económica implica una esfera de actuación garantizada por la Constitución, que permite el ejercicio de actividades económicas lícitas, dentro de un espacio suficientemente amplio para que la actividad económica privada se desarrolle libre de toda intervención estatal²⁵⁴.

Sin embargo, se podrá apreciar que en pronunciamientos más recientes, el Tribunal ha mostrado cierta tendencia a identificar y diferenciar la libertad económica con la libertad empresarial, manifestando que de la libertad económica establecida en el artículo 102 CN, se deriva la libertad de empresa, la cual desde una perspectiva subjetiva implica que se pueden emprender actividades económicas lícitas y libres de prácticas monopólicas, mientras que desde una vertiente institucional, implica el no sometimiento a limitaciones que la vuelvan impracticable²⁵⁵.

A pesar de la similitud de conceptos que existen entre una y otra libertad, esta postura más reciente es importante estudiarle, ya que desde una perspectiva formal, el artículo 110 de la Constitución protege específicamente la libertad empresarial, siendo innecesario que se recurra a identificarla con la libertad económica o a derivarla del artículo 102 CN y, porque desde una perspectiva material, al momento de elaborar la Constitución de 1983, el legislador Constituyente identificó el contenido de la libertad empresarial con la libre competencia, pero no con la libertad económica en general²⁵⁶.

La Sala de lo Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha mencionado que la libertad económica no puede ni debe concebirse como una libertad absoluta e ilimitada. Esto es porque la libertad económica como manifestación de una libertad jurídica debe ser congruente con la libertad de los demás y con los fines perseguidos por la Ley Fundamental.

Cabe agregar que la protección del interés social enunciado en el inciso primero del artículo 102 CN establece uno de esos fines y constituye un límite expresamente previsto a la libertad económica, que se deriva también del artículo 101 antes comentado, en el que se establece que todo el orden económico nacional debe servir a garantizar el interés de la colectividad.

En cuanto al alcance y contenido del interés social en el marco de las relaciones económicas, la Sala de lo Constitucional ha manifestado que el interés social debe entenderse simplemente como el interés de la sociedad o la colectividad. No obstante ello, la Sala también ha precisado que el interés social no puede entenderse como el interés de absolutamente toda la población, sino únicamente como un interés representativo de los intereses de las mayorías²⁵⁷.

En ese orden de ideas debemos advertir que la ley de Competencia aporta una herramienta de suma utilidad para dotar de efectividad al mandato contenido en el artículo 102 de la Constitución, ya que uno de los principales efectos de una adecuada regulación de la rivalidad

²⁵⁴ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 8-2004 Óp. Cit.

²⁵⁵ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 391-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2006/02/2920.PDF>

²⁵⁶ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 24-98 Óp. Cit.

²⁵⁷ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 5-93/2-96/3-96/11-96/12-96 Acumuladas.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F1990-1999%2F1998%2F07%2F1554.PDF>

empresarial es la consecución del equilibrio entre la libertad de iniciativa económica que asiste al individuo y los intereses de la sociedad, en su dimensión de destinataria de la actividad económica²⁵⁸.

Tan es así que la protección de la libre competencia impide que el ejercicio irrestricto de la libertad económica de unos, aniquile la libertad económica de los demás no solo en las relaciones entre empresarios competidores, como respecto de los efectos de sus comportamientos ya en los consumidores. El derecho de competencia protege indirectamente la capacidad de obrar del empresario con el fin de garantizar una real y sana competencia por la demanda, ya que éste sanciona aquellas prácticas, como el abuso de la posición dominante, que al mismo tiempo que restringen la libertad de los competidores, distorsionan el buen funcionamiento del mercado.

Un buen ejemplo de ello, está en la resolución con referencia Inc. 2-92, la Sala de lo Constitucional manifestó que la libre competencia es parte esencial de la libertad económica, ya que no puede considerarse que exista libertad económica en un sistema caracterizado por ser unos pocos los productores o distribuidores de la mayoría o de todos los bienes. La libertad económica implica que todos los participantes en los procesos productivos deben poder competir libremente entre sí para aprovecharse de las oportunidades que el mercado ofrece.

De igual se debe advertir que la defensa de la libre competencia garantiza la libertad económica o capacidad de obrar del consumidor, puesto que al prohibir prácticas empresariales como, el monopolio o las colusiones, mantiene abiertas las posibilidades de elección, lo que también implica adquirir bienes y servicios a precios más bajos que en ausencia de competencia.

Es importante recalcar que un sector mayoritario de la doctrina manifiesta que la protección jurídica de la libre competencia es uno de los mecanismos más aptos para tutelar los intereses económicos de la sociedad en general, ya que el derecho de competencia resguarda los intereses de todos los partícipes en el mercado y garantiza el orden público económico²⁵⁹.

En por eso que la Ley de Competencia constituye una forma de intervención estatal en la economía que preserva simultáneamente la libertad económica y el interés social, tal como mandan las cláusulas económicas de la Constitución de 1983²⁶⁰.

De igual manera los aspectos anteriormente mencionados, el derecho de la competencia protege la libre iniciativa privada garantizada en el inciso segundo del artículo 102 CN, ya que promueve el buen funcionamiento del mercado en una forma menos invasiva que los sistemas basados en una regulación directa del comportamiento empresarial²⁶¹.

Además, si bien es cierto que actualmente existe cierto beneplácito al señalar que el derecho de la competencia protege la competencia y no al competidor, es apropiado mencionar que la libertad económica individual también resulta protegida indirectamente, ya que al prohibir

²⁵⁸ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 140-2000 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2002/11/1B94.PDF>

²⁵⁹ Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez Calero Guilarte, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, Thomson-Aranzadi, 29ª edición actualizada y ampliada, Navarra, 2007

²⁶⁰ Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez Menéndez, “*Curso de Derecho Mercantil*”, Óp. Cit.

²⁶¹ Martín Bassols Coma, “*Constitución y Sistema Económico*” Óp. Cit.

todos aquellos comportamientos empresariales que distorsionan la libre competencia o que impiden el acceso al mercado a cualquier agente económico, la LC también protege la libertad económica de los protagonistas en los procesos productivos.

Finalmente, es importante resaltar lo relativo a la regulación de la competencia que esta constituye una normativa conciliadora de los mandatos constitucionales, puesto que a pesar de imponer algunos límites a la libertad económica y específicamente en la libertad empresarial, fomenta el bienestar del consumidor al mejorar sus oportunidades para satisfacer sus necesidades materiales, con el consecuente incremento de la riqueza que se genera para toda la población²⁶².

Antes de concluir este apartado, también es necesario precisar que el derecho de competencia forma parte del derecho ordenador de la actividad económica y que conforme a esta premisa, nuestra Ley de Competencia es una norma que incide sobre las posibilidades de actuar de los agentes económicos. Sin embargo, luego de analizar el contenido de la libertad económica constitucionalmente garantizada, encontramos que la SCN ha señalado que la libertad de competencia es un elemento esencial de la libertad económica que lejos de restringirla, ayuda a preservarla.

Por lo tanto, si bien la Ley de Competencia impone límites a libertades económicas concretas constitucionalmente protegidas, como la libertad empresarial o la libertad de contratación Art. 110 y Art. 23 CN, respectivamente- puesto que prohíbe o condiciona ciertas conductas o ciertas estructuras empresariales, en realidad, tal como se ha venido reiterando, la libertad de competencia y su defensa, constituyen un principio consustancial del modelo económico que se inscribe en nuestra Ley Fundamental, que contribuye a dar plena vigencia a los derechos contenidos en la misma, así como también contribuye a garantiza el bienestar general²⁶³.

3.3 Regulación constitucional de los monopolios

Cuando hablamos de las cláusulas económicas de la Constitución de El Salvador de 1983, más precisamente aquellas que fueron mencionadas por el legislador en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia, el artículo 110 es el que tiene mayor relación con esta materia, según se analizara más adelante, al examinar las discusiones que le dieron origen y las actualizaciones que la Sala de lo Constitucional ha efectuado de este precepto. Los incisos 1 y 2 citados en la introducción de la Ley de Competencia, se refieren –entre otros – a la prohibición de los monopolios y de las prácticas monopolísticas, a las excepciones admitidas y a la protección constitucional de la libertad de empresa y del interés de los consumidores.

Hay que reconocer que dicho artículo de nuestra constitución vigente debe en mucho de su contenido a la Constitución Política de 1950, aunque la prohibición de los monopolios haya igualmente existido en las constituciones nacionales anteriores. En los orígenes del articulado examinado, el artículo 142 de la Constitución Política de 1950 contenía únicamente dos de los cuatro incisos que conforman el artículo 110 de la Constitución de 1983. Los incisos originales correspondían a los actuales incisos 1 y 3- y al igual que los demás artículos que integraron el

²⁶² Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez Calero Guilarte, *"Instituciones de Derecho Mercantil"*, Óp. Cit.

²⁶³ Liliam Virginia Arrieta de Carsana, *"Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador"*, Óp. Cit.

régimen económico introducido por primera vez en forma sistemática en nuestros textos constitucionales, éste se aprobó sin mucha discusión sobre su contenido específico.

Existió en las Actas de la Asamblea Constituyente de 1950, evidencia que demuestra el consenso respecto de la necesidad de conservar la prohibición de los monopolios en este nuevo título relativo al régimen económico, pero que se acordó cambiar esta prohibición al permitir su autorización por ministerio de Ley, cuando su existencia fuere imprescindible para el interés social²⁶⁴.

Lo que nos da como resultado de todas las disposiciones constitucionales examinadas en este capítulo, el artículo 110 es el que ha mostrado mayor evolución respecto de las constituciones anteriores. Pues este precepto contiene una serie de innovaciones introducidas por el Constituyente de 1983, entre las que son más importantes de mencionar la protección de la libertad de empresa y del interés de los consumidores, consignados en el inciso que sustituye el antiguo inciso segundo.

Por ejemplo el inciso uno y dos del artículo 110 Constitución integran el último fundamento constitucional expresamente citado por el legislador secundario al momento de aprobar la Ley de Competencia, que se analizara, sin perjuicio de tener que hacer referencia a otras cláusulas constitucionales de contenido económico, en otras partes de este estudio²⁶⁵.

Debemos destacar que uno de los aspectos más relevantes de las Actas de la Asamblea Constituyente de 1983 y en las actas de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución consta que existió una propuesta para reformar el texto de este artículo, para que protegiera expresamente la libre competencia.

Como se podrá evidenciar a continuación exploraremos con mayor detalle el alcance de algunos conceptos contenidos en el artículo 110, a partir de las intenciones originales de los legisladores de nuestra Ley Fundamental vigente, así como de las actualizaciones que vía la interpretación de la Sala de lo Constitucional se han realizado.

Debemos comenzar con algunos pormenores sobre el monopolio, ya que éste aparece como el concepto central del artículo, para luego examinar la configuración de dos categorías que fueron introducidas por primera vez en la Constitución de 1983: la libertad empresarial y la protección de los consumidores. Una vez precisado el alcance y contenido de cada concepto, examinaremos su vinculación con la Ley de Competencia²⁶⁶.

El hecho de la prohibición de los monopolios comprendido en el inciso 1 del artículo 110 de la Constitución de 1983 es uno de los elementos de contenido económico que se encontraban dispersos en nuestros textos constitucionales desde 1886 y que el Constituyente de 1950 organizó sistemáticamente, al dedicar por primera vez un título de la Ley Fundamental al régimen económico. La redacción actual del primer inciso obedece casi íntegramente a la redacción del inciso 1 del artículo 142 de la Constitución Política de 1950, el cual fue aprobado por esa Asamblea

²⁶⁴ Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente celebradas entre el 12 de mayo y el 1 de septiembre de 1950 Óp. Cit.

²⁶⁵ Mario Antonio Solano Ramírez, *"Derecho Constitucional de El Salvador"* Óp. Cit.

²⁶⁶ Liliam Virginia Arrieta de Carsana, *"Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador"*, Óp. Cit.

por unanimidad, puesto que a su vez reproducía la prohibición contemplada en los textos de las Constituciones de 1939 y de 1886.

Lo cierto es que la Asamblea Constituyente de 1950 introdujo la posibilidad de autorizar monopolios a título excepcional, obviamente a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo demandare. Este artículo fue reproducido textualmente en la Constitución de 1962 y los Constituyentes de 1983 conservaron casi intacta la redacción que aparecía en los dos textos constitucionales anteriores, pero poniendo énfasis en el carácter excepcional de la autorización de los monopolios a favor del Estado o de los municipios, al incrementar los requisitos para su procedencia²⁶⁷.

Ya en las Constituciones de 1950 y 1962, solo bastaba que el interés social demandare la autorización de un monopolio a favor del Estado, mientras que en el texto vigente, se consigna que el establecimiento de un monopolio a favor del Estado, debe ser imprescindible.

Para un examen más claro de este precepto, se transcribe el texto del inciso 1 del artículo 110 de la Constitución de 1983:

“No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado”.

Y es específicamente en las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1983 en la que consta que cada uno de los 4 incisos del artículo 110 CN, se discutió y aprobó en forma individual y que una de las propuestas del inciso 1º que fueron discutidas, y expresamente mencionaba que la prohibición de los monopolios tenía por finalidad la protección de la libertad empresarial y de los consumidores.

Es entonces que el mismo Constituyente también manifestó que no se debían prohibir en forma absoluta todos los monopolios privados, ya que perfectamente pueden surgir como resultado de una actividad económica lícita, como cuando un empresario produce un artículo totalmente nuevo que nadie más puede proveer²⁶⁸.

He aquí donde toma suma importancia uno de los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional más relevantes sobre el monopolio, y lo encontramos algunos años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1983. Específicamente en el proceso de inconstitucionalidad 8-87 resuelto en 1989²⁶⁹, en el que la Sala manifestó que el artículo 110 de la Constitución de 1983 ampara el monopolio como autorización y el monopolio como prohibición, en los términos que se transcriben a continuación en virtud de su especial relevancia para nuestro estudio:

“...Siendo prohibido, generalmente el monopolio, como se ha señalado, por ser contrario a los intereses generales y conculcar la libertad de trabajo en el campo económico y porque al

²⁶⁷ Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente, Tomo VI, sesión del 6 de octubre de ese año.

²⁶⁸ Álvaro Magaña *“Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña”*, en Cuadernos IEJES, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996.

²⁶⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 Óp. Cit.

restringir el libre juego de la oferta y la demanda, daña el interés social, al aumentar los precios y disminuir la calidad de los productos en perjuicios de la sociedad en general, especialmente del consumidor, y siendo la protección de los intereses señalados lo que justifica el monopolio como prohibición, el monopolio como autorización, necesariamente tiene que salvaguardar los mismos intereses. En efecto, persigue el mismo interés socioeconómico, o sea la protección de la colectividad en la satisfacción de sus necesidades económico-materiales, es decir, en la satisfacción de sus necesidades como consumidor... ”.

Dicho Tribunal consideró que por exclusión, debe entenderse que esta disposición prohíbe los monopolios a favor de particulares, mientras que autoriza los monopolios estatales, siempre y cuando sean el único medio para proteger determinados intereses de la colectividad.

También en la misma sentencia, la Sala señaló además que el monopolio es contrario a los intereses generales porque este perjudica al público en general, ya que afecta la libertad de trabajo en el campo económico y porque al restringir el libre juego de la oferta y la demanda, daña el interés social al aumentar los precios y afectar la calidad de los productos. Sobre este tema, también la Sala concluye que el monopolio por autorización, tiene necesariamente que salvaguardar los intereses de la colectividad, es decir su capacidad para satisfacer sus necesidades económico materiales o sus necesidades como consumidora²⁷⁰.

En cuanto al siguiente pronunciamiento importante sobre el tema del monopolio se da en un proceso de inconstitucionalidad resuelto en 1999. En la sentencia de inconstitucionalidad 2-92, la Sala de lo Constitucional²⁷¹ vuelve a valorar los criterios que permiten distinguir los monopolios que nuestra Ley Fundamental autoriza y aquéllos que prohíbe. En esta jurisprudencia más reciente, la Sala ha detallado que la autorización a favor del Estado, para ejercer en forma exclusiva una actividad económica debe satisfacer necesidades sociales de índole económica, que no se puedan proteger efectivamente de otra forma.

Prácticamente se trata de un título que permite la intervención estatal en la economía, pero conforme a una serie de condicionantes. El único monopolio autorizado es el monopolio social, el cual si bien constituye una intromisión del Estado en actividades que tradicionalmente corresponden a los particulares, puede admitirse cuando existe la necesidad de asegurar la prestación de un bien o servicio indispensable para la colectividad, conforme a un mínimo de condiciones que en determinadas circunstancias, el Estado está en mejor posición para satisfacer:

“...en concreto, tratándose de la autorización de los monopolios, el interés social a proteger es el del consumidor. Y es que, si el monopolio es la exclusividad en la producción y/o comercialización de un producto o de varios productos determinados, y si se prohíbe -para evitar el alza de los precios de estos productos- cuando se autoriza a favor del Estado el monopolio de los mismos productos, el objetivo es lograr el efecto contrario, es decir, asegurar al público la oferta de estos productos o servicios de una manera regular y continua, de buena calidad y a un bajo precio, evitándose así el lucro excesivo, ya que el Estado, en aras del interés general, debe limitarse a proporcionar el beneficio mencionado...Cabe mencionar que el monopolio como autorización es también llamado monopolio social, el cual aparece como una intromisión del

²⁷⁰ Liliam Virginia Arrieta de Carsana, “Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador”, Óp. Cit.

²⁷¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 2-92 Óp. Cit.

Estado en un área que tradicionalmente corresponde a la actividad económica de los propios particulares y se autoriza por vía de excepción, a efecto de proteger los intereses económicos de la población perjudicada por los altos costos de ciertos productos básicos, debido al lucro excesivo de los productores y distribuidores. En ese sentido, el Art. 110 Cn. sólo autoriza el llamado monopolio social, o sea el que se da a fin de proteger el interés social... Por tal razón, puede afirmarse que sólo por urgente e imprescindible necesidad social se faculta al Estado a monopolizar determinadas actividades para satisfacer directamente y en mejores condiciones de precio y calidad las necesidades señaladas, pues en este campo, no debe animar al Estado un fin de lucro, al cual normalmente debe renunciar...”²⁷².

Con respecto de la prohibición de los monopolios, la Sala ha exteriorizado que ésta opera como una garantía constitucional para la protección de la libertad de empresa en su carácter de derecho individual y como garantía para la defensa de la libertad económica que reconoce el artículo 102 de la Constitución²⁷³. Además ha agregado que cualquier monopolio que no tenga la finalidad de proteger el interés social y cuya autorización no sea imprescindible, queda prohibido. Esta prohibición alcanza incluso aquellos monopolios estatales que pudieran tener fines justos y convenientes, pero que no se ajustan a los criterios anteriormente señalados, ya que la prohibición de los monopolios prevalece como la regla general y su autorización, como la excepción.

Como dato relevante en jurisprudencia del 2002, la Sala ha reconocido que para el establecimiento de los monopolios estatales debe operar el principio de reserva de Ley, en la medida que su autorización puede afectar otros intereses constitucionalmente protegidos. Los permisos para crear monopolios estatales o para conferir al Estado la producción o venta exclusiva de un bien o servicio deben establecerse por ministerio de Ley, dentro del estrecho marco configurado por el artículo 110 de la Constitución de 1983 y éstos no deben restringir más derechos que aquellos expresamente permitidos por nuestra Ley Fundamental, los cuales en opinión de la Sala de lo Constitucional se reducen a la libertad empresarial.

En cuanto a este punto, hay que dejar claro que el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Competencia expresamente reconoce que los monopolios estatales establecidos en virtud de las disposiciones constitucionales y de las leyes que les den cumplimiento, están exentos del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia. Los monopolios autorizados por la Constitución constituyen una excepción al régimen de libre competencia, que habilita al Estado para desempeñar en forma exclusiva determinadas actividades, siempre que el interés general lo haga imprescindible²⁷⁴.

Esta es una de las características de la legislación de competencia salvadoreña es precisamente que su ámbito subjetivo de aplicación se extiende a la mayoría de sujetos que desempeñan actividades económicas privadas y estatales. Sin embargo, la Ley de Competencia también prevé excepciones extraordinarias a su esfera de aplicación, fundamentadas en el precepto constitucional bajo examen.

²⁷² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 2-92 Óp. Cit.

²⁷³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 Óp. Cit.

²⁷⁴ José Eugenio Soriano García, “Derecho Público de la Competencia”, Marcial Pons e Instituto del Libre Comercio, Madrid, 1998.

Tenemos entonces que los monopolios estatales cuentan con una habilitación legal derivada directamente de la Constitución, que no puede ser modificada por las leyes secundarias, sin perjuicio de cuestionar su constitucionalidad cuando su autorización o establecimiento no cumplan con los criterios señalados en la Norma Suprema y en la jurisprudencia examinada.

Por tal razón debemos advertir que el término monopolio no aparece mencionado en toda la nueva Ley y que la única referencia oficial que existe es una definición del concepto que aparece en el Glosario de Términos elaborado por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia²⁷⁵.

En cuanto al estudio que existe sobre el monopolio y de los distintos Anteproyectos de Ley de Competencia que existieron, podemos entender que esta omisión demuestra la voluntad del legislador por adecuar nuestra normativa a las tendencias modernas sobre este mismo tema, entendiendo que la Ley de Competencia constituye una norma garante de los valores constitucionales en los que se base el sistema económico y no una ley antimonopolios²⁷⁶.

A esto hay que sumarle que durante los trabajos preparativos de la Ley de Competencia de El Salvador, se discutió la pertinencia de incluir o no la prohibición del monopolio en la nueva Ley, pero se acordó no hacerlo esencialmente por dos razones. Primero porque ya existe un marco regulador en la Constitución de 1983²⁷⁷. Segundo, porque, aunque parezca contradictorio con la primera razón, el legislador optó por redactar una norma que reflejará las tendencias legislativas y doctrinarias modernas, las cuales evitan prohibir intrínsecamente el monopolio, prefiriendo prohibir el abuso de la posición de dominio que un monopolio puede conferir, ya que esta práctica es la que realmente produce daños²⁷⁸.

3.4 La libertad empresarial

Al abordar el tema de la protección de la libertad empresarial la como se ha mencionado que fue incorporada en la Constitución por el Poder Constituyente de 1983, siendo así la primera en garantizarla a nivel nacional, ya que esa fue la intención original de los parlamentarios de 1983 la de diseñar un artículo cuyo ámbito de protección se extendiera a la libre competencia. Sin embargo, los Constituyentes entendieron que la prohibición de los monopolios y de las prácticas monopolísticas asociadas con la protección de la libre empresa, alcanzarían el mismo propósito.

Debido a este trasfondo histórico, consignado en la génesis de la Constitución de 1983, podemos concluir que la libre competencia fue concebida como sinónimo de la libertad empresarial y que su protección ha estado implícitamente garantizada desde 1983, por el artículo 110 de la Constitución.

²⁷⁵ Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Óp. Cit.

²⁷⁶ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 37 “*Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia*” Antiguo Cuscatlán, 2004

²⁷⁷ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 48 “*La Ley de Competencia*”. Óp. Cit.

²⁷⁸ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No 139 “*Ley de Competencia: una herramienta para la competitividad*” San Salvador Julio 2012 <https://es.slideshare.net/FUSADESORG/boletn-de-estudios-legales-ley-de-competencia-una-herramienta-para-la-competitividad>

Es por eso que en la jurisprudencia del máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental, encontramos que la libertad empresarial ha sido objeto de algunos pronunciamientos, en los que ha sido definida como un bien jurídico de diversa naturaleza. Sin embargo inicialmente, se asoció a la libre competencia y se le reconoció cierto grado de autonomía, tal como fue la intención del Constituyente. Sin embargo, en la actualidad, la Sala de lo Constitucional le ha venido restando autonomía, identificándola con la libertad económica prevista en el artículo 102 y negándole la sustantividad propia que su mención expresa en el artículo 110 CN le confiere²⁷⁹.

Si bien es cierto en pronunciamientos más antiguos y por lo tanto, más cercanos a la aprobación de la Constitución vigente, la Sala estableció que la libertad empresarial es uno de los valores supremos de nuestro orden económico, así como un derecho individual que se manifiesta en la libertad de trabajo en el campo económico y en la libertad de comercio²⁸⁰. En esa época, el Tribunal identificaba la libertad empresarial con la libre iniciativa privada y con la libre concurrencia, por lo que esta última debía entenderse implícitamente protegida, confiriéndole el carácter de principio orientador de las relaciones económicas nacionales²⁸¹.

A pesar de que la jurisprudencia más reciente se ha ido distanciando de esta identificación, procediendo a realizar un análisis del contenido de la libertad empresarial menos detallado que el que observamos en la jurisprudencia más antigua. En las sentencias más nuevas que encontramos sobre el tema, la Sala establece que la libertad empresarial debe ser abordada desde dos vertientes:

La primera, se trata de un derecho derivado de la libertad económica protegida por el artículo 102 CN, que faculta un ámbito de actuación en favor de su titular. En segundo, lugar, si bien la redacción no es muy clara, la SCN establece que no deben imponerse restricciones innecesarias, excesivas o que afecten su contenido mínimo²⁸². Sin embargo, es importante resaltar que en estos fallos, la Sala omite pronunciarse sobre su contenido específico, sobre su importancia para nuestro sistema económico y sobre su vinculación con la libre competencia.

Al verificar esta diversidad de criterios y a la evolución mostrada por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, es difícil precisar el contenido actual de la libertad empresarial constitucionalmente garantizado, puesto que si bien la Sala la deriva de la libertad económica, tampoco llega a identificar plenamente una con la otra, limitándose a configurarla en términos muy generales y a atribuirle contornos muy amplios, a partir de los cuales se dificulta deducir un contenido concreto.

No obstante ya en la jurisprudencia más reciente que existe sobre el tema, la Sala ha definido la libertad empresarial como un derecho que implica la posibilidad de “*emprender actividades económicas*” en forma libre y protegida de prácticas monopólicas²⁸³. Esta postura que define el contenido actual de la libertad de empresa constitucionalmente garantizado, contrasta con

²⁷⁹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 3-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2002/06/1ABC.PDF>

²⁸⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 Óp. Cit.

²⁸¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 3-88 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1990)

²⁸² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 432-2005 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2006/09/2A63.PDF>

²⁸³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 267-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2008/08/3322.PDF>

la opinión de la doctrina mayoritaria, quien manifiesta que el contenido de la libertad empresarial se concreta en tres aspectos: la posibilidad de iniciar, de desempeñar y de cesar libremente el ejercicio de una actividad económica.

Es importante hacer notar que entre otros estudios sobre la libertad de empresa muestran que se trata de una libertad que implica en primer lugar, la posibilidad de entrar al mercado o de crear empresas para ejercer una actividad económica lícita²⁸⁴. En segundo lugar, esta manifestación de la libertad económica también implica la posibilidad de organizar libremente la actividad elegida²⁸⁵. Y finalmente, la libertad de empresa supone un tercer elemento que implica la libertad para dejar de ejercer una actividad económica determinada²⁸⁶.

Sin embargo, aunque no existan pronunciamientos más detallados sobre el contenido de la libertad de empresa, es posible concluir de la jurisprudencia examinada, que la libertad de competencia sigue formando parte importante del ámbito de protección del artículo 110 CN, ya que tanto la prohibición de las prácticas monopólicas mencionadas en la Constitución de 1983, como en la jurisprudencia citada, abarcan la protección de la libertad de competencia.

Por otro lado es importante destacar que todas las libertades constitucionalmente garantizadas que deben ser ejercidas en forma social- es decir en el marco de las relaciones interpersonales o sociales- la libertad empresarial ya que no puede concebirse como libertad absoluta o ilimitada. Ello constituye un principio universalmente reconocido, reiterado en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

En el caso concreto de la libertad empresarial, la misma Constitución de 1983 establece una serie de artículos de los que se derivan límites expresos, entre los que debemos mencionar el interés social protegido en el artículo 102 CN o el interés de los consumidores previsto en los artículos 101 CN y 110 CN, el cual se desarrollara más adelante.

Aunque exista consenso sobre el contenido de la libertad de empresa, existe también un sector mayoritario de la doctrina en el que se manifiesta que éste debe ser complementado con su contenido jurídico, el cual depende de los límites legales que el contenido mínimo de este derecho constitucionalmente garantizado admite. Por lo tanto, si bien no se pretende hacer un estudio sobre la configuración constitucional de la libertad empresarial, sino únicamente precisar los elementos de los que se deriva su vinculación con la Ley de Competencia, también es necesario hacer referencia a los límites que se originan en la Ley Fundamental.²⁸⁷

Tenemos en primer lugar, los títulos que habilitan la intervención estatal en actividades económicas privadas, como los que emanan del artículo 110 CN, examinado en los apartados anteriores. Por otra parte, el artículo 112 CN, faculta al Estado para administrar las empresas

²⁸⁴ Juan Manuel Goig Martínez, “Artículo 38 de la Constitución: La Libertad de Empresa”, en AA.VV., Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996

²⁸⁵ Antonio Cidoncha, “La Libertad de Empresa, Instituto de Estudios Económicos”, Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2006

²⁸⁶ *Ibidem*

²⁸⁷ Oscar de Juan Asenjo, “La Constitución Económica Española: Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978”, Colección de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984

privadas que presten servicios esenciales para la comunidad, cuando ello sea requerido por motivos de interés general o interés social. Adicionalmente el inciso primero del artículo 120 CN establece que el ejercicio de ciertas actividades económicas, deberá estar sometido a una concesión estatal, previa aprobación de la Asamblea Legislativa.

En la Constitución también encontramos algunas disposiciones que limitan la libertad empresarial en función de la nacionalidad de los empresarios, como el artículo 115 CN en el que se establece que la pequeña y mediana empresa sólo pueden ser ejercidas por los salvadoreños por nacimiento y por los centroamericanos originarios, restringiendo la libertad y la igualdad para competir de aquellas personas que no posean este atributo.

También es importante mencionar las limitaciones legales que la Constitución establece respecto del derecho general de libertad y de la libertad de contratación, cabe entender que toda actividad empresarial que se desempeñe debe ser lícita y que su ejercicio no debe estar restringido por la Ley, como por ejemplo, en el caso de los sectores reservados al Estado o de los privilegios derivados de los derechos de propiedad intelectual²⁸⁸.

Con relación al ámbito subjetivo protegido por la libertad empresarial, basta con mencionar que el texto de la Constitución de 1983 lo establece en términos precisos y muy generales. Y que, si bien es cierto un sector mayoritario de la doctrina señala que se trata de un derecho subjetivo que asiste a los particulares que intervienen en actividades económicas en el mercado²⁸⁹.

Es así que la Sala de lo Constitucional posee una concepción muy amplia, a partir de la cual cabe entender que estamos frente a una libertad de la que puede ser titular prácticamente cualquier persona.

3.5 Fundamento de la Ley de la competencia

En cuanto a la vínculo entre la defensa del fundamento de la libre competencia plasmada en la Ley de Competencia y la libertad empresarial expuesta en los debates del Poder Constituyente que aprobó la Constitución vigente y por las emblemáticas sentencias de inconstitucionalidad 8-87 y 2-92, que hasta el momento no han sido contradichas por jurisprudencia posterior, la libertad empresarial aparece naturalmente como uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que muestra mayor relación con la normativa de competencia.

Estando así las cosas la Ley de Competencia integra nuestro ordenamiento jurídico como la concreción legislativa de los mandatos constitucionales, que se derivan de las tres disposiciones constitucionales citadas en su preámbulo y supra examinadas, en la práctica, la defensa de la competencia tiene una vinculación más evidente con la libertad empresarial que con cualquier otra cláusula constitucional de contenido económico

Este vínculo es notorio desde los orígenes de nuestra Ley Fundamental en vigor. En las versiones taquigráficas de las Sesiones para la aprobación de la Constitución de 1983, que se han venido citando, aparece que para el Constituyente de nuestra Ley Fundamental vigente, la libertad

²⁸⁸ Martin Bassols Coma, “*Constitución y Sistema Económico*” Óp. Cit.

²⁸⁹ Antonio Cidoncha, “*La Libertad de Empresa, Instituto de Estudios Económicos*”, Óp. Cit.

de concurrencia es sinónimo de libertad empresarial y, que en todo caso, constituye un elemento inherente al sistema económico que la Constitución de 1983 ha querido garantizar²⁹⁰.

Añadiendo a la idea la Sala de lo Constitucional ha manifestado que la libre competencia es un elemento esencial de la libertad económica y de la libertad empresarial que debe entenderse implícitamente protegido por las disposiciones constitucionales que tutelan estas libertades. La Sala de lo Constitucional ha expresado que la competencia empresarial favorece la protección del interés social, puesto que la libre competencia impulsa a los oferentes de bienes y servicios a proporcionarlos en mejores condiciones y precios.

Por eso es que la competencia contribuye ineludiblemente a consolidar el derecho que tienen las mayorías para satisfacer sus necesidades básicas, lo cual no es más que la concreción de ese interés social o esa justicia social que nuestro orden económico debe asegurar por mandato constitucional.

Esta unión entre libre competencia y libertad empresarial nos permitirá confirmar una de las conclusiones más importantes en este apartado, fundamentando el mismo en el modelo económico que puede deducirse de la Constitución de 1983. El entramado de cláusulas que integran la constitución económica salvadoreña garantiza un modelo regido por varios mandatos constitucionales, entre los que se destaca la protección expresa de la libertad empresarial y la protección implícita de la libre competencia²⁹¹.

La anterior disposición también nos permite deducir que el modelo económico que se desprende con mayor fuerza de nuestra Constitución vigente es el de una economía de mercado, ya que ésta constituye el encuadramiento único dentro del cual pueden asegurarse la libre iniciativa privada, la libre concurrencia y la libertad empresarial²⁹².

Tenemos entonces que la libre concurrencia se asienta como presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente garantizada- en el texto del artículo 110 y en la jurisprudencia examinada- el libre mercado constituye el ambiente natural dentro del cual ambas pueden cobrar vida²⁹³.

La Ley de Competencia es congruente con respecto a la configuración de su ámbito subjetivo, ya que esta es la tendencia adoptada por el artículo 110 Constitución y por la jurisprudencia examinada, definiendo en forma muy extensa el encuadramiento de los sujetos sometidos a la Ley.

Por otra parte es importante mencionar que la normativa de competencia introduce el término de “agente económico”, en sustitución del tradicional concepto de comerciante o empresario, con el fin de establecer un marco de aplicación sumamente amplio. Aunque este tema será examinado posteriormente, hay que destacar que el artículo 2 Ley de Competencia estipula

²⁹⁰ Liliam Virginia Arrieta de Carsana, “Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador”, Óp. Cit.

²⁹¹ Antonio Cidoncha, “La Libertad de Empresa”, Óp. Cit.

²⁹² Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No 78 “La Defensa de la Competencia” Antiguo Cuscatlán, mayo de 1992

²⁹³ Francisco Rubio Llorente, “La Libertad Empresarial en la Constitución”, en AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996

que se considera agente económico “toda persona, entidad u organismo dedicado a una actividad económica”.

3.6 La protección de los consumidores y su relación con la libre competencia

El derecho a la protección de los consumidores se encuentra constitucionalmente garantizada ya que el mismo ha sido introducido por primera vez en la Constitución de 1983 y se encuentra establecido en dos de los artículos que informan el Título V. El Constituyente de 1983, la incluyó primero en el inciso segundo del artículo 101, relativo al orden económico y lo volvió a mencionar en el inciso segundo del artículo 110, el cual regula una diversidad de aspectos relacionados con la actividad económica empresarial. Pero a pesar de constituir una novedad respecto de las Constituciones anteriores, su incorporación no fue objeto de debates detallados, ni durante los trabajos preparativos ni durante las discusiones para la aprobación de la Norma Primaria de 1983.

La idea de defender a los consumidores aparece reiteradamente en las discusiones de la Asamblea Constituyente, como un principio prioritario en el que el Estado debe resguardar por medio de la creación de un orden económico, el cual posibilite a este sector de la población la satisfacción de sus necesidades materiales a través de la obtención de productos de buena calidad y a buenos precios.

Con respecto a la finalidad perseguida por el Poder Constituyente y de conformidad con la concepción personalista de nuestro régimen constitucional, es de considerar el interés de la sociedad en su dimensión de consumidora es el colectivo humano o conjunto de personas concretas que la organización económica reflejada en la Constitución busca proteger²⁹⁴. Postura que también encuentra fundamento en los pronunciamientos de la Sala de Constitucional, en los que se identifica a los consumidores como los destinatarios de la actividad económica²⁹⁵.

Es por eso que la Sala de lo Constitucional ha expresado que la actividad económica tiene por destinatarios finales a los consumidores y que el interés social protegido por nuestra Ley Fundamental, es el interés socio económico de la mayoría en su carácter de consumidores²⁹⁶. Hay que advertir que la Sala adopta un criterio sumamente amplio al momento de determinar el ámbito subjetivo al que se aplica el término consumidores, puesto que expresa que éste se refiere prácticamente a toda sociedad. El máximo intérprete de la Constitución salvadoreña ha manifestado que este término hace referencia al pueblo como consumidor, a la colectividad en general y a la población en su dimensión de consumidora.

De similar manera en cuanto a la naturaleza de la tutela de los consumidores, la Sala ha manifestado que se trata de un bien constitucionalmente protegido que constituye un límite expreso a otros bienes constitucionalmente reconocidos, que específicamente autoriza la limitación de la libertad económica y de la libertad empresarial.

²⁹⁴ Antonio Robles Martín-Laborda, *“Libre Competencia y Competencia Desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)”*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2001

²⁹⁵ Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *“La Protección de los Consumidores en la Constitución española y el Derecho Mercantil”*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid, 1978

²⁹⁶ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc.-2003/49-2003/2-2004/5-2004.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/12/2449.PDF>

No obstante, la Constitución de 1983 ha mencionado la protección de los consumidores dos veces y en distintos artículos, mientras que solo se refiere una vez a la libertad empresarial, se puede advertir que la Sala de lo Constitucional ubica a ambos bienes jurídicos en un nivel igual, ya que en el mismo pronunciamiento, la Sala ha manifestado que tanto la libertad empresarial, como la protección del consumidor constituyen los dos valores esenciales sobre los cuales se estructura nuestro orden económico.

De tal manera que en la práctica, las restricciones que la defensa de los consumidores imponga en la libertad empresarial deberán considerarse en forma individual, en cada caso en concreto, en atención a los valores, principios y derechos económicos establecidos por nuestra Ley Fundamental.

En virtud de dicho mandato constitucional dirigido al legislador, se ha concretado en nuestro ordenamiento jurídico a través de las tres Leyes de Protección al Consumidor, que han sido aprobadas durante la vigencia de la Constitución de 1983: Leyes de 1992, 1996 y 2005²⁹⁷.

Sin embargo, en virtud de la efectividad que el derecho de la competencia ha demostrado para complementar la protección de los derechos de los consumidores en las relaciones económicas- cuestión que aparece comentada en varias partes de este estudio- consideramos que la aprobación de la Ley de Competencia viene a complementar los mecanismos de defensa del consumidor y a fortalecer el cumplimiento de un mandato constitucional establecido expresamente por la Constitución de 1983²⁹⁸, sin perjuicio de concluir que dicho mandato también se encontraba implícitamente contenido en la Constitución de 1950, ya que la garantía de un mínimo de condiciones de vida, así como la protección eficaz de los grupos sociales económicamente vulnerables constituye uno de los presupuestos del Estado Social²⁹⁹.

3.7 La Fusión De Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos y su relación con el derecho de competencia

En el derecho de competencia tanto la Fusión y las concentraciones económicas, deben ajustarse a un control en busca de prevenir que ocurran limitaciones significativas a la competencia como consecuencia de ciertas transacciones con trascendencia jurídica, y que esto se materialice en daños para los consumidores como aumentos de precios o reducciones en la calidad, variedad o innovación de los bienes o servicios.

Es por eso que el control de concentraciones económicas es y debe ser considerado uno de los pilares de estudio dentro del derecho de competencia. Su conveniencia ha venido ganado peso a lo largo de los años, contando con el respaldo de la mayor parte de la doctrina y de los organismos internacionales que velan por el establecimiento de políticas de competencia efectivas³⁰⁰.

²⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 67-E-2001 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2003/02/61B6.PDF>

²⁹⁸ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 37 "Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia" Óp. Cit.

²⁹⁹ Juan Ignacio Font Galán y Luis María Miranda Serrano, "Defensa de la Competencia y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales y Disfuncionales", en AA.VV., Estudios de Derecho de la Competencia, coordinado por Juan Ignacio FONT-GALÁN y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005

³⁰⁰ Lilliam Arrieta de Carsana, et al, "Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos" Artículo realizado por Guillermo Enrique Castro Chorro denominado "Poniendo en duda la clarividencia de la Superintendencia

Habiendo manifestado que la libertad de empresa es un derecho constitucional derivado de la libertad económica, cuyo límite radica en el interés social³⁰¹. En razón de lo anterior, cualquier persona capaz debe entenderse, en principio, libre de afectar o destinar bienes a la realización de actividades empresariales, lo que comprende la libre organización de la actividad corporativa.

De tal manera que los agentes económicos, previo a la entrada en vigencia de la Ley de Competencia, podían realizar integraciones entre ellos, como por ejemplo fusiones y adquisiciones, sin necesidad de una autorización previa proveniente de una entidad estatal³⁰².

Sin embargo después de varios proyectos y múltiples discusiones, con el propósito de echar a andar políticas públicas económicas encaminadas a resguardar las condiciones de competencia en los mercados, y consecuentemente a garantizar el bienestar de los consumidores, se aprobó en el 2004 la LC, entrando en vigencia en el año 2006, habiendo cumplido recientemente una década en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

3.7.1 Sistemas de Control de la Fusión y Concentraciones Económicas

Dentro de los principales aspectos que se discutió previo a aprobar la normativa fue la necesidad controlar las fusiones y las concentraciones económicas, los términos que comprendería el control, el alcance y el sistema que lo regiría.

Es por eso que el sistema adoptado por la Ley de Competencia es el de control *ex ante*, es decir, un control previo a la materialización de la operación. A través de este sistema, la autoridad administrativa está facultada para revisar y evaluar los efectos y el impacto que ocasionará la concentración sujeta a control, una vez consumada en los mercados afectados por ésta.

Este sistema de control, uno de los más estrictos, procura garantizar la libre pugna y rivalidad entre agentes económicos al reducir en gran escala la posibilidad de distorsión de los sectores productivos, como consecuencia de operaciones tendientes a provocar un deterioro de la competitividad, y por tanto, del interés económico en general.

No obstante, la Ley y el sistema en comento tienen las mejores intenciones en el papel, la inevitable incertidumbre que surge frente a los resultados de los análisis y estudios que realiza la autoridad de competencia para evaluar las concentraciones, por basarse en predicciones y no en hechos ciertos, permite que se ponga en duda la eficacia de dicho control, y como consecuencia, que se discuta la justificación de restringir la libertad empresarial.

El debate doctrinario ha causado grandes cuestionamientos entre defensores y detractores del control previo, tanto así, que los primeros son considerados por sus contrarios como

de Competencia: ¿se ha probado la eficacia del control de concentraciones económicas en El Salvador? Universidad Dr. José Matías Delgado. Unidad de Investigación Jurídica. El Salvador.

³⁰¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 1013-2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2018/12/E3350.HTML>

³⁰² Excepcionalmente el sector de telecomunicaciones, en el que el legislador salvadoreño había instaurado una especie de régimen de control de concentraciones, pues el art. 111 N° 4 de la Ley de Telecomunicaciones establecía una restricción de fusionarse a aquellos operadores de servicios de acceso con más de 50,000 usuarios, en el sentido que éstos únicamente podrían materializar una fusión con la previa autorización de la SIGET.

“clarividentes con bolas de cristal”, por jactarse de poder predecir el futuro; mientras que los segundos son tildados de incrédulos que únicamente creerán en el daño hasta haberlo visto materializado en el mercado y los consumidores³⁰³.

En este punto, resulta conveniente examinar los distintos sistemas de control, analizando brevemente cada uno de ellos, de modo que se pueda comprender de mejor manera los puntos clave en los que radica la discusión.

El primero de ellos y más adoptado, es el sistema de control *ex ante*, siendo el que mayor seguridad genera, teóricamente, para propiciar y asegurar libre competencia en el mercado; pero de forma contrapuesta, el que implica mayor restricción a la libertad empresarial.

La característica principal de este sistema es que los agentes económicos que pretenden integrarse necesitan la autorización previa de una entidad pública para ejecutar la operación. La autorización pende de los resultados de la evaluación, es decir, que la misma tenga pocas probabilidades de generar aristas en la competencia de los mercados afectados.

Cada país ha establecido diferentes parámetros de control, conforme a su realidad económica y jurídica. Por tanto, pueden encontrarse diferencias en la regulación respecto de las operaciones sujetas a revisión, el tipo de umbrales establecidos, el marco temporal de la revisión, el tipo de proceso y las reglas procesales, entre otros.

Sobre este particular, para el tratadista Alonso Soto es de la opinión que al someter las concentraciones a la consecución de una autorización administrativa previa se evita que las empresas alcancen o refuercen su posición de dominio en el mercado, y que por medio de ella puedan llegar a determinar el funcionamiento del mismo, facilitando de esa forma prácticas anticompetitivas que tengan como resultado la subida de precios o condiciones comerciales no equitativas³⁰⁴.

De igual manera, puede mencionarse el control *ex post*, según el cual, los participantes de la operación tienen libertad de integración, obligándose a notificar la concentración a la oficina de competencia una vez consumada la misma.

La diferencia crucial entre este sistema y el de control *ex ante*, es que en este caso los participantes pueden formalizar la operación sin necesidad de una autorización previa por parte de la entidad estatal correspondiente. Sin embargo, hay una obligatoriedad de dar aviso a la autoridad de competencia posterior a la ejecución para que ésta evalúe si la fusión puede tener algún efecto anticompetitivo en los mercados afectados. Por esta variación, la doctrina se refiere al control *ex post* como un “*wait and see approach*” (esperar y ver acercarse), dado que se les aprueba a los solicitantes echar a andar la concentración, de modo que la autoridad de competencia pueda contar con información más precisa sobre los efectos que provocará la misma.

³⁰³ Lilliam Arrieta de Carsana, et al, “Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos” Óp. Cit.

³⁰⁴ Ricardo Alonso Soto, “Derecho de la Competencia (III) El Control de las Concentraciones de Empresas”, en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez Menéndez, et al, “Curso de Derecho Mercantil, Tomo I”, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2006

El tercer sistema de control es el de notificación voluntaria, aplicado en países como Nueva Zelanda o Reino Unido. Es complicado realizar un comentario general en este caso, pues la falta de un régimen de notificación obligatorio puede ser resultado de particularidades de distinta índole dependiendo de cada país. Sin embargo, la característica principal es que no hay una obligatoriedad expresa de presentar las operaciones de concentración a revisión de la autoridad de competencia³⁰⁵.

La implementación de un régimen de control de concentraciones a través de un sistema de notificación previa, responde a la tendencia observada en una gran mayoría de sistemas, donde se ha optado por incluir un mecanismo que contribuya a prevenir la formación de estructuras de mercado, en las que el aumento del tamaño o la reducción del número de agentes, puede restringir la competencia a través de efectos unilaterales o coordinados.

En el análisis de las concentraciones sometidas a su conocimiento, un sector mayoritario de la doctrina ha coincidido con la Superintendencia en el sentido que ha reconocido que las fusiones y adquisiciones tienen el potencial para desplegar efectos adversos en las condiciones de competencia, porque pueden dar lugar al surgimiento de agentes económicos con el poder de afectar unilateralmente la competencia o porque al reducir el número de operadores, pueden facilitar la concertación de acuerdos anticompetitivos³⁰⁶.

Por ejemplo en la autorización de concentración entre el grupo empresarial Millicom y otros, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia manifestó que por regla general, en materia de concentraciones horizontales *“se produce generalmente una reducción en el número de competidores de un mercado, efecto que es asociado con un reforzamiento de la posición de dominio, aumentos de la concentración de mercado y/o de la facilitación de la coordinación entre competidores”*³⁰⁷.

Podemos concluir entonces que El régimen adoptado por nuestra normativa es un control totalmente ex ante, puesto que ninguna concentración económica que se enmarque en los supuestos previstos por la LC, puede llevarse a cabo sin la autorización previa de las autoridades de competencia. Ya que las solicitudes deben hacerse imperativamente antes que se concrete cualquiera de las modalidades de fusiones y adquisiciones que la normativa prevé y particularmente, antes que el acto jurídico que da lugar a la concentración se perfeccione; que se adquiera o se ejerza de hecho el control de otro agente económico y/o se formalice la fusión o combinación del control de los operadores económicos³⁰⁸.

3.7.1 Concepto de Concentración

³⁰⁵ Lilliam Arrieta de Carsana, et al, *“Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos”* Óp. Cit.

³⁰⁶ Lilliam Arrieta de Carsana, *“Control de las Concentraciones Económicas en la Ley de Competencia de El Salvador”*, Revista Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Universidad Javieriana, Colombia Vol. 5, No. 5. Enero – diciembre 2009

³⁰⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-016-S/C/R-2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-telecomunicaciones-sc-016-s-c-r-2008/

³⁰⁸ Lilliam Arrieta de Carsana, *“Control de las Concentraciones Económicas en la Ley de Competencia de El Salvador”*, Óp. Cit.

La Fusión constituye una operación usada para unificar inversiones y criterios comerciales de dos sociedades de una misma rama o de objetivos compatibles.

En ese orden de ideas de acuerdo a lo establecido en el Art. 316 inciso primero del Código de Comercio, la fusión puede ser de dos tipos:

Fusión Pura, cuando dos o más sociedades se unen para constituir una nueva. estas se disuelven pero no se liquidan

Fusión por Absorción. es cuando una sociedad absorbe a otra u otras sociedades que también se disuelven pero no se liquidan³⁰⁹.

El control de las concentraciones económicas busca prevenir que ocurran limitaciones significativas a la competencia como consecuencia de ciertas transacciones, y que esto se traduzca en daños para los consumidores como aumentos de precios o reducciones en la calidad, variedad o innovación de los bienes o servicios.

De todo lo visto anteriormente nace la pregunta ¿Qué es una concentración económica? Repuestas varían a la interrogante planteada, sin embargo al examinar un primer criterio según el art. 31 de la Ley de Competencia existe una concentración económica cuando:

a) Agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o partes.

b) Uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran, por cualquier medio, el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.

Una “concentración económica” se refiere entonces a cualquier transacción o negocio entre agentes económicos, previamente independientes, que produzca un cambio de control.

De este último concepto nace una nueva interrogante a plantear ¿Qué es un cambio de “control”? y es que según el art. 32 de la Ley de Competencia se debe entender por control:

“...la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico”³¹⁰.

³⁰⁹ Selvin Balmore Godoy Ulloa, “*Características comunes de las Sociedades Mercantiles*”, (tesis de grado Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2008)

³¹⁰ Véase Concentraciones Económicas Análisis de fusiones, adquisiciones e integraciones de negocios acceso el 30 de junio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/concentraciones-3/>

Por tanto, una concentración económica ocurre a través de cualquier operación, acto, acuerdo u otro, que permita a uno o más agentes económicos influenciar a otro que era previamente independiente, a través del ejercicio de los derechos de propiedad o uso de activos; o por la vía de administración o toma de decisiones.

Como se ha podido verificar la legislación de competencia salvadoreña ha adoptado un criterio flexible y funcional, para la definición de los actos que constituyen una concentración económica, retomado esencialmente de la normativa europea en materia de concentraciones, donde encontramos una definición prácticamente idéntica³¹¹.

La Ley de Competencia salvadoreña ha definido que se entiende por concentración económica, tanto los supuestos en los que se lleva a cabo una fusión material³¹² y jurídica de los agentes económicos, como los casos en los cuales esta combinación se materializa a través de la adquisición del control de un agente económico por otro³¹³, siempre y cuando se parta de operadores independientes³¹⁴.

Con el propósito de precisar las situaciones que pueden encajar en estos supuestos, la Ley establece en primer lugar, que se considera concentración tanto las fusiones, como todo acto, contrato, acuerdo o convenio que permita la consolidación, la integración o la combinación de los negocios de los agentes económicos, en forma total o parcial³¹⁵. En segundo lugar, en el caso de las concentraciones por adquisición del control de otro agente económico, la Ley de Competencia define este elemento, como la capacidad de un agente económico para influenciar a otro, a través de diversos mecanismos que permiten participar en la toma de decisiones del segundo.

La normativa europea de similar forma a nuestra Ley identifica el concepto de control con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de otra empresa. Se trata entonces de una facultad adquirida jurídicamente o de facto, que permite incidir en la toma de decisiones de otro agente económico en forma duradera.

Por otro lado en materia de derecho de competencia, se entiende que existe adquisición del control, cuando se produce un cambio, que resulta en la pérdida de independencia económica por parte de un operador económico, porque se reúne bajo la misma unidad de dirección de otro agente

³¹¹ Artículo 3.1 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, publicado en el DOCE L. 24 del 29 de enero de 2004

³¹² Como se dijo el artículo 315 del Código de Comercio de 1970, el cual establece que “hay fusión cuando dos o más sociedades integran una nueva, o cuando una ya existente absorbe a otra u otras”. En forma complementaria, el artículo 18 del RLC introduce otros supuestos en los que puede considerarse que se produce una concentración, en los términos siguientes: “*Para los efectos del Art. 31 de la ley, se entenderá que constituye operación de concentración económica, además de las fusiones efectuadas en los términos indicados en el Código de Comercio, cualquier acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, que conduzca a la concentración de empresas, divisiones o participaciones de empresas y activos en general*”.

³¹³ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: CDSC SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10 horas del 08 de mayo de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-sc-012-s-c-r-2007/

³¹⁴ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-016-S/C/R-2008. Óp. Cit.

³¹⁵ Ricardo Alonso Soto, “*Derecho de la Competencia (III) El Control de las Concentraciones de Empresas*”, Óp. Cit.

económico, quien adquiere la facultad de tomar las decisiones relativas a la política empresarial o a la estrategia económica³¹⁶.

Nuestra normativa de competencia no distingue los distintos tipos de concentraciones que pueden ocurrir en función de la relación competitiva que existe entre los agentes económicos, puesto que se trata de un aspecto esencialmente desarrollado por la doctrina, quien generalmente las separa en horizontales, verticales y conglomeradas. Se denominan concentraciones horizontales, las que se llevan a cabo entre agentes que son competidores en un mismo mercado relevante; verticales las que se efectúan entre agentes económicos que operan en etapas sucesivas del proceso productivo en un mismo mercado; y, conglomeradas, las que se llevan a cabo entre agentes económicos que intervienen en mercados totalmente diferentes³¹⁷.

A diferencia de sistemas como la Unión Europea o los Estados Unidos, la Ley de Competencia de El Salvador, no las distingue, ni las somete expresamente a un régimen diferente. En la Legislación nacional, todos los tipos de concentraciones se someten a las mismas reglas, aunque un sector mayoritario de la doctrina coincide en señalar que sí es necesario prever que los probables efectos anticompetitivos de unas y otras son generalmente diferentes³¹⁸.

Sin embargo en los pronunciamientos proveídos por la Superintendencia de Competencia durante sus primeros años de funcionamiento, podemos comprobar que las concentraciones examinadas fueron sometidas a un mismo análisis. En El Salvador, las concentraciones autorizadas por la SC hasta la fecha, han sido en su mayoría horizontales ya que la Superintendencia de Competencia calificó el tipo de concentración, pero no examinó los posibles efectos anticompetitivos específicos de uno u otro tipo³¹⁹.

No obstante ya finales de 2008, se comenzó a incluir este tipo de análisis, a partir de una solicitud presentada por el grupo empresarial Millicom, en cuya autorización, la entidad contralora se pronunció sobre los posibles efectos anticompetitivos producidos por los distintos tipos de concentración, reconociendo que cada una podía producir efectos unilateral o coordinados perjudiciales para las condiciones de competencia en el mercado relevante tal como se mencionó en dicha sentencia que *“Dentro del ámbito de competencia, las operaciones entre agentes económicos pueden dar lugar a tres tipos diferentes de concentraciones; verticales, horizontales y de conglomerado. Cada una de ellas con diferentes efectos sobre la concentración, la eficiencia, las posibilidades de reforzamiento de una posición dominante previa y en consecuencia, sobre la posibilidad de afectar la competencia”*³²⁰.

³¹⁶ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *“Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea”*, Colex, Madrid, 2003

³¹⁷ Ibidem

³¹⁸ Francisco Enrique González Díaz, y José María Carpi Badía, *“La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”*, en José María Beneyto Pérez, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005

³¹⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15 horas del 29 de marzo de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-010-s-c-r-2007/

³²⁰ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-016-S/C/R-2008. Óp. Cit.

3.7.1 Criterios para la determinación de Fusiones y Concentraciones económicas que requieren previa autorización

La normativa de Competencia establece una serie de criterios cuantitativos basados en la multiplicación de salarios mínimos, para delimitar las concentraciones que deben solicitar una autorización previa de las que no, determinando que no toda concentración económica que se lleve a cabo o que surta efectos en el mercado nacional, requiere autorización de las autoridades de competencia salvadoreñas.

Así por ejemplo como muchas de las normas de defensa de la competencia de muchos países de nuestra región o pertenecientes a sistemas afines, la Ley de Competencia prevé umbrales económicos que permiten aplicar un criterio objetivamente cuantificable, para separar las concentraciones que requieren autorización de aquellas que no³²¹.

En El Salvador, tal como lo establece el Art. 33 de la Ley de Competencia, sólo requieren autorización previa las concentraciones entre agentes económicos que representen un total de activos igual o mayor a los 50,000 salarios mínimos urbanos en la industria o cuyos ingresos conjuntos excedan 60,000 salarios mínimos urbanos en la industria³²², los cuales equivalen actualmente a US \$ 182,500,000.00 y a US \$ 219,000,000.00.

		Umbral en Salarios mínimo anual en la Industria	Equivalente monetario según el Art. 33 de la Ley de Competencia
TIPO	Activos	50,000	US \$ 219,000,000.00
TIPO	Ingresos	60,000	US \$ 262,800,000.00.

Al respecto, es importante mencionar que tanto organismos nacionales como la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social –FUSADES– o internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– han manifestado su conformidad con los umbrales adoptados por la Ley de competencia salvadoreña³²³. La OCDE ha manifestado en varios de sus estudios y más recientemente en el examen inter pares, realizado a El Salvador en septiembre de 2008, que el mecanismo de cuantificación de umbrales basado en salarios mínimos es uno de los más idóneos que las legislaciones de competencia puedan adoptar, por cuanto permite realizar fácilmente ajustes inflacionarios sin tener que reformar la Ley³²⁴.

Sin embargo con relación al establecimiento de los umbrales, aunque la Ley de Competencia no lo disponga expresamente, en los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia puede advertirse que la agencia contralora ha entendido que los umbrales deben tener

³²¹ Lorenzo Federico Pace, *“Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación”*, Marcial Pons, 1ª edición, 2007

³²² Decreto. Ejecutivo No. 10 publicado en el Diario Oficial 129, Tomo 432 del 7 de julio de 2021 <https://imprentanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario-oficial/>

³²³ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 48 *“La Ley de Competencia”*. Óp. Cit.

³²⁴ Organización de Cooperación y desarrollo económico y Banco Interamericano de Desarrollo, *“Derecho y Política de la Competencia en El Salvador: Examen inter-pares”*, OCDE, 2008

un nexo local. Es decir que debe tratarse de operadores con presencia en el país, que presenten activos o ingresos en el mercado nacional.

Lo anterior resulta particularmente evidente con respecto la autorización de concentraciones entre Bancolombia y Banagrícola, donde el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia manifestó que para determinar si en este caso se ha sobrepasado el umbral previsto en la correspondiente autorización, es necesario tomar en consideración “que los activos totales de las sociedades objeto de la concentración con activos en el país alcanzan o superan los umbrales”³²⁵, así como más recientemente en la autorización de concentración entre el grupo Millicom y otros, donde el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia manifestó que *“todos los agentes económicos que pertenecen o están bajo control de los grupos económicos intervinientes y con operaciones en El Salvador, son parte del análisis y así son considerados dentro de la verificación de cumplimiento de umbrales”*³²⁶.

En vista de ello es posible afirmar también que existen criterios cualitativos y que una vez comprobada la independencia de los agentes afectados por la concentración y comprobados los umbrales anteriormente señalados, con el propósito de guiar el análisis que permita separar las concentraciones que pueden autorizarse, de las que no, la Ley de Competencia ha impuesto dos condicionamientos cualitativos a las autoridades de competencia, que deben ser considerados al momento de tomar una decisión respecto de las concentraciones económicas examinadas: 1) Deben autorizarse las concentraciones que no afecten significativamente la competencia, y 2) así como las que demuestren la capacidad de producir ganancias de eficiencia.

Tenemos entonces que pueden existir concentraciones económicas que no afecten a la libre competencia siempre y cuando se ajusten a los parámetros legales para su autorización. En el primero de los condicionamientos, la Ley de Competencia dispone que sólo deban prohibirse las concentraciones que tengan una afectación significativa a las condiciones de competencia en el mercado³²⁷.

Es importante mencionar que el término presenta la dificultad de constituir un concepto indeterminado, pese a que la normativa interna de la Superintendencia de Competencia en materia de concentraciones, en concordancia con la normativa europea que ha servido de base para la elaboración de nuestro régimen de control de concentraciones, la afectación significativa de la competencia ha sido identificada con la creación de una posición dominante, a partir de la cual se pueden cometer abusos que limiten las posibilidades de elección de las que dispone el

³²⁵ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-telecomunicaciones-sc-016-s-c-r-2008/

³²⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SSC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:30 horas del 14 de agosto de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-014-s-c-r-2007/

³²⁷ Véase por ejemplo el Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración acceso el 5 de julio de 2021 http://www.sc.gob.sv/uploads/fg_solic_conc.pdf

consumidor³²⁸ o en su caso que resulte en una reducción del número de operadores que facilite la concertación de acuerdos anticompetitivos.

En el caso particular de los literales a) y b) del artículo 34 Ley de Competencia, agregan otros elementos que no se refieren a la adquisición de una posición dominante, pero que también es necesario considerar para determinar los supuestos en los que se puede producir una limitación significativa de la competencia. En materia de control de concentraciones, la SC debe tomar en consideración la eficiencia económica que pueda resultar, así como –textualmente– cualquier “otro elemento relevante”.

Conforme a lo anterior el legislador ha buscado armonizar el contenido de este último criterio en el Reglamento de aplicación de la Ley de Competencia. El artículo 22 del Reglamento de la Ley de Competencia³²⁹ enumera cuatro supuestos totalmente diversos, en los que puede concluirse que no se produce un incremento del poder de mercado, porque la afectación territorial es poco significativa³³⁰, porque su efecto temporal no es permanente o duradero, porque se trata de situaciones que involucran a un agente económico con poco o ningún peso en el mercado³³¹ o porque constituyen la restructuración de un mismo grupo económico³³².

Hay que señalar que la redacción de este artículo presenta algunas deficiencias, en el sentido de que si bien la normativa establece que se trata de elementos relevantes, no determina su finalidad o efecto. Por el tipo de situación esbozada en cada uno de ellos, es viable señalar que se trata de casos de concentraciones, en los que por diversos motivos no se produce una afectación significativa de la competencia.

Asimismo en el romano IV) del Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Concentración, elaborado por la Superintendencia de Competencia, nos es posible llegar a esta misma conclusión, por cuanto las cuatro situaciones enumeradas en el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Competencia, han sido incluidas entre las operaciones que pueden ser autorizadas. Sin embargo, para superar la falta de precisión y para mejorar la operatividad de la normativa de competencias, consideramos que sería conveniente reformar el literal b) del artículo 34, junto con el artículo 22 Reglamento de la Ley de Competencia, para precisar su alcance. No obstante eso será parte de las conclusiones que posteriormente se harán al finalizar la presente investigación.

3.8 Efectos de la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos en el derecho de competencia

³²⁸ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “*Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*”, Óp. Cit.

³²⁹ Reglamento de Ley de Competencia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006)

³³⁰ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007. Óp. Cit.

³³¹ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “*Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*”, Óp. Cit.

³³² Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: improcedencia SC-001-S/C/NR-2008 del 26 de febrero de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 9 horas del 26 de febrero de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-concentracion-economica-en-la-distribucion-de-productos-de-consumo-masivo-sc-001-s-c-nr-2008/

Luego de haber establecido una serie de conceptos, criterios para determinar si es viable la autorización de concentración de agentes económicos sean realizados a través de la fusión u otro mecanismo de los autorizados en la ley de competencia, es importante hacerse las siguientes interrogantes, las cuales se hacen de manera previa antes de comenzar a abordar el presente ítem de la investigación

Entonces es válido preguntarnos ¿Qué efectos produciría Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos? ¿positivos o negativos? Como temática de un problema de investigación ¿qué sucede cuando existen una serie de vacíos legales en la regulación de una concentración económica?

Los referidos cuestionamientos se deben realizar para entender la discusión en este apartado, es si materializar una concentración económica puede ocasionar daños y distorsiones en el mercado.

La respuesta en todo caso es afirmativa, ya que las combinaciones de negocios entre agentes económicos pueden generar distintos tipos de efectos nocivos a la competencia efectiva en los estadios afectados por la operación.

Así las cosas, las fusiones horizontales pueden provocar efectos unilaterales y efectos coordinados. Los efectos unilaterales son aquellos susceptibles de ocurrir por la “desaparición” de una fuente importante de presiones competitivas sobre la entidad surgida *post* concentración³³³.

Estos efectos podrían surgir, por ejemplo en el caso que uno de los agentes económicos parte de la operación hubiese tenido previo a la misma un comportamiento disruptivo y decisivo en la competencia (empresa *maverick*), de manera que su absorción por parte de un competidor sería notable, más allá de que no se reflejase en el incremento de poder de mercado de las partes o en el aumento de la concentración del mercado, pues lo relevante sería la pérdida de importantes presiones competitivas a causa de la eliminación del *maverick* del mercado³³⁴.

En nuestro país, el debate sobre los efectos anticompetitivos que podría genera la desaparición de una empresa *maverick* como resultado de una concentración, tuvo lugar en el mercado de telecomunicaciones, específicamente en el asunto AMERICA MÓVIL (CLARO) - DIGICEL³³⁵, en el que la Superintendencia de Competencia manifestó que la rivalidad que existía en los mercados de referencia aparecía como producto de las acciones de DIGICEL, y que en ese sentido, podía augurarse que una vez eliminado éste, la pugna comercial existente disminuiría de forma significativa³³⁶.

³³³ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso Lamadrid. de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “Manual de Derecho de la Competencia”, Óp. Cit.

³³⁴ Decisión de la Comisión Europea de fecha 26 de abril de 2006, en el asunto COMP/M.3.916, T-MOBILE AUSTRIA/TELERING, DO L 88, de 2007

³³⁵ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: improcedencia SC-016-S/C/R-2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 13:30 horas del 30 de agosto de 2011) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-016-S-C-R-2011_300811_1330.pdf

³³⁶ Guillermo Castro “Empresas “maverick” en la revisión de concentraciones económicas: Una mirada al caso AMERICA MÓVIL – DIGICEL en El Salvador,” 2015 <https://lalibrecompetencia.com/2015/01/16/empresas-mavericks-en-la-revision-de-concentraciones-economicas-una-mirada-al-caso-america-movil-digicel-en-el-salvador/>

Y es que en esta resolución, los efectos de la eliminación de una empresa considerada *maverick* fue uno de los fundamentos más fuertes que sostuvo el Consejo Directivo de la SC para condicionar la operación, y exigir así el cumplimiento de una serie de compromisos a los adquirentes que, a su criterio, harían posible mantener las condiciones de rivalidad en los mercados. Es importante mencionar que las salidas impuestos por la Superintendencia de Competencia en la referida resolución fueron considerados drásticos y excesivos por los agentes económicos, quienes rechazaron su cumplimiento, de modo que la autorización para concentrarse fue denegada³³⁷.

Por otro lado, los efectos coordinados son aquellos que se producen cuando posterior a la concentración los operadores quedan en condiciones de aumentar su poder de mercado mediante la coordinación de sus acciones. Es decir, que la disminución del número de competidores en el mercado afectado podría tener como efecto la facilitación de la coordinación entre ellos³³⁸.

Es por eso que la doctrina advierte que cuando se da lugar a la aparición de efectos coordinados en un mercado, los incentivos de las empresas para competir atrayendo nueva clientela, ya sea a través de la disminución de precios, del aumento de la capacidad de producción o de la penetración de nuevas zonas geográficas, desaparecen o pierden relevancia en beneficio de los incentivos para coordinarse³³⁹.

Ya que la probabilidad que tiene una concentración de crear o reforzar efectos coordinados generan una especial alerta en las agencias de competencia, ya que éstos aumentan la posibilidad que los agentes económicos alcancen resultados colusorios, ya sean tácitos o expresos.

Bajo esa perspectiva, Natalia Fabra y Massimo Motta consideran que en aras de defender la competencia, es necesario que las autoridades públicas respectivas revisen si la concentración provocará una colusión en el mercado y cómo dicha concentración contribuiría a la sostenibilidad de la colusión. Por ello, recomiendan que ciertos factores de la oferta, como por ejemplo, un mercado altamente concentrado, competidores simétricos, barreras a la entrada, contacto multimercado, entre otros factores, sean cuidadosamente estudiados; asimismo, por el lado de la demanda, sostienen que es aconsejable revisar elementos como la estabilidad de la demanda y la existencia de pedidos regulares y frecuentes. Adicionalmente, alertan que la transparencia de precios por el lado de los ofertantes facilita la colusión, pues permite a los competidores vigilarse mutuamente³⁴⁰.

En cuanto a las concentraciones verticales, la alerta principal es que puedan generar efectos unilaterales cuando la entidad surgida *post* concentración queda en condiciones de eliminar a sus competidores en cualquiera de los niveles que opera en la cadena de valor de un producto o servicio. Así, la entidad concentrada verticalmente puede cerrar el acceso a un producto “aguas

³³⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: improcedencia SC-016-S/C/R-2011. Óp. Cit.

³³⁸ Natalia Fabra y Massimo Motta, “Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina”, programa de Colaboración entre el Banco Mundial y el Bank-Netherlands 2013

³³⁹ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid. de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “Manual de Derecho de la Competencia”, Óp. Cit.

³⁴⁰ Natalia Fabra y Massimo Motta, “Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina”, Óp. Cit.

abajo”, lo que se conoce como *imput foreclosure*, o bien, que el distribuidor cierre el acceso a los mercados a otros productores, lo que se conoce como *costumer foreclosure*³⁴¹.

Posteriormente, en cuanto a las concentraciones de conglomerado, también conocidas como concentraciones conglomerales, y se refieren a aquellas operaciones en las que no existe una relación económica evidente ni actividades compatibles en los mismos mercados de bienes y servicios entre las partes intervinientes³⁴².

Precisamente en estos casos, con respecto a efectos unilaterales, ha existido cierta desconfianza por los riesgos que genera el hecho que la entidad concentrada tenga las condiciones para poner en práctica estrategias de vinculación y estrategias de empaquetado, de manera que tengan poder para cerrar el acceso al mercado a sus competidores en uno u otro producto³⁴³.

Finalmente se ha llegado a considerar riesgoso que debido al poder conglomeral, nuevas empresas sean menos propensas a entrar en los mercados afectados, disminuyéndose de esa forma la competencia real y potencial. Adicionalmente, se teme que este tipo de operaciones puedan llegar a aumentar la concentración global en las economías, y que la porción total de activos productivos pueda quedar en manos de un número relativamente reducido de grandes corporaciones³⁴⁴.

3.9 Ejemplos de casos de la Fusión la Fusión Sociedades Mercantiles y Concentración de Agentes Económicos que pueden afectar el derecho de competencia

Es importante mencionar que pueden existir ciertos vacíos en los mecanismos de regulación de las fusiones y concentración de agentes económicos, en dichas omisiones normativas pueden dar lugar a aprovechar ciertas lagunas del derecho con el propósito de realizar esas “fusiones o concentraciones” y así dañar la competencia.

Ya que hasta cierto punto la regla general es que los agentes económicos dentro del cumplimiento de sus finalidades y en ejercicio del derecho de libre disposición de bienes, posean entera autonomía para combinarse con otros agentes económicos o simplemente transferir parte de su actividad empresarial a otros³⁴⁵.

Precisamente como se dijo al preámbulo son los supuestos de fusiones o adquisiciones, en los que una entidad obtiene el control sobre otra por cualquier medio o si el negocio jurídico deviene en la creación de un nuevo agente económico.

³⁴¹ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid. de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “*Manual de Derecho de la Competencia*”, Óp. Cit.

³⁴² Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-019-S/C/NR-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 9:30 horas del 13 de noviembre de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-019-s-c-nr-2007/

³⁴³ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid. de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “*Manual de Derecho de la Competencia*”, Óp. Cit.

³⁴⁴ Lilliam Arrieta de Carsana, et al, “*Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos*” Óp. Cit.

³⁴⁵ Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez Calero Guilarte, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, Óp. Cit.

Antes de la vigencia de la Ley de Competencia, cualquier agente económico podía comprar a su competidor u otro agente económico sin ninguna restricción. En la actualidad, ello ya no es posible con la misma libertad, sino que el negocio jurídico, en los casos que determina la ley, debe circunscribirse a las condiciones y requisitos sobre concentraciones económicas

La unión de agentes económicos persigue, la mayoría de las veces, la obtención de ganancias en eficiencia, por ejemplo, permitiendo la producción por medio de economías de escala. No obstante, también puede derivarse el resultado inverso, creando un agente cuya magnitud y poder no pueda ser contrarrestado por ningún competidor y que por consiguiente, represente un riesgo para el mercado³⁴⁶.

Eso da como lugar a que nazcan nuevas formas de asociación entre las empresas con el objeto de enfrentar conjuntamente los desafíos presentados en el mercado en un esfuerzo por mantenerse dentro del juego de la libre competencia³⁴⁷.

Por ejemplo de las mencionadas formas de asociación empresarial la constituyen los contratos de *Joint Ventures* en los que las sociedades se unen para perseguir conjuntamente un objetivo específico compartiendo los riesgos y las ganancias del emprendimiento conjunto a seguir, caracterizándose por la flexibilidad en la forma de instrumentarlos, ya sea a través de la asociación de empresas sin necesidad de crear un ente jurídico nuevo que goce de personalidad jurídica propia con el propósito de alcanzar el objetivo conjunto temporal de forma meramente contractual dentro esos modelos asociación están los que se denominan *Joint Ventures* contractuales³⁴⁸.

También existen otros modelos que son creados para dicho fin por ejemplo una sociedad conjunta con personalidad jurídica autónoma de las sociedades que lo crearon, denominándose en este caso *Joint Ventures* societarios, los cuales al sobrepasar los umbrales establecidos en la Ley de Competencia se encuentran sujetos al control de las concentraciones económicas³⁴⁹.

Tenemos entonces que Los *Joint Ventures* societarios, denominados así mismo sociedades conjuntas o empresas en participación, se refieren a todos aquellos *Joint Ventures* formalizados a través de la constitución de una sociedad, por medio de la cual se les otorga personalidad jurídica para la persecución del objetivo conjunto.

En relación a la noción de *Joint Ventures* societarios o sociedades conjuntas, para efectos del control de concentraciones del Derecho de Competencia debe entenderse de la siguiente manera: “Una empresa controlada conjuntamente por dos o más empresas, siempre que dos al menos de sus matrices sean económicamente independientes entre sí”.

³⁴⁶ Rafael Arnoldo Gómez Salazar “La Relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual en el salvador” (Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona – Universidad Doctor José Matías Delgado, El Salvador 2009)

³⁴⁷ Lilliam Arrieta de Carsana, et al, “Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos” Artículo realizado por Adriana Estefanía Portillo Palacios denominado “Los contratos de Joint Venture bajo la óptica del Derecho de Competencia en El Salvador” Universidad Dr. José Matías Delgado. Unidad de Investigación Jurídica. El Salvador.

³⁴⁸ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Las concentraciones de empresas”, Colex, Madrid, 2003

³⁴⁹ Alfonso Ortega Giménez, “El contrato de Joint Venture Internacional” en Revista vLex Internacional, 2009

Dado que doctrina de esta clase específica de Joint Ventures se caracteriza por tres elementos esenciales, con los cuales por su rasgos específicos, es necesario que se analice cada uno de estos y la posibilidad de su aplicación en El Salvador³⁵⁰.

Por eso es que como primer punto, es necesario establecer la existencia de una empresa conforme al Derecho de Competencia para que el modelo de defensa de la competencia europeo la noción de empresa tiene un carácter funcional, por lo que se ha optado por definiciones flexibles y generales con el objeto de incluir a todo tipo de entidad que al realizar actividades en el mercado pueda potencialmente restringir la competencia, de esta forma el concepto de empresa no atiende al ánimo de lucro, al hecho de tratarse de una empresa de carácter público o privado, o inclusive a que esta empresa tenga personalidad jurídica o no, a diferencia de El Salvador en el que se exige la personalidad jurídica conforme a los agentes económicos regulados en el Art. 2 de la Ley de Competencia³⁵¹.

Como segundo punto, tenemos el control conjunto como uno de los elementos, el cual tiene lugar cuando dos o más sociedades deben ponerse de acuerdo para decidir la política estratégica o comercial de otra sociedad, se debe establecer que para entender que una sociedad ejerce control sobre la otra no es necesario que participe en todas las decisiones ni en la gestión diaria del *Joint Venture* pero sí en la política comercial o en las decisiones importantes de este, puesto que se trata de aquellas decisiones fundamentales que determinan la estructura y el comportamiento competitivo en el mercado de la sociedad conjunta. Así mismo, es necesario que la influencia ejercida sobre la otra sociedad se trate de una influencia decisiva que posibilite vetar las decisiones estratégicas y no de una influencia simple³⁵².

Como tercero y último punto, es necesario que también, que exista independencia entre al menos dos de las sociedades matrices partícipes de un *Joint Venture*, es decir que las sociedades matrices no pertenezcan a la misma persona o al mismo grupo empresarial, puesto que más que un *Joint Venture* se estaría en presencia de un acuerdo intragrupo entre entidades sin autonomía o poder de decisión propio y por consiguiente de causar una restricción de la competencia en los mercados, se estaría ante una conducta unilateral y no una conducta coordinada o que genere una concentración económica sujeta a autorización de la Superintendencia de Competencia³⁵³.

Como conclusión de lo anterior, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia se ha pronunciado en este mismo sentido, por ejemplo, en el caso Ref. SC-036-S/CE/R-2014, en el cual se solicitó autorización para realizar una fusión por absorción de una sociedad con su subsidiaria, sin embargo se procedió a declarar improcedente dicha solicitud, al analizar la relación de control tanto en la propiedad como en la administración de una sociedad con la otra, advirtiendo la falta de independencia entre ambas, por lo que para efectos del Art. 32

³⁵⁰ Jerónimo Maillo González-Orús, “Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia”, 1º ed., Bosch, Barcelona, 2007

³⁵¹ Luis Ortiz Blanco, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “Manual de Derecho de la Competencia”, Óp. Cit.

³⁵² Aníbal Sierralta Ríos, “Joint Venture Internacional”, 2º ed., Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997

³⁵³ Jerónimo Maillo González-Orús, “Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia”, Óp. Cit.

de la Ley de Competencia estas sociedades formaban un único agente económico el cual no necesita autorización para concentrarse.

Como podrá observarse este criterio ha sido uniforme y constante en su aplicación por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, declarando improcedentes todas las solicitudes de autorización de concentración cuando se trata de sociedades que tienen vínculos entre sí y por consiguiente carecen de una verdadera independencia entre las partes como requisito indispensable para que exista una concentración sujeta al análisis por la posibilidad que esta cause efectos negativos al mercado³⁵⁴.

Como se ha dicho, en los *Joint Ventures* es necesario que dicha independencia prevalezca entre las partes posterior a la formalización del mismo, diferenciándose de otras formas de integración o asociación empresaria, que de sobrepasar los umbrales establecidos en el Artículo 33 de la Ley de Competencia, se encuentran al igual que los *Joint Ventures* sujetas al control de las concentraciones, como por ejemplo las fusiones, en las cuales efectivamente se pierde la independencia entre las dos sociedades parte o de por lo menos una de ellas, de tratarse de una fusión por absorción, posterior a la autorización otorgada, puesto que en lo sucesivo ambas sociedades formarán un solo ente jurídico, con los mismos derechos y obligaciones³⁵⁵.

³⁵⁴ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: C-036-S/CE/R-2014 del 26 de noviembre de 2014. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:35 horas del 26 de noviembre de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/15607/

³⁵⁵ Juan Mascareñas Pérez-Iñigo, “*Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas*”, 5º ed. Ecobook, Madrid.

CAPÍTULO 4

PROCESO POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL Y SUS EFECTOS SANCIONATORIOS

4.1 Aspectos generales sobre el procedimiento Sancionatorio por prácticas anticompetitivas

Para iniciar en este apartado se ha desarrollado de manera sintetizada con el propósito de identificar cuáles son los órganos encargados de administrar justicia, como es el procedimiento, la forma en cómo actúan es decir la parte procesal del tema de investigación.

Como se ha expuesto, la Ley de competencia tiene su base en los artículos 101, 102 y 110 de la Constitución, y está estructurada en V Títulos: el primero contiene las Disposiciones Generales, el segundo prescribe todo lo relacionado con la Superintendencia de Competencia como institución que aplicará dicha ley, el tercero señala las prácticas anticompetitivas (acuerdos entre competidores, prácticas entre no competidores y abusos de la posición dominante), el cuarto regula las sanciones, procedimientos y recursos, finalmente el quinto trata de las disposiciones finales, transitorias, derogatorias y vigencia.

Es así que básicamente el objeto de la Ley de competencia es promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas, que vayan encaminadas a limitar o restringir la competencia o bien a impedir el acceso al mercado a los agentes económicos, con la finalidad de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

También es importante destacar que el campo de aplicación de la ley está precisado así: quedan sujetos a las disposiciones de la Ley de competencia todos los agentes económicos, sean personas naturales, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que participe en las actividades económicas. No se aplica la Ley de competencia en todas aquellas actividades económicas reservadas por la Constitución y las Leyes exclusivamente al Estado y los Municipios³⁵⁶.

Y es que dado el tipo de modelo salvadoreño de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia se basa fundamentalmente en la separación entre las funciones de vigilancia del mercado, instrucción de expedientes sancionadores y formulación de acusación por la realización de prácticas anticompetitivas que se encomiendan al superintendente de Competencia y a las funciones de adopción de decisiones e imposición de sanciones, que se atribuyen al Consejo Directivo, que es la máxima autoridad de la Superintendencia³⁵⁷.

Teniendo en cuenta que tal como se ha venido señalando, la Ley de Competencia crea a la Superintendencia de Competencia con la finalidad de velar por su cumplimiento. La Ley de

³⁵⁶ Aldo Enrique Cáder Camilot, "Introducción al derecho de competencia en El Salvador", artículo publicado en San Salvador, septiembre 2014 <http://blogs.economista.net/competencia/2014/09/introduccion-al-derecho-de-competencia-en-el-salvador/>

³⁵⁷ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, "Manual sobre Derecho de Competencia" Óp. Cit.

competencia señala que dicha institución es de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria. Es, pues, una autónoma con una función específica de carácter eminentemente técnica, que por ley goza de total independencia del gobierno.

Ahora bien, si nos encaminamos al control que ejerce, tenemos que mencionar acerca de los actos administrativos que emita la Superintendencia de Competencia al finalizar el procedimiento administrativo sancionador pues estos son controlados posteriormente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación la competencia establecida en la ley que en este caso sería la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, dependiendo de la cuantía, siendo en su oportunidad que también la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Constitucional (en caso de vulneración de derechos constitucionales vía amparo)³⁵⁸.

De tal manera tenemos que la máxima autoridad de la Superintendencia de Competencia es el Consejo Directivo, según lo dispone el art. 6 Ley de Competencia, el cual se conforma por el Superintendente y dos directores, con sus respectivos suplentes; estos son nombrados por el presidente de la República.

Los mencionados funcionarios mantienen sus funciones por un período no menor a cinco años con la posibilidad de su reelección, de conformidad al Art. 8 de Ley de Competencia, siempre y cuando cumplan con los requisitos que exige la ley previstos en el art. 9 Ley de Competencia. El Superintendente, dentro de sus funciones, tiene varias atribuciones las que más nos compete mencionar son: conocer de oficio o por denuncia, aquellas situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado y declarar la admisibilidad, inadmisibilidad o improcedencia de las denuncias presentadas, art. 13 lit. a) y b). La ley a su vez, en referencia al Consejo Directivo, le brinda ciertas atribuciones necesarias para la funcionalidad de la Institución y cumplimiento de la ley, entre ellos se pueden mencionar la imposición de sanciones conforme a la Ley de Competencia, art. 14 lit. a) Ley de Competencia³⁵⁹.

Es importante advertir que el superintendente por sí solo no puede sancionar a algún agente económico una vez iniciado el procedimiento sancionador, sino que es el Consejo Directivo el que tiene la potestad de sancionar, el superintendente únicamente puede darle trámite o no al hacer diligencias previas.

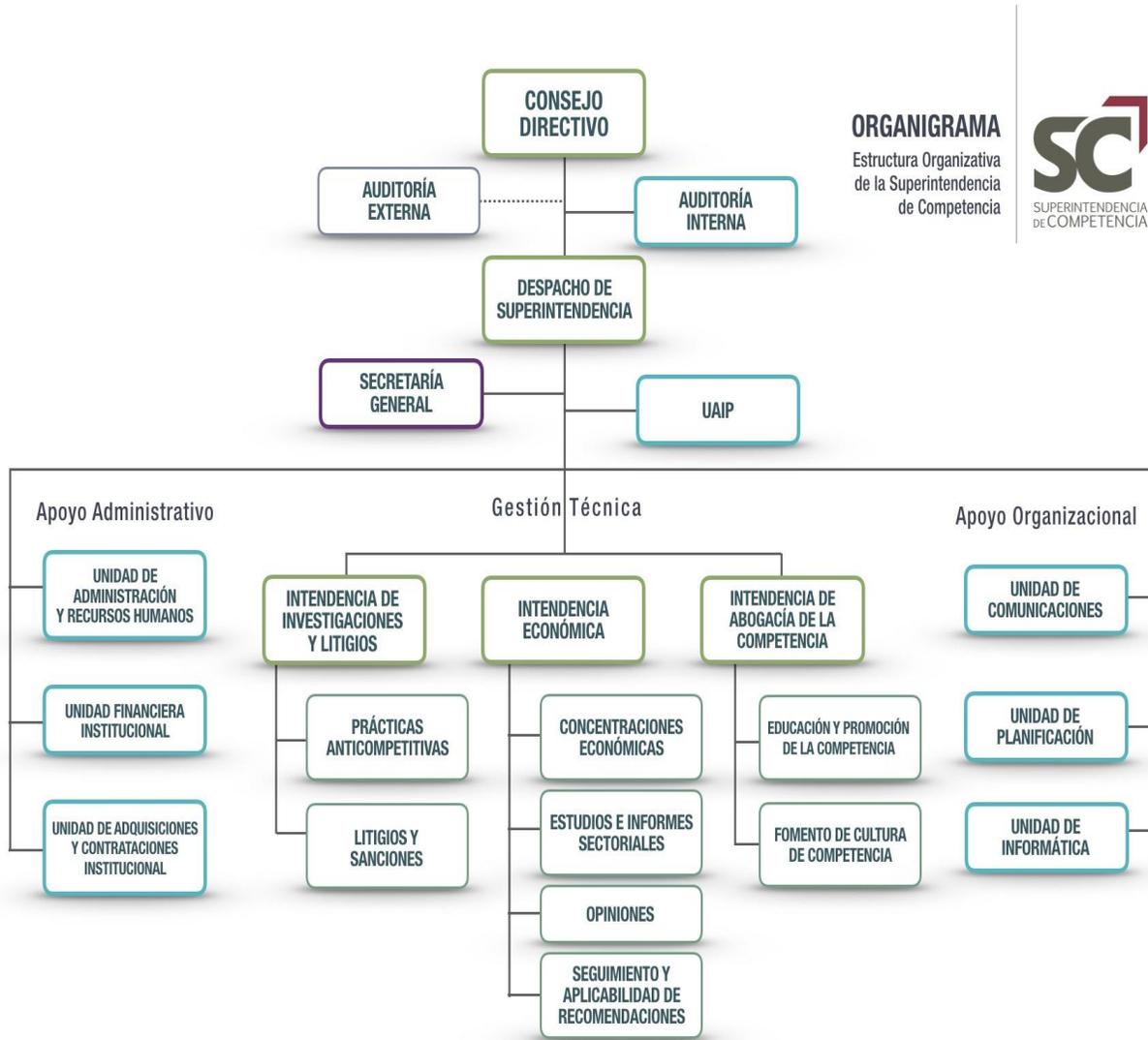
En síntesis se debe destacar que la Superintendencia de Competencia, fue creada a través del decreto legislativo 528 y le da vida el artículo 3 de la Ley de Competencia; esta es una Institución de Derecho Público, que está únicamente por debajo del Ministerio de Economía, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, a su vez es una institución especializada que protege el mercado económico e identifica las posibles vulneraciones a la libre competencia, con autonomía en su forma de ser administrada para el ejercicio de las atribuciones y deberes estipulados en la Ley de Competencia, su Reglamento y demás disposiciones aplicables³⁶⁰.

³⁵⁸ Aldo Enrique Cáder Camilot, *“Introducción al derecho de competencia en El Salvador”*, Óp. Cit.

³⁵⁹ Roger Armando Hernández Mata, David Edgardo Peña Cruz y Alejandra Elizabeth Sánchez Paz, *“El Respeto al Principio de Contradicción en el Procedimiento Sancionatorio ante la Superintendencia de Competencia”* (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2018)

³⁶⁰ *Ibidem*

Inclusive dichas funciones y atribuciones han sido mencionadas para una mayor comprensión en el siguiente organigrama³⁶¹:



El Derecho español se fundamenta en la misma separación de funciones, sólo que a diferencia de nuestro Derecho, las funciones encargadas al superintendente se las encomiendan al Servicio de Defensa de la Competencia, y las funciones encargadas al Consejo Directivo se las atribuyen al Tribunal de Defensa de la Competencia, las cuales si bien es cierto fueron advertidas en los párrafos que anteceden es necesario precisas sus funciones de una manera más clara las cuales son las siguientes³⁶²:

³⁶¹ Véase Organigrama de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/sc/documents/organigrama>

³⁶² Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Óp. Cit.

a) La Superintendencia de Competencia es una institución de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la ley, constituida por el Consejo, el superintendente y las unidades que se establezcan en el Reglamento correspondiente. La Superintendencia deberá tener su domicilio en la capital de la república, pero se le ha facultado para establecer oficinas en cualquier lugar del territorio nacional.

b) La Superintendencia tiene relación con el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Economía. La finalidad de la Superintendencia es velar por el cumplimiento de la Ley, mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico que se complementará con los estudios de apoyo y toda actividad que resulte pertinente para efectuar todas las actividades en forma óptima.

c) como se advirtió la superintendencia estará constituida por un consejo directivo, que se conformará por un superintendente y dos directores nombrados por el presidente de la República. El superintendente y las unidades deberán establecerse en el Reglamento correspondiente. Habrá además tres directores suplentes, quienes asistirán a la Junta de Directores con voz pero sin voto, salvo cuando actúen en sustitución de los directores propietarios. La máxima autoridad de la Superintendencia será el Consejo.

e) El superintendente tiene la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, le corresponde presidir la Junta de Directores, será un funcionario de tiempo completo y no podrá ejercer ninguna actividad profesional a excepción de la docencia universitaria, y siempre y cuando dicha actividad no vaya en menoscabo del desarrollo de sus funciones.

Además es importante mencionar que le corresponde también la representación legal de la Superintendencia y estará a cargo de la dirección superior y la supervisión de las actividades de la Superintendencia él y los directores durarán cinco años en sus funciones y podrán ser reelegidos en su cargo. Está sometido al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la administración del Estado, tiene independencia en el ejercicio de sus funciones y con exclusivo sometimiento al ordenamiento jurídico. Tanto los directores como el superintendente deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años de edad, con grado universitario en Economía, Derecho, Administración de Empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, probidad notoria, con conocimientos y experiencias en las materias relacionadas con sus atribuciones, y deberán estar en posesión de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los cinco años anteriores al nombramiento³⁶³.

Asimismo también tiene otras funciones dentro de las que destacan las siguientes³⁶⁴: una función de conocimiento, consistente en conocer de oficio o por denuncia, las situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado, realizar investigaciones y ordenar la instrucción de expedientes, una función de tutela del mercado, puesto que puede ordenar la instrucción de los expedientes que correspondan en cada caso, ordenar además una función decisoria consistente fundamentalmente en declarar la admisibilidad, inadmisibilidad o improcedencia de las denuncias

³⁶³ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, "Manual sobre Derecho de Competencia" Óp. Cit.

³⁶⁴ Luis Ribó Durán y Joaquín Fernández Fernández "Diccionario de Derecho Empresarial: Con los conceptos económicos complementarios", Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona 1998

presentadas; dirigir una función investigativa mediante ordenar y contratar la realización de estudios de mercado y consultorías específicas sobre aspectos técnicos que sean necesarios para cumplir con el objetivo de la Ley.

d) El Consejo Directivo Es el órgano encargado de la vigilancia del mercado y de la instrucción de los expedientes, ordenando el cese de las prácticas anticompetitivas, autorizando, denegando o condicionando las solicitudes de concentración económica, imponiendo sanciones e informando a los entes reguladores.

El Consejo tiene además, como obligación, conocer y resolver sobre el recurso de revisión interpuesto contra sus resoluciones, así como someter a consideración del Órgano Ejecutivo, a través del ramo de Economía, propuestas de reformas a la Ley, reglamentos y demás normativa aplicable, así como aprobar el presupuesto anual de gastos de funcionamiento de la institución, y como ya se dijo, está conformado por un superintendente, tres directores propietarios y tres directores suplentes, nombrados por el presidente de la República³⁶⁵.

En relación con las facultades antes mencionadas, hay que mencionar que las mismas han sido retomadas en los considerandos resolutivos en una diversidad de procesos por lo que vale la pena citarlos.

Por ejemplo tenemos la atribución de imponer sanciones conforme a la ley *“De la anterior disposición, es evidente que la ley de esta materia establece un máximo para la sanción de multa que corresponde a este ilícito administrativo; por consiguiente, es facultad de este Consejo Directivo establecer la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la Ley de Competencia”*³⁶⁶.

Así también tenemos la atribución de informar a las autoridades correspondientes *“Es atribución del Consejo Directivo informar a las autoridades correspondientes, cuando producto de una investigación se determine que la causa o el problema tenga su origen en las regulaciones de los agentes económicos determinados, a efecto de que tomen las medidas correspondientes”*³⁶⁷.

También cabe señalar la Atribución para ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas *“es facultad del Consejo Directivo “Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas de conformidad a los términos establecidos en esta ley”, implica que este Consejo tiene facultades de ordenar el conjunto de actuaciones u omisiones necesarias para restablecer las condiciones de competencia del mercado investigado. En ese sentido, la orden a CAESS de coordinarse inmediatamente con la sociedad B&D y de presentar a este Consejo una programación de la misma, tiene como finalidad restablecer de forma eficaz el bien jurídico tutelado objeto de la Ley de Competencia. Desde otro ángulo, las actividades ordenadas a CAESS son la concreción, para*

³⁶⁵ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, *“Manual sobre Derecho de Competencia”* Óp. Cit.

³⁶⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-007-O/PA/R-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:00 horas del 11 de septiembre de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-007-o-pa-r-2007/

³⁶⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: CD-AE/12/2006. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 12 de diciembre de 2006)

*el presente caso, de la atribución que posee este Consejo Directivo de “ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas” que se hubieren comprobado, como ha ocurrido en este caso”.*³⁶⁸

Asimismo se encuentra la Competencia del Consejo Directivo *“El Consejo Directivo de esta Institución, en materia procedimental, tiene competencia únicamente en la fase final del procedimiento; es decir, el Consejo es la autoridad que tiene a su cargo la decisión definitiva del mismo, de acuerdo a lo señalado en los arts. 14 letras “a” y “d”, y 45 inciso 3° de la Ley de Competencia. Lo anterior quiere decir que, de acuerdo a la ley de la materia, cualquier aspecto, aún incidental, que se suscite al interior de un procedimiento administrativo sancionador que se lleve en esta Superintendencia, tiene que ser resuelto únicamente por la figura del Superintendente, más no por el Consejo Directivo de aquélla”*³⁶⁹.

4.2 Denuncia de posibles sanciones

Cuando se tiene como pretensión el iniciar un proceso administrativo sancionador por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas establecidas en la Ley de Competencia, dicho marco normativo en su artículo 40 establece que podrá iniciarse de oficio o por medio de una denuncia. A lo cual, esta fase está dedicada a dar unas nociones sobre los requisitos y consecuencias para la interposición de la denuncia³⁷⁰.

En relación a la primera cuestión procesal a evaluar sobre la denuncia, es quién o quiénes son las personas legitimadas para interponer una denuncia. El artículo 37 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que puede ser cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva la denuncia; es decir que puede denunciar cualquier persona que tenga conocimiento que se está efectuando una práctica anticompetitiva.

Se da también la posibilidad señalada en el artículo 38 del mismo reglamento, habilita la posibilidad de que la interposición de la denuncia sea de forma personal o por medio de la postulación mediante representación de un abogado.

En este punto es claro que la persona que presenta una denuncia ante la Superintendencia de Competencia debe de cumplir con los requisitos de presentación de la misma establecidos en la Ley de Competencia, Reglamento de Ley de Competencia y la Ley de Procedimientos Administrativos; mismos que se verán a continuación. Sin embargo, es importante recordar que el agente económico o persona que haya interpuesto una denuncia utilizando datos o documentos falsos con la intención de limitar, restringir o impedir la competencia, se le podrá imponer, previo el procedimiento respectivo, un multa que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria que equivale a \$1,825,000 dólares de los Estados Unidos de América o si reviste particular gravedad, la Superintendencia de Competencia podrá imponer una

³⁶⁸ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-007-O/PA/R-2007. Óp. Cit.

³⁶⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-004-D/PA/R-2006 ACUMULADAS - ASDPPESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 21 de septiembre de 2006) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-004-d-pa-r-2006/

³⁷⁰ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2> <http://ecompetencia.sc.gob.sv>

multa hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor o hasta seis por ciento el valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior³⁷¹.

Tal como se ha advertido la Superintendencia de Competencia puede iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador por una práctica anticompetitiva (artículo 13 letra “a” y 14 letra “c” de la Ley de Competencia), es importante que los agentes económicos que sufren una práctica anticompetitiva tipificada en Ley de Competencia presenten la respectiva denuncia ante la Superintendencia de Competencia, puesto que muchas veces son los directamente involucrados quienes mejor conocen la situación. Oportuno resulta, entonces, referirse a este acto procedimental.³⁷²

De similar forma ya se ha mencionado anteriormente que el Superintendente de Competencia tiene entre sus atribuciones y deberes la de conocer las denuncias que se le presenten, en las cuales se planteen situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado, siempre y cuando dicho aspecto esté tipificado. Esta denuncia tiene que reunir los requisitos normales que se exigen, por ejemplo, en sede jurisdiccional; es decir, es un escrito en el cual el agente económico afectado por la práctica tiene que señalar, básicamente, quién presenta la denuncia; contra quién se presente; cuál es la práctica y por qué considera que es anticompetitiva.

A propósito de lo anterior, el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Competencia prescribe que el denunciante tiene que plasmar en la denuncia sus generales y señalar lugar o medio técnico para escuchar comunicaciones; las generales y domicilio del denunciado; una descripción precisa de los hechos constitutivos de la práctica anticompetitiva denunciada, especificándola conforme a la tipificación establecida en los artículos 25, 26 y 30 de Ley de Competencia; en relación con esto, el denunciante tiene que establecer los elementos que permitan circunscribir la práctica a un mercado específico, desde el punto de vista producto y geográfico y, en caso de conocerlo, señalar los agentes económicos que participan en el mismo; también, establecer los elementos que permitan inferir la posición dominante del denunciado, cuando se trata de un supuesto abuso de dicha posición; finalmente, debe relacionar e identificar los elementos probatorios que adjunta u ofrece presentar para acreditar su postura.

Igualmente es válido señalar que la denuncia puede ser presentada directamente por el agente económico y no necesariamente tiene que estar suscrita por un abogado que lo represente; sin embargo, por la complejidad técnica de la materia y por los formalismos esenciales de la denuncia, es necesaria la asesoría legal y económica en estos casos.

Ahora bien bajo el supuesto que la denuncia reúna los requisitos formales esenciales y que el caso sea materia de la Superintendencia de Competencia, se emitirá una resolución ordenando el inicio (la instrucción) del procedimiento administrativo sancionador; procedimiento que será impulsado oficiosamente por el Superintendente, con aplicación de los principios de dirección y ordenación procesal. No obstante, siempre es fundamental el acompañamiento del denunciante, sobre todo, en temas probatorios³⁷³.

³⁷¹ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

³⁷² Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

³⁷³ Ibidem

Cambiando de perspectiva, es también importante referirse a la defensa que pueden ejercer los agentes económicos denunciados. Y es que resulta evidente que, en algunos casos, las denuncias pueden no tener ningún fundamento fáctico³⁷⁴.

Es importante dejar en claro que se ha hecho alusión a un mínimo de requisitos establecido para la presentación de la denuncia, pero en ningún caso implica que si es admitido a trámite no se le pueda requerir información adicional durante el procedimiento sancionatorio.

Cabe agregar que dentro de la documentación que podrían acompañar a la denuncia deberían considerarse como anexos en caso que aplique:

- a) Documentos que acrediten la personería.
- b) Cualquier otro documento que considere que aporta a la denuncia.

Otro punto es que deberá presentarse el original con sus anexos y tantas copias como interesados hubiere más una copia adicional

Al recibir una denuncia, la Superintendencia de Competencia cuenta con 15 días para pronunciarse sobre la misma, abriendo 3 posibilidades:

- a) Prevenir al denunciante; es decir comunicar al denunciante si la denuncia no cumple con todos los requisitos establecidos otorgándole un plazo de 5 días hábiles a partir de la notificación para subsanar la omisión de requisito.
- b) Ordenar el inicio del procedimiento o actuación previa; al analizar la denuncia y encontrar elementos suficientes para sustentar una investigación.
- c) Declarar improcedente la denuncia; de acuerdo al art 47 de la Ley de Competencia; esto ocurre cuando manifiestamente los hechos aludidos no constituyen indicios suficientes o violaciones a la Ley de Competencia³⁷⁵.

4.2.1 Formas de Rechazo de la Denuncia

Es de suma importancia abordar con respecto al punto de la declaratoria de improcedencia de la denuncia, ya que es normal que como en cualquier otro tipo de proceso, las denuncias interpuestas carezcan de fundamento jurídico que permita continuar el proceso sancionador, es por ello que dentro de las facultades adscritas al Superintendente podrá declarar sin lugar las denuncias que sean notoriamente improcedentes siempre y cuando no violenten la Ley de Competencia.

Como podrá advertirse en los siguientes considerandos resolutivos hay una variedad de motivos de improcedencia de denuncias que se citan a continuación.

³⁷⁴ Aldo Enrique Cáder Camilot, *“Introducción al derecho de competencia en El Salvador”*, Óp. Cit.

³⁷⁵ Superintendencia de Competencia, *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”* Modulo 4 Óp. Cit.

Por ejemplo tenemos el siguiente considerando: “...cada institución pública tiene sus propias competencias asignadas por ley, y si bien un hecho denunciado puede resultar improcedente para una institución, para otra sí puede formar parte de su quehacer; por ejemplo, hay ocasiones que lo denunciado a esta Superintendencia no corresponde a un tema de prácticas anticompetitivas, pero sí es un tema que, en razón de su naturaleza, podría conocer la Defensoría del Consumidor (casos de violaciones a derechos del consumidor), Ministerio de Salud (casos de incumplimiento de normas sobre alimentos destinadas al consumo), etc.”³⁷⁶.

También podemos citar el siguiente considerando: “...Pero la simple venta de tales presentaciones de GLP a precios inferiores a los determinados como máximos por el Ministerio de Economía es insuficiente para asumir, con probabilidad o apariencia de buen derecho, que (...) cometió alguna de las prácticas anticompetitivas previstas en nuestra ley. Con base en lo anterior, el suscrito considera que la conducta objeto de la denuncia (venta por debajo de los precios máximos) no constituye por sí misma un tema relacionado con la Ley de Competencia; por ello, de conformidad a lo previsto en el artículo 47 de dicha ley, habrá que declararla improcedente.”³⁷⁷.

Asimismo está el siguiente considerando: “Así, de lo expuesto en el escrito aludido anteriormente, puede colegirse, que la peticionaria denuncia el cometimiento de ciertas prácticas que ella considera no se apegan a una competencia leal y que se encuentran encaminadas a la desviación de su clientela; en ningún momento precisa si las actuaciones que menciona poseen carácter anticompetitivo y en consecuencia, cuál es el precepto que considera infringido de la Ley de Competencia. Tampoco especifica contra quién dirige su denuncia y por ende a quién imputa las prácticas que menciona. En ese sentido, esta Superintendencia estima que los hechos, de la forma en que han sido expuestos por la denunciante, no son constitutivos de infracciones de la Ley de Competencia, sino que los mismos pudieran ser discutidos dentro de un proceso mercantil de competencia desleal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 491, romano II, letra b) del Código de Comercio. En virtud de lo anterior y con base en el artículo 47 de la Ley de Competencia, que faculta al Superintendente para declarar sin lugar aquellas denuncias notoriamente improcedentes, cuando las situaciones que se invoquen violaciones a la Ley de Competencia, es pertinente resolver en este sentido.”³⁷⁸.

Como podrá haberse observado existe una diversidad de criterios por medios de los cuales ha existido rechazo de la denuncia al haberse declarado las mismas como improcedentes por los motivos antes citados.

³⁷⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-020-D/PI/NR-2015 - AQUACORPORACIÓN DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. del 29 de junio de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:40 horas del 29 de junio de 2015) https://www.sc.gob.sv/site/uploads/SC-020-D-PI-NR-2015_290615_1540.pdf

³⁷⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-D/PS/R-2011 – ZETA GAS del 29 de abril de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 11:00 horas del 29 de abril de 2011) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc010dpsr2011>

³⁷⁸ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-013-D/PA/NR-2006 - PERFECT BODY LINE del 19 de octubre de 2006. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:00 horas del 19 de octubre de 2016) <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/practicas-anticompetitivas-en-servicios-sc-013-d-pa-nr-2006/>

También una denuncia no solo puede ser declarada improcedente, ya que además existe la institución de la inadmisibilidad de la denuncia como podrá verificarse a continuación con fundamento a los considerandos resolutivos se abordará los motivos por los cuales es declarada dicha figura, ya que la misma se configura cuando interpuesta la denuncia se le realizan prevenciones al denunciante las cuales al no ser subsanadas deviene en una declaratoria de inadmisibilidad.

Por ejemplo tenemos el siguiente motivo de inadmisibilidad: *“En virtud de lo anterior, la denuncia tendrá que ser rechazada por inadmisibile, en tanto no han cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 42 de la Ley de Competencia y 62 de su reglamento, pues las deficiencias formales señaladas, -en la prevención- y no subsanadas, hacen imposible que la autoridad conozca adecuadamente los elementos que debe incorporar toda declaración subjetiva de esta naturaleza.”*

*“Al respecto de la inadmisibilidad que será decretada (...) tiene expedito el derecho de hacer uso de los recursos que la Ley de Competencia establece en relación con esta decisión y, por otro, tiene a salvo su derecho material para volver a presentar una nueva denuncia, siempre y cuando se cumplan con los requisitos legales y reglamentarios establecidos para tales efectos. Por otra parte, en virtud de los señalamientos efectuados en la denuncia interpuesta, resulta necesario instruir a la Intendencia de Investigaciones de esta institución, para que realice las gestiones oportunas de los denunciantes, a efecto de valorar la pertinencia de iniciar, de oficio, una actuación previa con el objeto de buscar indicios de posibles prácticas anticompetitivas.”*³⁷⁹.

Otro motivo de inadmisibilidad es el siguiente: *“1. Que de acuerdo a los Arts. 13 letra b) de la Ley de Competencia y 64 letra b) de su Reglamento, cuando se presente una denuncia que no cumpla con los requisitos mínimos de admisibilidad establecidos en el art. 62 del Reglamento de la Ley de Competencia, esta Superintendencia está facultada para hacer una prevención al respecto. 2. Que, si la prevención no es atendida y, por lo tanto, la denuncia no reúne aquellos requisitos mínimos, la Superintendencia tendrá que declararla inadmisibile, de conformidad, también, a las disposiciones anteriormente citadas; quedando a salvo el derecho de una eventual y nueva interposición, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 52 de la Ley de Competencia.”*³⁸⁰.

Como podrá corroborarse es importante haber cumplido con todos los requisitos legales mínimos para la presentación de la denuncia y que la misma tenga un fundamento que permita continuar el proceso Sancionatorio, sin embargo puede suceder que la misma al no contar con todos los elementos necesarios sea prevenido al denunciante con el propósito de subsanar dichas deficiencias y continuar el proceso, pero sucede como se pudo corroborar anteriormente que muchas veces no son subsanadas las prevenciones y finaliza el proceso por inadmisibilidad, lo anterior no perjudica el hecho de volver a presentar la denuncia, la cual debe ser apegada a derecho y debe superar los motivos por los cuales fue rechazada.

³⁷⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-022-D/PI/R-2014 del 15 de julio de 2014. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:30 horas del 15 de julio de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-022-d-pi-r-2014/

³⁸⁰ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-0016-D/PA/NR-2006 del 9 de enero de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:00 horas del 9 de enero de 2007)

4.3 Proceso de sanción por actos de competencia desleal

Según la doctrina existen tres clases de procedimientos administrativos especiales en materia de competencia siendo los siguientes: a) el procedimiento sancionador (Art. 37 a 48); b) el procedimiento de autorizaciones (Art.33 a 36); y c) el procedimiento de adopción de medidas cautelares todos regulados en la Ley de Competencia Salvadoreña.

Para efectos del presente trabajo de investigación se desarrollará el procedimiento sancionador, el cual como se dijo se iniciará de oficio o mediante denuncia, a instancia de persona interesada. El superintendente podrá efectuar con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia con facultades para investigar, averiguar inspeccionar en materia de prácticas anticompetitivas, con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley³⁸¹.

Ahora bien en la Ley de Competencia existen dos tipos de procedimientos sancionatorios; por prácticas anticompetitivas y otras infracciones a la Ley de Competencia, para lo cual se hará una breve introducción.

Por Prácticas Anticompetitivas

Procedimiento por Prácticas Anticompetitivas; el procedimiento administrativo sancionador que tiene lugar luego de haberse encontrado indicios suficientes de la existencia de una práctica anticompetitiva sancionada por la Ley de Competencia o que tiene lugar como consecuencia de la admisión a trámite de una denuncia³⁸².

Por otras Infracciones

Procedimiento por otras infracciones a la Ley de Competencia; son aquellos procedimientos administrativos que tienen lugar cuando se ha cometido una infracción a la Ley de Competencia que no sean prácticas anticompetitivas, dichos procedimientos se detallan a continuación³⁸³:

a) Falta de colaboración, cuando la Superintendencia de Competencia dentro de sus atribuciones de Ley solicita información a los agentes económicos, y estos al no colaborar, se les apertura un procedimiento sancionatorio.

b) Falta de solicitud de concentración, debido a que la Ley de Competencia establece los supuestos en los cuales es obligatorio solicitar autorización a la Superintendencia de Competencia para concentrarse, fusionarse, venderse, etc; de realizarse la operación sin solicitar autorización se apertura un proceso sancionatorio.

c) Incumplimiento de condición de concentración económica, cuando se solicita autorización a la Superintendencia de Competencia para realizar una concentración económica,

³⁸¹ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, "Manual sobre Derecho de Competencia" Óp. Cit.

³⁸² Superintendencia de Competencia, "Introducción al estudio del Derecho de Competencia" Modulo 4 Óp. Cit.

³⁸³ Ibidem

está dentro de las facultades de la institución el condicionar la operación, la cual de no ser cumplida se inicia un procedimiento sancionatorio.

d) Denuncia infundada, cuando se interpone una denuncia por comisión de una práctica anticompetitiva, incoando hechos falsos para dañar a un agente económico, se apertura un proceso sancionatorio para quien interpuso la denuncia³⁸⁴.

4.3.1 Actuaciones Previas

Tal como se ha manifestado y con fundamento del artículo 41 de la Ley de Competencia, el Superintendente de Competencia tiene la facultad de iniciar por medio de funcionarios de la Superintendencia, actuaciones previas a un procedimiento sancionatorio por prácticas anticompetitivas, con el propósito de poder determinar de manera preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley de Competencia.

En relación a lo anterior, se puede dar el caso que al momento de la interposición de una denuncia, el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que la Superintendencia de Competencia puede, entre otras facultades, *“ordenar el inicio de un procedimiento sancionador o de una actuación previa, según los indicios aportados”* por el denunciante. Además, ese mismo artículo otorga la potestad por medio de la que *“la actuación previa comprende el conjunto de acciones que se realizan por parte de funcionarios de la Superintendencia, previas al inicio de un procedimiento sancionador formal, encaminadas a recopilar los indicios que sustenten la hipótesis de la existencia de una o varias prácticas anticompetitivas.”*

Lo importante en este caso es que si las actuaciones previas determinaran la existencia de suficientes indicios del posible cometimiento de una práctica anticompetitiva, el Superintendente de Competencia ordenará la instrucción del procedimiento sancionatorio. De no encontrarse suficientes indicios del cometimiento de una práctica anticompetitiva se archivarán, previa resolución motivada que declare el sobreseimiento, todo conforme lo establecido en el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Competencia³⁸⁵.

El tema de las actuaciones previas sido retomado por en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia a modo de ejemplo se cita el siguiente: *“Durante la investigación preliminar no se (...) atribuye en concreto acto alguno ni se le imputa el cometimiento de una conducta anticompetitiva en particular, sino que se trata de diligencias preliminares, realizadas por la Superintendencia, encaminadas a particularizar, definir y recopilar los indicios que sustenten o desacrediten la existencia de las prácticas anticompetitivas. En consecuencia, durante la investigación preliminar esta Superintendencia requerirá información directamente a los agentes económicos o personas naturales involucradas en el mercado respectivo, realizará inspecciones, entrevistas o cualquier otra diligencia a efecto de informarse suficientemente sobre el desempeño del mercado investigado”*³⁸⁶.

³⁸⁴ Superintendencia de Competencia, *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”*, Modulo 4 Óp. Cit.

³⁸⁵ Ibidem

³⁸⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-017-D/PA/R-2006 del 18 de enero de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:00

Siempre en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia es válido citar el siguiente: *“En lo que respecta a tal argumentación, se observa que según el artículo 41 de la Ley de Competencia —previamente relacionado— “el Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia”. Por lo anterior, es claro que la realización de una investigación preliminar previo al inicio de un procedimiento sancionador es una actividad facultativa de la Superintendente y no obligatoria. Tal disposición resulta lógica en cuanto a que, si a partir de información pública se obtienen suficientes indicios para la iniciación oficiosa de un procedimiento sancionador, la Superintendente no está obligada a realizar una investigación previa o preliminar. Y es que, en este supuesto, la investigación previa podría dilatar, e incluso perjudicar, las investigaciones correspondientes”*³⁸⁷.

También llama poderosamente la atención el considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se cita:

*“El suscrito observa que el artículo 41 de la Ley de Competencia prevé que: “El Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas (...)”. Así, se advierte que la realización de una investigación previa es una facultad del Superintendente y no un requisito sine qua non para que éste emita el auto de instrucción de un procedimiento sancionador. En ese sentido, se observa que la Ley de Competencia ha previsto que si el Superintendente estima que de la información pública se advierten suficientes indicios para atribuir a un sujeto la probable comisión de una práctica anticompetitiva, es válido iniciar un procedimiento sancionador prescindiendo de la investigación preliminar. Por otro lado, en el caso de una denuncia, cuando esta cumple con todos los requisitos para su interposición, el Superintendente tiene que admitirla a trámite e iniciar el consecuente procedimiento administrativo. Y es que, en este último caso, los requisitos de la denuncia son tales que permiten conocer el hecho denunciado (sujetos pasivos, hecho que se considera anticompetitivo, mercado supuestamente afectado, etc.)”*³⁸⁸.

“Por ello, cuando el artículo 63 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que, al examinarse una denuncia, puede ordenar el inicio de una investigación preliminar, se refiere a la circunstancia en que el Superintendente estime que la denuncia no cumple con los requisitos formales (no obstante prevención) y considere oficiosamente investigar preliminarmente el caso sometido a su conocimiento. Interpretar que luego del planteamiento de una denuncia que cumpla con todos los requisitos formales y de fondo debe ordenarse, aun así, una investigación preliminar, supone una interpretación absurda que, en todo caso, atentaría contra el principio de economía

horas del 18 de enero de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-practicas-anticompetitivas-en-sector-cable-sc-017-d-pa-nr-2006/

³⁸⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/NR-2008 del 4 de septiembre de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:00 horas del 4 de septiembre de 2008) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-005-O-PA-NR-2008_040908_1200.pdf

³⁸⁸ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-009-D/PS/R-2010 – FARMACIAS EUROPEAS S.A. DE C.V. 3 de mayo de 2010. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:00 horas del 3 de mayo de 2010) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/recurso-de-revision-sc-009-d-ps-r-2010/

procedimental que debe regir en este tipo de instructivos y contra el elemento integral que también debe estar presente en toda interpretación jurídica”³⁸⁹.

“Por lo anterior, es dable afirmar que la invalidación de este procedimiento sancionador a razón de la ausencia de una investigación preliminar, es un argumento que carece de asidero legal y, por ello, habrá que rechazar tales alegaciones”³⁹⁰.

Hay que destacar que la legislación no dice cuál es el objetivo de las actuaciones previas, sin embargo pareciera que al igual que Ley de Defensa de Competencia española, es un estudio preliminar de procesabilidad que establece que el servicio podrá realizar diligencias preliminares para constatar su veracidad, y tras esas diligencias procederá a incoar expediente o archivar la denuncia.

Tenemos entonces que las actuaciones previas son indagaciones preliminares que permiten a la autoridad de competencia cumplir con su función de investigación y detección de posibles conductas contrarias a la competencia. En dichas actuaciones el Superintendente, se encuentra facultado para recolectar, requerir, examinar, inspeccionar y analizar la información y documentación necesaria para sus indagaciones, entre otros. Todo con el fin de verificar las circunstancias del mercado y determinar la existencia o no de suficientes indicios de prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley de Competencia.

De tal manera que se puede concluir que debido a su carácter preliminar, las actuaciones previas son eventuales y no constituyen un procedimiento sancionador. Lo anterior, debido a que no contienen imputación alguna; tampoco sustituyen al procedimiento que se debe instruir para deducir responsabilidades³⁹¹.

Luego de haber abordado el tema de las actuaciones previas es pertinente retomar la temática del procedimiento sancionatorio, a partir de todas sus fases que lo componen: Fase Inicial, Fase de Instrucción, Fase Decisoria.

Después de que es admitida la denuncia, comienza la Fase Inicial cuando el Superintendente de Competencia ordena el inicio del procedimiento y con la notificación al presunto infractor, para que ejerza su derecho de defensa, pudiendo contestar la denuncia ofreciendo los medios probatorios que considere pertinentes. Cuando es un procedimiento sancionador iniciado de oficio, al notificar al presunto infractor se le entregará copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas si las hubiere. En caso de que inicie por denuncia, se le entregará copia de la denuncia recibida en la Superintendencia de Competencia.

Posteriormente el presunto infractor tendrá un plazo de 30 días a partir de la notificación para una contestación de la denuncia, el presunto infractor al ofrecer la prueba que considere pertinente, Las pruebas que ofrezca el presunto infractor en el escrito de la contestación de la denuncia deberán expresar claramente el hecho o hechos que desea demostrar. También le

³⁸⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-009-D/PS/R-2010 – FARMACIAS EUROPEAS S.A. DE C.V. Óp. Cit.

³⁹⁰ Ibidem

³⁹¹ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

corresponderá el descargo de la prueba, es decir el probar que no existe la presunta práctica anticompetitiva por el cual está siendo investigado. Las pruebas deben de acompañarse:

- a) El pliego de posiciones,
- b) Los interrogatorios guías ara el examen de testigos,
- c) El lugar, los periodos, los objetos y documentos que deban ser examinados en el reconocimiento o inspección.
- d) En materia en la prueba pericial, si la hubiere, cuestionario de preguntas, si fuere necesario³⁹².

En vista de todo lo anterior es que los objetivos de actuación previa de la Superintendencia de Competencia es evitar posibles violaciones a la ley. No obstante se presenta a continuación para una mayor comprensión en el siguiente flujograma³⁹³.



4.4 Aportación de prueba en los procesos de sanción

La aportación de prueba en los procesos sancionatorios se materializa en la Fase de Instrucción, esta inicia luego de la contestación de la denuncia, cuando sea procedente, se ordena la instrucción del procedimiento mediante resolución motivada en concordancia al artículo 43 de la Ley de Competencia, la cual debe contener:

³⁹² Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

³⁹³ Véase Flujograma de Actuaciones Previas de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/actuaciones-previas/>

- a) El funcionario que ordena la instrucción con expresión de lugar y fecha de resolución;
- b) Nombramiento del instructor del procedimiento que actuará por delegación y del secretario de actuaciones que tendrá asimismo las atribuciones de notificador;
- c) Exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar; y
- d) Indicación del derecho de vista de las actuaciones, de alegar e invocar las leyes y demás motivaciones jurídicas que justifiquen lo actuado por el presunto infractor, a aportar pruebas de descargo, a hacer uso de la audiencia y de las demás garantías que conforman el debido proceso legal³⁹⁴.

Es importante establecer que en este caso el superintendente en el ejercicio de sus atribuciones podrá requerir el informe o la documentación relevante para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trata. El superintendente puede realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de esta Ley. En el curso de las inspecciones podrá examinar, ordenar compulsas o realizar extractos de los libros y documentos, incluso de carácter contable, y si procediere a retenerlos por un plazo máximo de diez días. En sus inspecciones podrá ir acompañado de peritos en las materias en que versen las investigaciones (Art. 44 Ley de Competencia)³⁹⁵.

En este punto es importante tomar en cuenta los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se cita:

“...el auto de instrucción que regula claramente el Art. 43 de la LC es un acto administrativo, es decir, un acto de autoridad pública, totalmente distinto en su naturaleza a la acción particular de un demandante, en donde únicamente debe indicarse de manera motivada una exposición sucinta de los hechos que justifican la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar, pero en ningún momento el legislador prescribió, como requisito de iniciación del procedimiento, la incorporación u ofrecimiento de prueba alguna. El C. Pr. C. M. sí lo establece para el supuesto de la demanda, según se explicó supra, pero la demanda civil y mercantil no es equiparable al auto de instrucción y, aunque lo fuere, el auto de instrucción está plenamente regulado en la LC y no debe ni tiene que complementarse con reglas del proceso común que ni siquiera le son aplicables. “...los elementos probatorios que deberá valorar el CD para resolver el asunto sometido a su conocimiento se irán recabando en la fase de instrucción, hasta antes de integrar el expediente, siendo la fuente de los mismos todos los intervinientes y, por supuesto, garantizando el cumplimiento del principio de defensa y contradicción...” no es posible acceder a la petición de Digicel de que este CD omita valorar toda la prueba instrumental y testimonial que se ha incorporado con posterioridad al auto de instrucción, ya que el ofrecimiento e incorporación de la prueba en la LC tiene características propias que lo legitiman y autorizan, y porque con ello tampoco se genera violación al principio

³⁹⁴ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

³⁹⁵ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Óp. Cit.

de contradicción y defensa de los investigados con la realización de medios probatorios que el Superintendente hizo en el transcurso de la investigación respetando el debido proceso...’’³⁹⁶.

La resolución que ordene la investigación se notificará al presunto infractor, observando las formalidades que para los actos de comunicación establece Art. 220. 3 del Código de Procedimientos Civiles, sobre esto último es de conocimiento que dicho cuerpo normativo ha sido derogado estando actualmente en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil, en ese orden de ideas esta la normativa que sería vinculante para informar y efectuar los actos de comunicación específicamente sería el Art. 183 del Código Procesal Civil y Mercantil, asimismo es posible por el principio de integración normativo, incluir en la referida diligencia la aplicación de los Art. 97 y 98 de la Ley de Procedimientos Administrativos³⁹⁷.

Lo anterior es debido a que para esta área del derecho administrativo en específico debemos de aplicar lo que establecido en el art. 33 de Reglamento de la Ley de Competencia, ya que estipula que en lo no previsto por la Ley de Competencia ni en su reglamento, se aplicarán supletoriamente, otras normas de derecho administrativo, los principios del derecho administrativo contenidos en la legislación vigente, el derecho común y los principios generales del derecho.

Habiendo aclarado lo antes mencionado es posible concluir que debido a lo que estipula el derecho común no es el único válido para darle una interpretación a los hechos que no se encuentren contemplados en la ley especializada para regular la Competencia, sino que la Superintendencia o mejor dicho el Consejo Directivo, al momento de dictar una resolución se puede valer de normas, de forma supletoria, es decir la que mejor encaje en los hechos controvertidos³⁹⁸.

En el acto de la notificación se le entregará al presunto infractor copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas, si las hubiere. En el caso de denuncia, también se le entregará copia de la denuncia. El presunto infractor dispondrá de un plazo de treinta días a contar de la notificación a que se refiere el inciso anterior para aportar las alegaciones, documentos e informaciones que estimen conveniente y propondrá los medios probatorios de los que pretenda hacerse valer y señalará los hechos que pretendan probar³⁹⁹.

Ahora es importante destacar sobre la oportunidad que tiene el denunciado ya que una denuncia por si sola es suficiente para establecer los hechos, es vital en un Estado Constitucional de derecho otorgar el derecho de defensa regulado principalmente en el art. 11 de la Constitución de la República el cual nos brinda una noción, en donde se puede encontrar regulado la el derecho de defensa y Contradicción; donde dice que nadie puede ser privado de la libertad sin ser previamente oído y vencido en juicio, por lo que las partes deben ser oídas, cuando son oídas garantizan la defensa, ya que una persona al ser acusada de algún suceso puede contradecir los

³⁹⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SSC-047-D/PS/R-2013 - DIGICEL, S.A. DE C.V. 14 de octubre de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 14 de octubre de 2015) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-047-d-ps-r-2013/

³⁹⁷ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Óp. Cit.

³⁹⁸ Roger Armando Hernández Mata, David Edgardo Peña Cruz y Alejandra Elizabeth Sánchez Paz, “El Respeto al Principio de Contradicción en el Procedimiento Sancionatorio ante la Superintendencia de Competencia” Óp. Cit.

³⁹⁹ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Óp. Cit.

hechos vertidos en juicio y así hacer uso de sus derechos, brindando una versión de lo ocurrido ofreciendo pruebas y poder demostrar su inocencia; la cual es evaluada por un juez y en este caso por medio del Consejo Directivo de la SC, art. 14 lit. a) Ley de Competencia.

En vista que el principio de defensa y contradicción, no se encuentre regulada en la LC de una forma literal, se encuentra como un principio fundamental, ya que debe existir una oposición entre la parte que acusa y la que se encuentra acusada; esto es aplicable en todo proceso que se sigue, como lo es en materia penal, administrativa, civil, laboral, etc. ya que a la persona que se le impute un hecho que va en contravención con la normativa del país y se presuma su culpabilidad debe ser oído y vencido en juicio. De no ser así se estaría violentando el derecho que tiene toda persona a defenderse⁴⁰⁰.

Así ha sido retomado en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que se cita a continuación: “...*el derecho de defensa, que asiste a todo investigado, tiene su concreción en la actividad probatoria que asume para efectos de desvirtuar las pruebas que obren en su contra. En este entendido, es absurdo pretender invocar la violación al derecho de defensa y, a la vez, adoptar una actitud procesal cómoda de negarse a aportar elementos que pudieran cambiar el sentido a una valoración probatoria, como lo sugieren los abogados en este punto, bajo la muy conveniente aseveración de que “no compete a (...) profundizar más e intentar demostrar su inocencia”*”.⁴⁰¹

Por otra parte cambiando de perspectiva, es también importante referirse a la defensa que pueden ejercer los agentes económicos denunciados. Y es que resulta evidente que, en algunos casos, las denuncias pueden no tener ningún fundamento fáctico.

Teniendo en cuenta que es un procedimiento administrativo con respeto del debido proceso y, por ello, se da la oportunidad de ejercer el derecho de audiencia y defensa del imputado.

Sobre el debido proceso es importante traer a colación los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que se cita a continuación:

“...*Al ordenarse la apertura del procedimiento sancionador e imputársele a uno o varios agentes económicos la presunta comisión de una o varias prácticas anticompetitivas, no constituye violación a ningún derecho, sino al contrario, es el desarrollo de dicho procedimiento el que permite que los sujetos investigados participen y se defiendan, tal como ha ocurrido en este caso. Y es que, esa es precisamente la lógica del legislador, al haber establecido en el artículo 43 de la Ley de Competencia los elementos que debe contener el auto de instrucción formal...*”.⁴⁰²

Con respecto al o los acusados de cometer una práctica anticompetitiva, estos tienen el plazo de 30 días calendario para presentar sus argumentos de defensa (art. 45 inc. 2 ° LC y arts. 67 y 86 del RLC). En este plazo, además, el denunciado podrá desacreditar los hechos no solo con

⁴⁰⁰ Roger Armando Hernández Mata, David Edgardo Peña Cruz y Alejandra Elizabeth Sánchez Paz, “*El Respeto al Principio de Contradicción en el Procedimiento Sancionatorio ante la Superintendencia de Competencia*” Óp. Cit.

⁴⁰¹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-012-O/PS/R-2013 - ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA, SEGUROS DE PERSONAS del 27 de mayo de 2015 Óp. Cit.

⁴⁰² Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/NR-2008 del 4 de septiembre de 2008 Óp. Cit.

argumentaciones jurídicas y económicas, sino también ofreciendo “los medios de prueba que considere pertinentes”, los cuales ayudarían a desvanecer las supuestas ilegalidades.

Ahora en relación con las pruebas que pueden producir ambas “partes” del procedimiento (así como de oficio la SC), podemos ver que el Reglamento de la Ley de Competencia establece como medios de prueba –a manera ejemplificativa– a los testigos, los peritos, los documentos y el pliego de posiciones, que resultan ser medio probatorios tradicionales. Ahora bien, es posible incorporar también medios de prueba atípicos como la declaración de parte, medios de almacenamiento y reproducción de la imagen y el sonido, fotos, mapas, croquis, etc. No obstante lo anterior, es importante tomar en cuenta lo señalado en el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Competencia citado, en cuanto a que, el derecho a probar no es ilimitado, la SC controlará la pertinencia de los hechos que se quieren acreditar y la idoneidad del medio probatorio para los fines propuestos. El plazo probatorio es de 20 días hábiles⁴⁰³.

Por esta razón el Art. 68 Reglamento de la Ley de Competencia dice en su inc. 1: *“Las pruebas que se ofrezcan en el escrito de contestación deberán expresar claramente el hecho o los hechos que se tratan de demostrar. Correrá a cargo del presunto infractor la realización de los actos necesarios tendientes al oportuno descargo de las pruebas, para lo cual la Superintendencia proveerá lo conducente.”* Lo cual tiene un plazo de veinte días para que se desfile toda la prueba y la SC haga su valoración, artículo 69 de la Reglamento de la Ley de Competencia.

Con respecto al tema de la prueba en la Ley de Competencia, se analizó en qué momento se realiza la Contradicción y su efectividad, dado que como se mencionó anteriormente el procedimiento se inicia por medio de denuncia u oficio, es indispensable comprender el funcionamiento de dicha prueba; principalmente porque cuando se habla de la realización de una investigación previa se recaba la información necesaria y puede que ella tenga un prejuicio sobre lo que ocurre con el posible infractor, pero al proporcionarle mecanismo para realizar sus alegatos la parte defensora puede cambiar el panorama al explicar de forma clara los sucesos de los cuales se le acusan⁴⁰⁴.

Inclusive el tema de la prueba ha sido retomado en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que para mayor comprensión se citan los siguientes:

“...el artículo 54 LC establece que en lo no previsto en dicha ley se sujetará a lo dispuesto por el derecho común, siendo este el Código Procesal Civil y Mercantil. En dicho Código, a diferencia de la LC, en su libro segundo, título segundo, capítulo cuarto, indica los medios probatorios: documentos, declaración de parte, interrogatorio de testigos, peritos, reconocimiento judicial y medios de reproducción del sonido, voz o de la imagen, y almacenamiento de información. Una vez producidos los medios probatorios en el transcurso de la instrucción del procedimiento, los hechos obtenidos deben ser valorados por el Consejo Directivo al momento de emitir la resolución final. Para ello la LC, en el inciso 3 del artículo 45,

⁴⁰³ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

⁴⁰⁴ Roger Armando Hernández Mata, David Edgardo Peña Cruz y Alejandra Elizabeth Sánchez Paz, “El Respeto al Principio de Contradicción en el Procedimiento Sancionatorio ante la Superintendencia de Competencia” Óp. Cit.

*establece que el sistema de valoración de prueba es la sana crítica, sistema de análisis que también es retomado en el citado Código Procesal Civil y Mercantil.*⁴⁰⁵.

*“La Superintendencia de Competencia dispone de diferentes medios probatorios para descubrir infracciones a la Ley de Competencia. Dentro de los principales medios para recolectar los elementos probatorios que se pueden mencionar están: registros y allanamientos, estudios de mercado, documentos que contengan información empresarial, declaraciones testimoniales de consumidores o competidores afectados por la conducta ilícita. En los procedimientos sancionadores desarrollados por la Superintendencia de Competencia, una vez reunidos todos los elementos probatorios, el sistema de valoración de prueba empleado es la sana crítica, artículo 45, inciso 3°, de la Ley de Competencia. Conforme a dicho sistema, toda la prueba se examina de forma integral y son considerados únicamente los elementos consecuentes y coherentes con el objeto de la investigación.”*⁴⁰⁶.

En relación con lo antes expuesto, el Consejo Directivo, tomara el proceso en sus manos y valorara la prueba de acuerdo a la sana crítica, art. 45 inc. 3) y 4), sobre los hechos vertidos en el proceso y así resolver sobre ellos para emitir una sentencia absolutoria o condenatoria, constitutiva de una sanción. Se observa que el Consejo Directivo tiene su obligación de valorar las pruebas ofrecidas por las partes para poder resolver a través de una sentencia, pero sobre ese tema se abordara en el siguiente acápite.

4.5 Valoración probatoria

En ese orden de ideas se llega a la fase final que es la valoración probatoria y la sentencia, tal como la Ley de Competencia lo estipula en el inciso 3° del artículo 45 que el análisis de las pruebas realizadas se hará bajo las reglas de la sana crítica. Dicha labor corresponde al Consejo Directivo de la SC al momento de emitir la resolución final, una vez que el expediente ha pasado por las etapas antes descritas (denuncia, defensa, plazo probatorio) y ha quedado debidamente integrado y ordenado⁴⁰⁷.

Es en esta etapa denominada Fase Decisoria, Luego de haberse instruido el procedimiento y producidas las pruebas y alegatos de las partes, el Consejo Directivo conoce sobre el asunto, teniendo 12 meses prorrogables, contados a partir del inicio de la investigación o la presentación de la denuncia para dictar resolución final⁴⁰⁸.

Para lo cual en la resolución final deberá incorporar los medios probatorios producidos, para determinar en efecto si las practicas investigadas son imputables y sancionables, entonces

⁴⁰⁵ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-O/PS/R-2010 – DIZUCAR, S.A. DE C.V. 24 de abril de 2012. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 24 de abril de 2012) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-010-o-ps-r-2010/

⁴⁰⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-021-D/PS/NR-2010 – ALIMENTOS GLOBALES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y MAYA CLEANING, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE. 1 de noviembre de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 1 de noviembre de 2011) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-010-o-ps-r-2010/

⁴⁰⁷ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

⁴⁰⁸ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

podemos apreciar tres grandes circunstancias que acontecen en el momento de realizar estas valoraciones:

1. Sistema de Valoración de prueba y Prueba Económica: de acuerdo con el Artículo 45 de la Ley de Competencia, El Consejo directivo realiza las valoraciones de medios probatorios en base a la sana crítica, lo que le permite incorporar en sus análisis la valoración de prueba económica que en muchos casos puede ser indirecta, tal como lo menciona en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que se citan. *“...debe acotarse que la inexistencia de prueba directa de una conducta no significa la inexistencia de esta, de ahí la importancia de las pruebas indirectas, que, en conjunto, son susceptibles de hacer las veces de aquella. De esa forma no es válido negar los resultados dañinos de una conducta anticompetitiva por el hecho que no se haya demostrado con evidencia directa. (...)*⁴⁰⁹.

2. Facultades de investigación, requerimientos de información, allanamientos, Visitas con previo aviso a los domicilios. El Superintendente de Competencia según el artículo 44 de la Ley de Competencia, puede realizar requerimientos de información e investigaciones necesarias para la debida aplicación de la ley, para lo cual puede:

A) previa autorización Judicial, realizar allanamientos en horas hábiles, ya sea personalmente o por medio de las personas que se autoricen para tal efecto, y si lo considerasen necesario podrán hacerse apersonar con auxilio de la fuerza pública.

B) inspecciones o visitas con previo aviso, el Superintendente de Competencia podrá requerir el consentimiento de los agentes económicos para ingresar a los recintos donde estos desarrollan su actividad económica, pudiendo realizar compulsas, extractos de libros, e incluso documentos contables, etc.

3. Regla Per sé y Regla de la Razón. Tal y como se ha visto a lo largo de esta investigación, para el análisis de prácticas anticompetitivas es necesario que en la resolución final, se realice el examen de las pruebas por medio de las valoraciones que manda la ley para cada tipo de práctica, en donde los Acuerdos entre competidores son analizados en base a la Regla per sé, y su análisis no va más allá de comprobar la existencia de la práctica, no así para las practicas verticales y el abuso de posición de domino, que en la resolución final deberá consignarse aquellas situaciones que llevaron a adjudicar la práctica mediante el uso de la Regla de la Razón, es decir el comprobar mediante prueba económica que hubo una afectación al mercado en detrimento de los consumidores⁴¹⁰.

Acerca del tema de la valoración probatoria, también lo menciona en los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que se citan

“En el sistema de la sana crítica, el juez, tribunal o autoridad no está vinculada a determinadas normas que de manera previa atribuyen específicos valores probatorios o que regulan un cierto número necesario de pruebas, sino que, bajo este sistema, fallan (resuelven)

⁴⁰⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-012-O/PS/R-2013 - ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA, SEGUROS DE PERSONAS del 27 de mayo de 2015 Óp. Cit.

⁴¹⁰ Superintendencia de Competencia, *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”* Modulo 4 Óp. Cit.

razonadamente y en el plazo prescrito por la ley, según las reglas de la lógica, el sentido común y su propia apreciación psicológica de los hechos introducidos al proceso a través de diferentes medios de prueba. “...como lo ha sostenido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de este país, en el sistema de la sana crítica se evalúan “las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca” y aplicando todo al caso concreto (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 25-XI-1999, Ref. 36-L-98)”⁴¹¹.

“...con base en el sistema de valoración de la sana crítica todos los medios probatorios recopilados durante la tramitación del procedimiento deben ser examinados de manera integral y en la resolución final deberán constar aquellos elementos que -luego de haber sido analizados en su conjunto- serán consecuentes y coherentes con el objeto de la investigación, y que lleven a determinar si ha existido o no ese concierto de voluntades entre dos o más competidores para limitar la competencia...”⁴¹².

Teniendo en cuenta lo anterior, en el ámbito jurídico, específicamente en el judicial, constantemente los jueces emiten resoluciones en el desarrollo de los juicios. Al final de éstos, resuelven el asunto controvertido por medio de una sentencia, la cual contiene, en esencia el relato de lo acontecido en el caso, los argumentos centrales de las partes, el derecho aplicable y las conclusiones respectivas luego del análisis de los anteriores elementos.

Del mismo modo en los procedimientos administrativos, en específico los sancionadores, sucede algo similar: las autoridades administrativas (ya sean estas alcaldías, ministerios, autónomas, etc.) emiten resoluciones que van impulsando dicho procedimiento, hasta llegar al final, momento en el cual se pronuncian sobre el asunto sometido a su conocimiento, mediante una resolución final. En este tipo de resoluciones es cada vez más común observar estructuras parecidas a las judiciales: hay una relación de lo acontecido, se citan las disposiciones de la ley que sirven de base para resolver, se ponen de manifiesto los argumentos de los administrados y se decide el asunto⁴¹³.

De todo lo dicho anteriormente es posible sintetizar el procedimiento sancionador de la siguiente manera, si es admitida a trámite una denuncia se da oportunidad para que el agente económico señalado de haber cometido una práctica anticompetitiva se defienda; se abre un plazo probatorio, en donde se recopila información de los elementos que ayuden a demostrar o desacreditar la existencia de dicha práctica; finalmente, el expediente se eleva al Consejo Directivo (CD) de la Superintendencia de Competencia para que emita la resolución final, en la cual se puede “absolver” al agente económico investigado o condenarlo al pago de una multa por violación a la Ley de Competencia, con el correspondiente orden de cese de la práctica ilegal.

Ahora bien sobre el último punto señalado en el párrafo anterior, conveniente es comentar que para determinar si existe una práctica anticompetitiva implica algo más que analizar meros

⁴¹¹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-039-O/PS/NR-2012 - HOTELES Y DESARROLLOS, S.A. DE C.V.; HOTELES E INVERSIONES, S.A. DE C.V.; HOTELES DE CENTRO AMÉRICA, S.A. DE C.V.; y COMPAÑÍA HOTELERA SALVADOREÑA, S.A. 22 de octubre de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:20 horas del 22 de octubre de 2015) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc039opsnr2012>

⁴¹² Ibidem

⁴¹³ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

argumentos o disposiciones normativas, por lo que en las resoluciones de la SC es posible encontrar aspectos atípicos. En efecto, dentro de la resolución final, por ejemplo, se caracteriza el mercado relevante (producto o servicio y el área geográfica donde se ha llevado a cabo la supuesta práctica anticompetitiva) y, para ello, es necesario utilizar datos, gráficos, cuadros, que ejemplifique la cadena de valor, las participaciones de mercado, entre otros aspectos económicos. Además, para dejar plena constancia de las pruebas utilizadas, se consolidan datos, precios, se incluyen imágenes de documentos, agendas, croquis, etc.

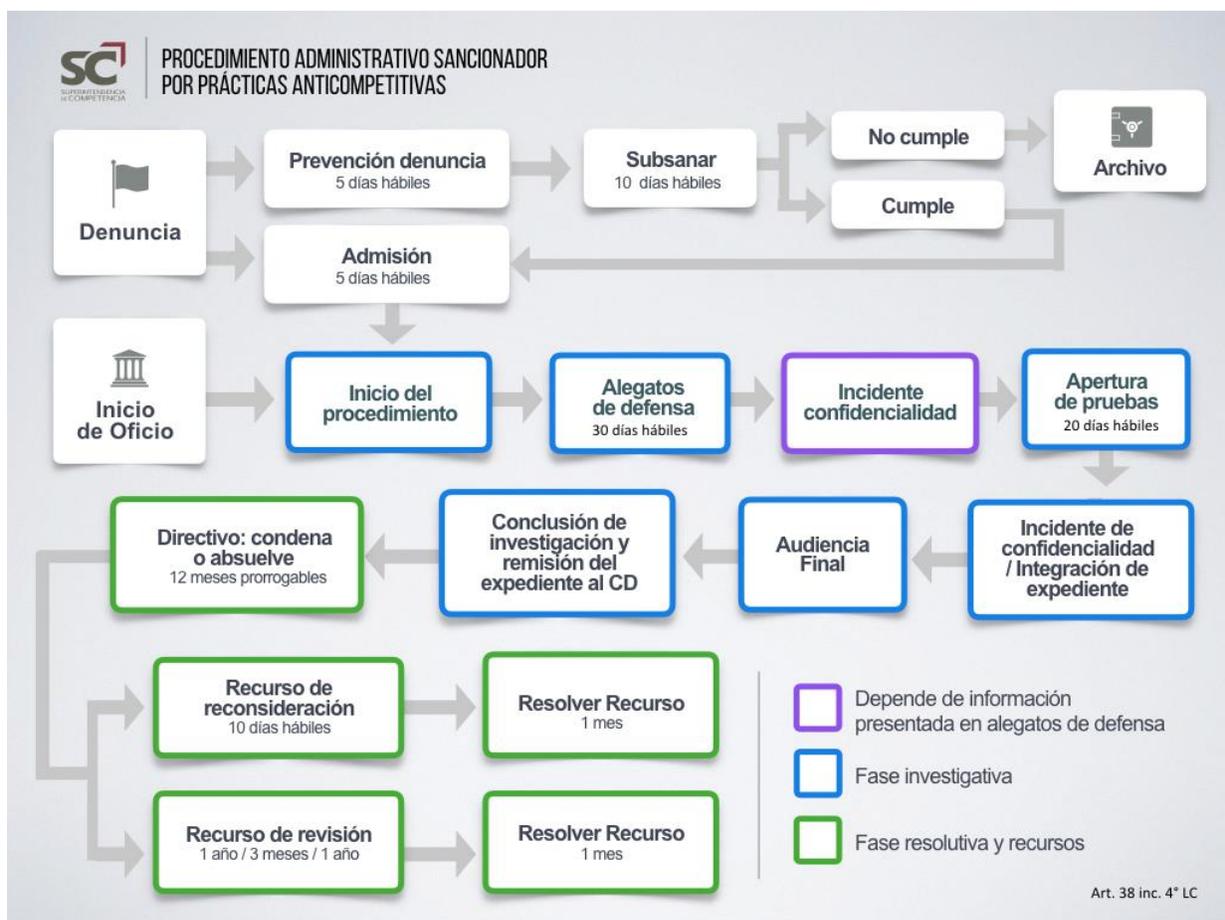
Por eso se trae a colación otro de los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia sobre este tema.

“De conformidad a los artículos 44 inciso segundo de la Ley de Competencia y 47 de su reglamento, esta Superintendencia está facultada para realizar inspecciones en los locales de personas naturales y jurídicas. En dichas actuaciones, esta Superintendencia tiene la potestad de examinar registros, bienes, documentos, ordenar compulsas, realizar extractos de libros y documentos incluso de carácter contable-, retener documentos hasta por un plazo máximo de diez días y tomar la declaración de las personas que se encuentren en los lugares inspeccionados. A partir de lo previsto en el artículo 69 inciso segundo del Reglamento de la Ley de Competencia, la práctica de una diligencia probatoria deberá notificarse a los interesados con una anticipación mínima de veinticuatro horas a la realización de la misma. Asimismo, según lo dispuesto en el artículo 47 inciso final del reglamento citado, es obligatorio suministrar los datos, documentación y colaboración requeridas por la Superintendencia, de lo contrario, es procedente imponer la sanción prevista el artículo 38 inciso segundo de la Ley de Competencia.”⁴¹⁴.

En vista de todo lo anterior es que las resoluciones finales de la Superintendencia de Competencia se vuelvan muy extensas y salgan de lo común. No obstante se presenta a continuación para una mayor comprensión en el siguiente flujograma⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-004-D/PA/R-2006 ACUMULADAS - ASDPPESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED. Óp. Cit.

⁴¹⁵ Véase Flujograma de Procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/procedimiento-sancionador-de-practicas-anticompetitivas/>



4.6 Efectos disuasivos para competidores

Con respecto al tema de las sanciones estas son las consecuencias de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, la Superintendencia de Competencia tiene la facultad de imponer sanciones, siempre que se compruebe la existencia de una práctica anticompetitiva⁴¹⁶.

En este punto al hablar de los efectos disuasivos para los competidores, lo que se pretende acá es desarrollar dos aspectos el 1) La Sentencia Definitiva como modo normal de finalización de un proceso, específicamente el proceso, y 2) Cuando esa sentencia definitiva tiene una resolución de carácter condenatorio ya que ahí es donde se establece una multa o sanción al sujeto infractor de la norma, entonces acá esta sentencia además de resolver la situación jurídica de las partes procesales, la multa tiene como propósito tener un efecto disuasivo a fin de que la parte que ha sido condenada cese o se abstenga de realizar actos que atente contra la sana competencia⁴¹⁷.

Como ya se ha advertido a lo largo de esta investigación, en la Ley de Competencia existen procedimientos administrativos sancionadores. En ellos, al igual que en los demás del mismo género, se desarrollan una serie de etapas que finalmente desembocan en la emisión de una

⁴¹⁶ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

⁴¹⁷ Ibidem

resolución final; por ejemplo, en el caso de prácticas anticompetitivas al comprobarse las mismas se debe sancionar al infractor⁴¹⁸, es por ello que a continuación para sancionar se debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Gravedad de la infracción.
- b) Daño causado.
- c) Efecto sobre terceros.
- d) Duración de la práctica anticompetitiva.
- e) Dimensiones del mercado.
- f) Reincidencia.

A propósito de este tema eso se trae a colación los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se citan:

“...No debe restarse importancia a las implicaciones que la proporcionalidad exige en relación con la gravedad de la infracción, a la luz de la cual el establecimiento de sanciones pecuniarias también debe tener en cuenta que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Caso contrario, las multas vendrían a ser inservibles. (...) Una multa menor, como lo pretenden los abogados recurrentes, burlaría el sentido teleológico de las sanciones en materia de prácticas anticompetitivas, la cual debe ser, sobre todo, disuasiva.”⁴¹⁹.

“...la calificación de particular gravedad de la infracción comprobada responde a la suma de todos los elementos (criterios) valorados en su conjunto en el romano indicado supra. En ese sentido, esta medida de gravedad no solo se encuentra vinculada al tipo de ilícito que en este caso se ha reconocido como una de las modalidades o prácticas más dañinas al mercado y a la competencia –y que por ello, en muchas jurisdicciones se analiza bajo la aludida regla per se– sino que, en razón todas las causales expuestas, tales como: su magnitud, el grado de trascendencia alcance, perjuicios directos y colaterales, así como su duración, se concluyó que dicha infracción revestía un carácter de particular gravedad, y así se razonó en la resolución final respectiva.”⁴²⁰.

Es importante establecer que en cuanto a las multas, la Superintendencia de Competencia impondrá una multa al infractor teniendo en cuenta los criterios anteriormente mencionados, teniendo la multa un monto máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, que equivale a \$1,825,000 dólares de los Estados Unidos de América. No obstante la

⁴¹⁸ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

⁴¹⁹ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-012-O/PS/R-2013 - ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA, SEGUROS DE PERSONAS del 27 de mayo de 2015 Óp. Cit.

⁴²⁰ Ibidem.

regla anterior, cuando la práctica cometida revista particular gravedad, la Superintendencia de Competencia puede:

- a) Imponer una multa hasta al seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor.
- b) Imponer una multa hasta al seis por ciento del valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior.
- c) Imponer una multa equivalente a un mínimo de dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquier que resulte más alta⁴²¹.

Con respecto al criterio de proporcionalidad de la multa es procedente remitirse a los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se citan:

“...es necesario imponer una multa cuyo monto no exceda el límite razonable que viene dado por la gravedad de la infracción, el daño causado, efectos sobre terceros y duración de la práctica. Además, es necesario que la sanción económica a imponer no sea de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados.”⁴²².

Al mismo tiempo además de la sanción pecuniaria, se ordenará el cese de la práctica anticompetitiva y además la Superintendencia de Competencia está facultada para imponer sanciones conductuales y estructurales según el art. 38 inciso tercero de la Ley de Competencia, lo anterior se establecerá en la resolución final emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

Acerca del anterior criterio es procedente remitirse a los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se citan:

“...en razón de la gravedad de la infracción cometida, y aunque no sean aplicables otros criterios ejemplificados en el artículo 37 de la Ley de Competencia, la multa a imponer en el presente caso tiene que ser de una magnitud suficiente para disuadir a los agentes económicos de abstenerse de cometer este tipo de prácticas dañinas a la competencia, por lo que el monto que correspondería imponer ascendería a 3000 salarios mínimos urbanos en la industria.

Sin embargo, es preciso expresar que la sanción económica no debe ser de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados (relación razonable o proporcionada de la medida). Por lo anterior, es necesario considerar, además de los criterios explícitamente planteados en el artículo 37 citado, la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo. Y es que dicho artículo no prescribe una enumeración

⁴²¹ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

⁴²² Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-D/PS/R-2010 Óp. Cit.

cerrada de criterios, sino más bien una lista abierta que posibilita incorporar, jurisprudencialmente, otros elementos pertinentes.”⁴²³

De igual forma también pueden imponerse las mismas sanciones a los agentes económicos que no soliciten autorización de una concentración cuando estaban obligados a hacerlo.

En el caso de que exista incumplimiento de condiciones en los casos de concentraciones económicas, se puede imponer una multa de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día que transcurra sin que se cumpla con lo ordenado.

Respecto al caso de los agentes económicos que no prestan colaboración a la Superintendencia de Competencia mientras actúa dentro de sus atribuciones legales, la multa a imponer podrá ser hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso en la entrega de la información requerida por la Superintendencia de Competencia.

Para terminar como ya se citó anteriormente, para aquellos que interpongan una denuncia incoando hechos falsos para dañar a un agente económico, la multa podrá ser hasta el mismo monto que las prácticas anticompetitivas⁴²⁴.

4.7 Procedimiento por otras infracciones a la Ley de Competencia y otros procedimientos

Con respecto al procedimiento sancionatorio denominado “por otras infracciones a la Ley de Competencia” se refiere a las transgresiones a la misma que, sin tratarse de la comisión de conductas dañinas a la competencia (prácticas anticompetitivas), son violaciones a sus disposiciones⁴²⁵.

Conviene entonces establecer cuáles son esas otras infracciones comprenden las acciones u omisiones a obligaciones que impone la Ley de Competencia, a saber:

a) La falta de solicitud de autorización previa de aquellas concentraciones económicas que requiriéndola no la solicitaren los agentes económicos intervinientes en esa operación (Art 38 inciso 4° Ley de Competencia);

b) El incumplimiento con lo ordenado en la resolución final dictada en procedimientos de autorización de concentración económica por parte del agente económico a quien se le condicionó la solicitud de autorización o lo haga de manera incompleta, incorrecta, falsa o engañosa (Art. 38 inciso 5° Ley de Competencia);

⁴²³ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-D/PS/R-2010 – SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, S.A. 30 de agosto de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 22 de octubre de 2011) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc031dpsr2010>

⁴²⁴ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Óp. Cit.

⁴²⁵ Superintendencia de Competencia “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2> <http://ecompetencia.sc.gob.sv>

c) La falta de colaboración o la colaboración prestada, deliberada o negligentemente, de forma incompleta o inexacta deliberadamente o por negligencia, de parte de las personas a quienes se les requiere información y/o documentación (Art. 38 inciso 6° Ley de Competencia);

d) El incumplimiento a una medida cautelar ordenada de conformidad a la Ley de Competencia (Art. 38 inciso 6° Ley de Competencia); y

e) La interposición de una denuncia utilizando datos o documentos falsos con la intención de limitar, restringir o impedir la competencia (art. 38 inciso 7° Ley de Competencia)⁴²⁶.

Previo a iniciar el análisis de “las otras infracciones”, es importante resaltar la obligación de prestar colaboración a la SC establecida en el art. 58 de la Ley de Competencia, relacionado con el art. 47 inciso 3° del RLC, es la que más se transgrede.

Art. 50 LC: “Todos los organismos gubernamentales y demás autoridades en general, así como cualquier persona están en la obligación de dar el apoyo y colaboración necesaria a la Superintendencia, proporcionando toda clase de información y documentación requerida en la investigación por la violación a los preceptos de esta Ley.”.

Art. 47 inc. 3° RLC: “La Superintendencia podrá solicitar información a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, así como a las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública, quienes están obligados a suministrar los datos, documentación y colaboración que requiera la Superintendencia; dicha información podrá ser confrontada con la obtenida por otros medios.”.

La falta de colaboración contemplada en su Art. 38 inc. 6°, el cual se analizará seguidamente de acuerdo a los considerandos resolutivos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que a continuación se citan:

“...en el supuesto que un sujeto, por negligencia o de manera deliberada, no brinde la colaboración requerida por la Superintendencia o lo haga de forma incompleta o inexacta procede, como consecuencia, la imposición de una sanción pecuniaria cuyo cálculo se determina en función de dos factores: el número de días contados desde la fecha en la que el sujeto incurrió en mora en la prestación completa y exacta de la colaboración requerida, hasta la fecha en la que el infractor cumplió con el requerimiento en su totalidad; y, el monto del salario mínimo mensual urbano en la industria vigente a la fecha en la que se impone la multa (pudiendo ser un máximo de hasta diez días) por cada día de retraso.”⁴²⁷.

Tenemos entonces que se inicia el Procedimiento cuando se trate de infracciones por falta de colaboración o por colaboración prestada, deliberada o negligentemente, de forma incompleta

⁴²⁶ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

⁴²⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-026-M/R-2008 – COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. (CTE). 19 de enero de 2009. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:55 horas del 19 de enero de 2009) <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/sancionado-proceso-sancionador-por-falta-de-colaboracion-en-investigacion-relativa-al-mercado-de-telecomunicaciones-de-telecomunicaciones-de-el-salvador-sc-026-o-m-r-2008/>

o inexacta (Art. 38 inciso 6° Ley de Competencia) se aplicará el Art. 77 de Ley de Procedimientos Administrativos⁴²⁸, el cual establece lo relativo a

“Resolución de Cuestiones Incidentales”

Art. 77.- El órgano que se encuentre conociendo del procedimiento, resolverá todas las cuestiones incidentales que surjan en su desarrollo, aunque entren en la competencia de otras autoridades administrativas, en cuyo caso será necesaria la previa consulta a dichas autoridades, que se evacuará en el plazo máximo de diez días.

“Tales cuestiones incidentales no suspenderán el procedimiento, salvo en el caso de recusación y abstención.”⁴²⁹.

Lo anterior se debe al hecho que el conocimiento de estas infracciones es un incidente dentro de los principales procedimientos administrativos que desarrolla la mencionada Ley de Competencia, a saber: procedimientos administrativos sancionadores por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas y el procedimiento de autorización de concentraciones económicas el cual se desarrollara más adelante. Ahora bien en estas infracciones de falta, incompleta o inexacta colaboración, la prueba es preconstituida: los días de atraso en no proporcionar la información y/o documentación requerida por la SC o los días de atraso en proporcionar la información de forma incompleta o inexacta.

En cuanto a todos los actos que se realicen, tal y como se apuntó anteriormente deben darle estricto cumplimiento al debido proceso, deberá iniciarse el procedimiento correspondiente que garantice a los investigados sus derechos constitucionales de audiencia y de defensa.

Esto es con firme propósito de comprobar las razones por las cuales les impidieron cumplir con la obligación de dar apoyo y colaboración a la Superintendencia establecida en el art. 50 y sancionada en el 38 inciso 6°, ambos de la LC, así como aplicar los criterios de valoración que prescribe el art. 37 del mismo cuerpo legal⁴³⁰.

Sin embargo, cuando se trata de cualquiera de las otras infracciones descritas en los incisos 4°, 5° y 7° del Art. 38 de la Ley de Competencia, el procedimiento administrativo sancionador iniciará de oficio por la SC conforme al art. 64 de la Ley de Procedimientos Administrativos cuyo tenor literalmente dispone:

“Iniciación”

Art. 64.- El procedimiento podrá iniciarse:

1. Por decisión propia de la autoridad competente, como consecuencia de orden superior, o a petición razonada de otros órganos o funcionarios;

⁴²⁸ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018

⁴²⁹ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

⁴³⁰ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

2. A petición del interesado; y,
3. Por denuncia de particulares.

“En cuanto a la iniciación a petición del interesado, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.”⁴³¹.

Ahora bien, es importante puntualizar que el Art. 73-A del RLC⁴³² prescribe: *“Para imponer las sanciones previstas en los incisos quinto, sexto y séptimo del Art. 38 de la Ley, el Consejo deberá actuar de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.”*

En relación a la normativa antes citada, la Ley de Procedimiento para la imposición del arresto o multa Administrativos fue derogada expresamente por el art. 163 letra a) de la Ley de Procedimientos Administrativos.

De igual forma como en todo proceso este debe de seguirse a través de etapas y plazos y la obligatoriedad de los mismos, es por eso que de conformidad al art. 80 de la LPA, los términos y plazos del procedimiento administrativo son obligatorios y perentorios para la Administración y para los particulares, así como también los actos que se realicen debe hacerse en días y horas hábiles de conformidad al art. 81 del citado cuerpo legal que manda que los actos, tanto de la Administración como de los particulares, deberán llevarse a cabo en días y horas hábiles. Sin embargo hay condiciones que puede devenir en una prórroga de plazos, según el art. 83 de la LPA, que establece que *“los plazos legales pueden prorrogarse de oficio o petición de interesado por medio de resolución razonada”*. No obstante, los plazos para emitir resoluciones finales o para interponer recursos son improrrogables⁴³³.

En cuanto al tema probatorio se ha establecido en el proceso sancionatorio mencionado en los apartados anteriores de este capítulo, en el que constan las facultades que tiene el Superintendente De acuerdo con el art. 44 de la LC.

No obstante lo anterior es importante destacar la facultad conferida el art. 13 letra r) de la LC que establece la posibilidad de: *“r) Llevar a cabo registros o allanamientos, para lo cual el Superintendente deberá presentar la solicitud correspondiente al Juzgado de lo Contencioso Administrativo con competencia en la circunscripción territorial de la localidad en donde se encuentra el inmueble o inmuebles que se pretenden registrar o allanar”⁴³⁴;*

Y es que con respecto al procedimiento inclusive el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia ha acotado en sus considerandos resolutivos lo siguiente

“a) La fase preliminar es una atribución de carácter investigativo –no formal- a cargo del Superintendente; la misma está contemplada en el artículo 41 de la Ley de Competencia y constituye básicamente la ejecución de actividades tendientes a recabar información de los

⁴³¹ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

⁴³² Reglamento de Ley de Competencia Óp. Cit.

⁴³³ Superintendencia de Competencia, *“Introducción al estudio del Derecho de Competencia”* Modulo 5 Óp. Cit.

⁴³⁴ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

agentes económicos o autoridades vinculadas con el mercado investigado, entrevistas, reuniones y visitas, entre otras. Debe aclararse que la información recabada se limita a ilustrar –al interior de la Superintendencia- respecto de la presencia o ausencia de indicios de prácticas anticompetitivas en determinado mercado; ningún aspecto producido como resultado de la actividad institucional en el marco de esta actividad puede constituir prueba en el procedimiento sancionador formal.

b) Con la robustez de suficientes indicios, la Superintendencia pasa a la etapa de un procedimiento; ahora sí, de carácter formal, el cual inicia con una resolución del Superintendente, quien es la autoridad legalmente facultada para dar trámite a la misma y en la cual se atribuye la comisión de una práctica anticompetitiva a un sujeto de derecho en particular.”⁴³⁵.

Retomando el tema de la prueba es importante traer a discusión lo establecido en el art. 106 de la LPA⁴³⁶ que establece:

Medios de prueba y período

Art. 106.- Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere, el Código Procesal Civil y Mercantil.”

Inc. 2°. Se practicarán en el procedimiento todas las pruebas pertinentes y útiles para determinar la verdad de los hechos, aunque no hayan sido propuestas por los interesados y aun en contra de la voluntad de éstos”.

Inc. 3°. Las pruebas serán valoradas en forma libre, de conformidad con las reglas de la sana crítica; sin embargo, para el caso de la prueba documental, se estará al valor tasado de la misma en el derecho procesal común”.

Inc. 4°. El instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados, cuando sean manifiestamente impertinentes o inútiles, mediante resolución motivada.”⁴³⁷.

De igual manera se refiere en similares términos, el art. 46 del RLC⁴³⁸, sin embargo, con relación al plazo probatorio, se debe ajustar a los parámetros que establece el art. 107 de la LPA “Se acordará la apertura a prueba por un plazo no superior a 20 días ni inferior a 8, a fin de que puedan ofrecerse y practicarse cuantas se juzguen legales, pertinentes y útiles”⁴³⁹.

Al respecto del tema de la prueba el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia ha acotado en sus considerandos resolutivos lo siguiente:

⁴³⁵ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/M/NR-2007 – QUIMEX, S.A. DE C.V. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:15 horas del 10 de abril de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-005-o-m-nr-2007/

⁴³⁶ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

⁴³⁷ Ibidem

⁴³⁸ Reglamento de Ley de Competencia Óp. Cit.

⁴³⁹ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

“En este tema, es oportuno aclarar a Hoteles e Inversiones que en un procedimiento no puede presentarse cualquier documento o información como prueba. Los medios de prueba tienen que estar directamente relacionados con el objeto de la investigación. En el presente caso, el objeto de la investigación quedó delimitado en el auto de instrucción emitido el doce de febrero del año en curso, específicamente en su considerando II: esclarecer si hubo o no incumplimiento al deber de colaboración con los datos ahí detallados; por ello, cualquier información o documentación que no estuviera orientada a tal objeto era información o documentación irrelevante”⁴⁴⁰.

4.7.1 Procedimiento de Imposición de Medidas Cautelares

En relación, cuando se trata de la imposición de medidas cautelares o de su incumplimiento, ya que en todo proceso se puede hacer uso de la medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, tomando siempre en base del “fumus boni iuris” y del “periculum in mora”⁴⁴¹.

A manera de ejemplo La Ley de la Defensa de la Competencia Española en su Art 45 Ley de Defensa de Competencia establece un procedimiento cautelar muy rápido para asegurar la eficacia de las resoluciones que se dicten, estableciendo un período máximo de seis meses, la cesación de la práctica. Establece además el artículo 45.1 que el procedimiento únicamente puede ser iniciado por el Servicio de Defensa de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, sin embargo, la decisión del Servicio de no proponer la adopción de medidas cautelares podrá ser recurrida ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en razón de que puede provocar indefensión de aquellos. En el caso de que sean los interesados quienes propongan las medidas cautelares se le podrá exigir la prestación de fianza⁴⁴².

En nuestro país de acuerdo a lo que establece el Art. 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, es facultad de Superintendente conforme a los Arts. 13 letra s) y 41-A de la Ley de Competencia dictar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final. Es decir, cuando exista un riesgo inminente para el mercado que pudiera tener como consecuencia:

- a) La limitación de la competencia;
- b) Obstáculos a la entrada de un agente económico al mercado de que se trate;
- c) El desplazamiento de un agente económico, o que,
- d) La conducta detectada pudiera producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos.

⁴⁴⁰ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-008-O/M/NR-2014 - HOTELES E INVERSIONES, S.A. DE C.V. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:30 horas del 23 de abril de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-del-recursosc-008-o-m-nr-2014/

⁴⁴¹ José María Asencio Mellado, *“La Prisión Provisional”*, 1° Edición, Editorial Civitas SA Madrid España, 1987.

⁴⁴² Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, *“Manual sobre Derecho de Competencia”* Óp. Cit.

De igual manera podrán ordenarse en cualquier momento durante la instrucción del procedimiento sancionatorio, mediante resolución motivada. Las medidas cautelares podrán consistir en.

- a) Suspensión temporal de actividades;
- b) Sujetar determinados productos o servicios a condiciones en particular;
- c) Así como, cualquier otra de las contenidas en las normas vigentes y que pudieren ser aplicables al caso⁴⁴³.

Estas medidas se mantendrán mientras persistan las causas que dieron origen a su adopción. Sin embargo por su parte, el Art. 78 de la LPA al respecto, establece también la posibilidad de Adopción de Medidas Provisionales retomando los fundamentos para su adopción establecidos al inicio de este apartado los cuales son: a) Que exista apariencia de buen derecho y b) Peligro, lesión o frustración por demora.

Cuando observamos las causas o consecuencias que el legislador establecido en la LC para la adopción de las medidas cautelares, es fácil concluir que se equiparan a las mencionadas por la LPA.

Por ejemplo cuando se da un caso de “La limitación de la competencia, los obstáculos a la entrada de un agente económico al mercado de que se trate, el desplazamiento de un agente económico” que se advierten el Art. 41-A de la LC, se demuestran cada una “que existe apariencia de buen derecho” del Art. 78 inc. 1° de la LPA.

Otro ejemplo sería cuando hay un caso de “el peligro, lesión o frustración por demora” que señala este último artículo corresponden” a “que la conducta detectada pudiera producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos”, apuntada por la LC.

Dentro de los aportes de la LPA⁴⁴⁴ con relación a este punto, que la Ley de Competencia regula en forma distinta ya que solo exige una causa o consecuencia para que se decrete la medida provisional, al utilizar la conjunción “o”, en su Art. 41-A, in fine. En cambio, la LPA manda que se cumplan ambos requisitos para dictar una medida cautelar, ya que usa la conjunción “y”; con un requisito no se puede decretar tal medida⁴⁴⁵.

4.7.2 Procedimiento de cobro de multas

Previo a iniciar el desarrollo de este ítem, cabe hacerse este cuestionamiento ¿Por qué se aplican multas a las empresas que no juegan limpio? Esto es en razón al cometimiento de infracciones a la ley de competencia, sin embargo es importante dejar claro que la sanción deriva de los elementos recabados en la investigación, la SC realiza un análisis técnico, jurídico y

⁴⁴³ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

⁴⁴⁴ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

⁴⁴⁵ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

económico para determinar la existencia o no de las prácticas anticompetitivas investigadas, derivando en el caso de que se cumplan los presupuestos sea condenado el infractor y sancionado con la imposición de una multa⁴⁴⁶.

Para la materialización del cobro de multas este puede hacerse por la vía administrativa o por la vía jurisdiccional, para ello es importante remitirse a lo que disponen los arts. 73 y 74 del RLC⁴⁴⁷ disponen que:

“Art. 73 Si en la resolución se condenare al infractor al pago de una multa, ésta deberá cancelarse en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda, dentro de los ocho días siguientes al de la fecha de la notificación de la resolución.

El obligado al pago deberá presentar a la Superintendencia original y fotocopia del recibo de ingreso emitido por la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda o de cualquier otra Colecturía autorizada, a más tardar tres días después de efectuado el pago, como constancia de cumplimiento de su obligación”

“Art. 74.- Transcurridos los términos anteriores sin que se compruebe el pago de las multas, el Superintendente solicitará al Fiscal General de la República que los adeudos respectivos se hagan efectivos por la vía de ejecución. Para tal fin, la certificación de la resolución final tendrá fuerza ejecutiva, a la cual se le adjuntará constancia que a la fecha no se ha realizado el pago.”

Es en el art. 74 del RLC recién citado que establece que el cobro coactivo de las multas impuestas, estableciendo una facultad y un papel de actuación que corresponde a la Fiscalía General de la República, iniciar la recuperación del adeudo por la vía administrativa o por la vía judicial, con la certificación de la resolución final (que vale mencionar esta tiene fuerza ejecutiva), junto con la constancia que a la fecha no se ha realizado el pago⁴⁴⁸.

Como una política de transparencia la SC ha publicado datos estadísticos sobre multas sancionadas, con el propósito de darle seguimiento a los casos en los que se han impuesto las mismas, no obstante no es un dato relevante de introducir en este trabajo, si se considera conveniente establecer el enlace para futuras consultas.⁴⁴⁹

En consonancia con los procedimientos para cobrar las multas se trató en los párrafos anteriores. La LPA dispone en el art. 32 el fundamento de los medios de ejecución de los actos administrativos en general que impongan obligaciones a los administrados y dentro de estos, los aplicables a las sanciones económicas, estructurales o de comportamiento que imponga la SC:

Art. 32.- Los medios de ejecución de los actos administrativos que impongan obligaciones a los administrados serán los siguientes:

⁴⁴⁶ Superintendencia de Competencia de El Salvador “Manual Prácticas Anticompetitivas en el marco de la Ley de Competencia” acceso el 25 de julio de 2021 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/practicas-anticompetitivas/

⁴⁴⁷ Reglamento de Ley de Competencia Óp. Cit.

⁴⁴⁸ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

⁴⁴⁹ Véase cuadro de multas impuestas por la Superintendencia de Competencia acceso el 25 de julio de 2021 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/cuadro-de-multas-04052021/

a) *Ejecución sobre el patrimonio del administrado, cuando se trate de un crédito líquido o multa a favor de la Administración, lo cual se hará siguiendo el trámite para la ejecución forzosa previsto en el Código Procesal Civil y Mercantil. Para este efecto será título de ejecución la certificación del acto expedido por el funcionario competente. Deberá conocer el Tribunal de lo Civil y Mercantil que resulte competente de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil. Cuando la obligación sea personalísima, el obligado no la cumpla y no proceda la compulsión directa sobre la persona, la Administración podrá exigir indemnización de daños y perjuicios, y seguirá el procedimiento antes indicado en caso de que no se produzca el pago voluntario de la indemnización*⁴⁵⁰.

Por otra parte es válido agregar que Cabe agregar que las empresas que cometan un acuerdo entre competidores pueden acogerse al programa de clemencia de la SC, cumpliendo los requisitos establecidos en el Art. 39 de la Ley de Competencia. La SC puede garantizar la posibilidad de la aplicación de clemencia únicamente al primer solicitante de este beneficio, quien debe proporcionar la prueba de la existencia del acuerdo y de su participación en el mismo, debiendo además cooperar por completo con la investigación.

Asimismo la Superintendencia de Competencia en contraprestación por la colaboración del infractor, puede eximir a la empresa de la aplicación del criterio de gravedad que establece la LC para los carteles, al momento del cálculo de la multa⁴⁵¹.

Este concepto es muy similar a lo que se conoce en el derecho penal como criterio de oportunidad establecido en el Art. 19 del Código Procesal Penal.

Sobre este último punto los programas de clemencia o inmunidad son un instrumento utilizado en la lucha contra los carteles para incentivar las denuncias de los participantes en el mismo, a cambio de inmunidad (exención) o de reducción de las multas.

Otra forma de entender el programa de clemencia o inmunidad es un tipo de beneficio que se otorga al agente económico que reconoce, ante una autoridad de competencia, su participación en un acuerdo entre competidores, y que consiste en no aplicar o reducir las sanciones estipuladas por las legislaciones de competencia o penales por este tipo de prácticas⁴⁵².

En nuestro país, únicamente se contempla el programa de clemencia como una reducción de la multa administrativa, no existiendo la posibilidad de la exención. El programa de clemencia fue introducido en el artículo 39 de la Ley de Competencia (LC), mediante las reformas hechas a dicha ley en el año 2007.

De acuerdo al referido texto normativo, la clemencia existe para aquel agente económico que haya incurrido en una práctica anticompetitiva entre competidores (cartel) y la reconozca ante el Superintendente.

⁴⁵⁰ Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador Óp. Cit.

⁴⁵¹ Superintendencia de Competencia de El Salvador “Manual Prácticas Anticompetitivas en el marco de la Ley de Competencia”, Óp. Cit.

⁴⁵² María Elena Bertrand Olano, “Clemencia e Inmunidad: Políticas contra los Carteles”, 1a. edición Superintendencia de Competencia, San Salvador, El Salvador 2014.

Le compete entonces a la Superintendencia de Competencia (SC) la facultad de garantizar la posibilidad de la aplicación de clemencia únicamente al primer solicitante, quien debe proporcionar la prueba de la existencia del cartel y de su participación en el mismo, debiendo además cooperar por completo con la investigación, siendo requisito para acceder al referido beneficio cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica anticompetitiva entre competidores

La Ley de Competencia faculta al Consejo Directivo, para aquellos casos en que el agente económico infractor haya cooperado y colaborado, para que en la resolución final pueda otorgarle el beneficio de clemencia, que consiste en eximirlo de la aplicación del criterio de gravedad que la ley establece para los carteles, al momento del cálculo de la multa, pero no lo exonera de toda la multa. Sin embargo, el Consejo Directivo de la Superintendencia, como ente encargado de imponer las multas, podría reducirlas significativamente.

Este programa aplica para aquellos casos cuando se trate de una práctica anticompetitiva de acuerdos entre competidores (artículo 25 de la Ley de Competencia), conocidos también como acuerdos horizontales, prácticas absolutas, o carteles. El beneficio podrá ser otorgado una sola vez por agente económico, a continuación se verificará cuáles son los requisitos para aplicar al programa de clemencia:⁴⁵³.

Entre los agentes económicos involucrados en la conducta prohibida, ser el primero en presentarse ante el Superintendente y aportar los elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer, y que a juicio del Superintendente permitan comprobar la existencia de la práctica y la participación del resto de agentes económicos.

Ayudar, colaborar y cooperar en forma plena y continua con la Superintendencia, colaborando en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo la Superintendencia de Competencia.

Además de lo anterior deberá colaborar a acreditar las acciones necesarias para determinar su participación en la práctica violatoria de la ley⁴⁵⁴.

4.7.3 Procedimiento de Autorizaciones de Concentración Económica

Acerca de las funciones que realiza la Superintendencia de Competencia (SC) también está la de conocer y decidir sobre la procedencia de ciertas concentraciones económicas.

Es de gran interés el tema de las concentraciones económicas, ya que con la supresión de las prácticas anticompetitivas se pretende sanear el mercado de una manera ex post, con el control previo de algunos proyectos de concentraciones económicas se pretende prevenir futuros problemas de competencia (actividad ex ante)⁴⁵⁵.

⁴⁵³ María Elena Bertrand Olano, “*Clemencia e Inmunidad: Políticas contra los Carteles*”, Óp. Cit.

⁴⁵⁴ Ibidem

⁴⁵⁵ Aldo Enrique Cáder Camilot, “*Introducción al derecho de competencia en El Salvador*”, Óp. Cit.

Es por todo lo anterior, que se vuelve necesario conocer detalladamente porque las concentraciones económicas deben someterse a previa autorización de la SC, así como la razón de ser de esta función; y por último el procedimiento asociado.

Precisamente es importante aclarar que no todas las operaciones entre dos empresas implican, para la LC, una concentración económica. Para profundizar en la temática, es importante saber cuándo existe concentración económica de acuerdo a dicha ley. Ya que hay concentración solo cuando agentes económicos independientes realicen un acto, contrato, acuerdo o convenio que tenga por finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios, en todo o en parte, puesto que ello provoca que, luego de concretado el proyecto respectivo, se vuelvan un solo agente económico.

Cabe mencionar que además, hay concentración cuando un agente económico adquiere el control directo o indirecto –de todo o de parte– de otros agentes económicos, porque al obtener dicho control el primero pasa a ser quien influya decididamente los destinos empresariales del segundo. Lo mismo aplica para la concentración de conglomerados.

Si no se cumple con lo establecido en las líneas precedentes, la operación no se considerará una concentración económica⁴⁵⁶.

Como podrá advertirse en el siguientes considerando resolutivos sobre la solicitud de concentración y sus criterios de admisión que se citan a continuación

“En general, este CDSC considera que no existe evidencia suficiente de que pueda generarse una limitación significativa para la competencia, en términos horizontales, como resultado de la operación. Esto se debe a que aun cuando la concentración permitiría incrementar el tamaño del grupo ASSA, no se anticipan cambios sustanciales en la estructura del mercado y se observa que existen al menos cuatro sociedades con participaciones conjuntas (...) en cada uno de los mercados relevantes identificados que podrían rivalizar y disciplinar efectivamente cualquier comportamiento unilateral. El fortalecimiento del grupo ASSA como rival en los mercados relevantes no conllevaría la creación o expansión de una posición dominante; en cualquier caso contribuiría al logro de economías de escala que mejorarían su desempeño competitivo.”⁴⁵⁷.

Tal como se estableció en el apartado 3.7.1 de este documento, únicamente las operaciones descritas, solo deberán someterse a autorización previa aquellas que superen los umbrales establecidos en la LC: combinación de activos totales que superen los 50,000 salarios mínimos

⁴⁵⁶ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

⁴⁵⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-040-S/CE/R-2015 – ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., ASSA COMPAÑÍA TENEDORA, S.A. Y AIG SEGUROS, EL SALVADOR, S.A., AIG VIDA, S.A., SEGUROS DE PERSONAS. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:20 horas del 6 de julio de 2016) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-solicitud-de-autorizacion-de-concentracion-economica-de-las-sociedades-assa-compania-de-seguros-y-assa-compania-tenedora-y-aig-seguros-el-salvador-y-aig-vida/

urbanos en la industria o cuyos ingresos conjuntos excedan 60,000 salarios mínimos urbanos⁴⁵⁸ en la industria, los cuales equivalen actualmente a US \$ 182,500,000.00 y a US \$ 219,000,000.00⁴⁵⁹.

En cuanto al espíritu del legislador para el establecimiento de estos umbrales, o dicho de otra manera, el porqué de establecer este presupuesto procedimental. lo que pretendió el legislador es partir de la base que es muy poco probable que una agencia de competencia pueda analizar todas las concentraciones. Además, desatendería otras funciones no menos importantes como las prácticas anticompetitivas, las opiniones a proyectos normativos y bases de licitación, así como la difusión del Derecho de Competencia⁴⁶⁰.

Además el criterio de umbrales es de carácter objetivo ya que si bien no toma en cuenta participaciones de mercado o posicionamientos dentro del mismo, dota de seguridad jurídica a los involucrados, pues saben certeramente si la operación tiene que ser notificada antes de que se perfeccione el acto jurídico, se adquiera o ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho de otro agente económico, se formalice el convenio de fusión, ocurra el acto de pronunciamiento de una autoridad, o cuando se trate de una operación en el extranjero, antes que la transacción surta efectos jurídicos o materiales en el territorio nacional a la SC⁴⁶¹.

Por otra parte como justificante de esta función, tenemos por ejemplo dos agentes económicos se ponen de acuerdo y fijan precios de ventas en un mercado en donde son competidores, es obvio que se trata de una práctica anticompetitiva que debe ser erradicada, en ella se investiga, procesa y sanciona a los culpables, obligándoles a cesar en dicha práctica.

Es importante dejar claro que una concentración económica no es una práctica anticompetitiva; sin embargo, puede poner al agente económico resultante en una posición tal dentro del mercado relevante que propicie, eventualmente, la comisión de una práctica anticompetitiva; ante tal situación es importante que la SC analice el caso previamente, ya que, si visualiza un escenario atentatorio para la competencia, ya que puede negar la operación o condicionarla. Son importantes en este punto las eficiencias que se lograrían con la concentración y que deberán ser argumentadas por los involucrados para coadyuvar a la autorización que se pretende.

Como punto final de esta temática, es fundamental comprender que la autorización previa se sustancia por una vía procedimental especial a través del procedimiento establecido, respetando la legalidad y los derechos de los involucrados. El cual comienza con una solicitud, la cual debe reunir los requisitos establecidos en el art. 23, 24 y 25 RLC; de modo inverso, podrá ser rechazada previa prevención. Admitida a trámite la solicitud, podrá requerirse información a entes fiscalizadores, reguladores o a otras instancias públicas y privadas. Con esto, el procedimiento queda en estado de dictar resolución final, la cual tendrá que emitirse en un plazo no mayor a 90 días contados desde que se admitió a trámite la solicitud.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Decreto. Ejecutivo No. 10 publicado en el Diario Oficial 129, Óp. Cit.

⁴⁵⁹ Véase Concentraciones Económicas, la Superintendencia de Competencia acceso el 26 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/concentraciones-3/>

⁴⁶⁰ Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

⁴⁶¹ Véase Concentraciones Económicas, la Superintendencia de Competencia Óp. Cit.

⁴⁶² Aldo Enrique Cáder Camilot, “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, Óp. Cit.

4.8 Recursos

Al hablar de los Recursos que contempla la Ley de Competencia, de acuerdo a la normativa antes mencionada, las resoluciones que emita la SC en las cuales se resuelvan definitivamente los procedimientos supra mencionados admitirá recurso de revisión, lo anterior conforme a lo dispuesto en los arts. 48 y 49 de la LC y del 75 al 77 del RLC⁴⁶³:

En la LC⁴⁶⁴ regula en su Art. 48.- *“El acto que resuelve definitivamente el procedimiento, admitirá recurso de revisión interpuesto en tiempo y forma, y en el mismo recurso podrán alegarse todas las ilegalidades de trámite.*

Dicho recurso deberá interponerse por escrito ante el Consejo Directivo de la Superintendencia dentro del término de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación. Si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio del cual se dictó el acto quedará firme.

El recurso será resuelto en el plazo máximo de diez días hábiles posteriores a la admisión del mismo. El recurso de revisión tendrá carácter optativo para efectos de la acción contencioso administrativa.

En el escrito de interposición del recurso, el recurrente deberá señalar dentro del radio urbano de San Salvador, lugar para recibir notificaciones y demás diligencias”

En consonancia de lo anterior en el RLC⁴⁶⁵ regula en su Art. 75.- *“El recurso de revisión sólo procederá contra las resoluciones que pongan fin a un procedimiento. Dicho recurso deberá interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación respectiva.*

En el escrito de interposición del recurso se alegarán todos los motivos que en que se fundamente.

Art. 76.- Podrán interponer el recurso de revisión contra las resoluciones de la Superintendencia, el denunciante o el presunto infractor y en el caso de las concentraciones, quienes hubieren intervenido en el procedimiento en calidad de interesados.

Art. 77.- El Consejo, al admitir el recurso, concederá audiencia a la parte contraria, si la hubiere, por un plazo de tres días corridos y, transcurrido el mismo, resolverá el recurso en el plazo máximo de diez días hábiles posteriores a la admisión del mismo.”

Acerca del tema de los recursos el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia ha acotado en sus considerandos resolutivos lo siguiente:

“En materia recursiva, la Ley de Competencia únicamente prescribe, en su artículo 48, que: “El acto que resuelve definitivamente el procedimiento admitirá recurso de revisión,

⁴⁶³ Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand, “Manual sobre Derecho de Competencia” Óp. Cit.

⁴⁶⁴ Ley de Competencia Óp. Cit.

⁴⁶⁵ Reglamento de Ley de Competencia Óp. Cit.

*interpuesto en tiempo y forma, y en el mismo recurso podrán alegarse todas las ilegalidades de trámite. Dicho recurso deberá interponerse por escrito ante el Consejo Directivo de la Superintendencia...*⁴⁶⁶.

*“En la Ley de Competencia, los medios de impugnación, recursos o remedios contra las resoluciones emitidas en un procedimiento sancionador se regulan en el **artículo 48**. Tal disposición prevé el recurso de revisión como un medio impugnativo dirigido contra: “el acto que resuelve definitivamente el procedimiento”. Por lo anterior, siendo la improcedencia de la denuncia una resolución que ha puesto fin al procedimiento, es válido que se examine a través del recurso de revisión*⁴⁶⁷.

Tal y como ha sido mencionado, la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos fue derogada expresamente con la entrada en vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos LPA en el art. 163 letra a).

En ese sentido como consecuencia de esta derogatoria, los recursos relacionados en la normativa derogada ya no existen y deben aplicarse los que la Ley de Procedimientos Administrativos regula, siendo estos: El Recurso de reconsideración (regulados en los arts. 132 y 133 LPA); El Recurso de apelación (regulados en los arts. 134 y 135 LPA) y El Recurso extraordinario de revisión (regulados en los arts. 136-138 LPA).

Una vez se produzca el agotamiento de la vía administrativa, conforme al Art. 131 y art. 138 inciso 2° de la Ley de Procedimientos Administrativos, todavía el impetrante tiene la opción de acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo al art. 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA).

Sin embargo será necesario que el demandante como se dijo haya agotado la vía administrativa, según los términos regulados en el art. 25 letra a) de la LJCA, el plazo para deducir pretensiones contencioso administrativas será de 60 días contados a partir del siguiente al de la notificación del acto que agota la vía administrativa⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-006-D/PA/R-2008 – COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V.- CTE Telecom Personal, S.A. DE C.V (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 11:30 horas del 31 de julio de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-del-recurso-en-revision-sc-006-d-pa-r-2008/

⁴⁶⁷ Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-D/PS/R-2011 – ZETA GAS Óp. Cit.

⁴⁶⁸ Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Óp. Cit.

CONCLUSIONES

Es importante destacar que en todo Estado democrático y Constitucional de Derecho en cuanto a sus preceptos de contenido económico, cada Legislatura y cada Gobierno de turno tiene una postura para orientar y desarrollarlos en un determinado momento y en una realidad específica, a través de su regulación normativa y de un esquema de implementación de las políticas económicas.

Se vuelve entonces de vital importancia proteger y crear sistemas eficientes de defensa de la competencia, además de fortalecer los fundamentos que sirvieron de modelo al momento de redactar la legislación de competencia salvadoreña, quien ha delegado esa misión a la Superintendencia de Competencia, y a lo largo de sus más de quince años se ha dedicado a promover y proteger la competencia económica, sin embargo el derecho en su constante evolución necesita de nuevas herramientas jurídicas que sean capaces de proteger los bienes jurídicos, más en una sociedad tan necesitada de ese equilibrio.

Dentro de esas funciones que posee Superintendencia de Competencia, es la de investigar de oficio o por denuncia casos de posibles prácticas anticompetitivas cometidas por agentes económicos, así como otros incumplimientos a la ley así como también las autorizaciones de concentración de agentes económicos, en ese orden de ideas si bien es cierto, el derecho de competencia es una rama del derecho poco explotada y conocida en nuestro país, debido a su poco desarrollo es necesario que la población y abogados conozcan la importancia que tiene en nuestro país proteger garantizar la sana competencia.

Es por eso que las decisiones o resoluciones que ha emitido la Superintendencia de Competencia en todos casos de han producido una cantidad importante de precedentes, con elementos de doctrina, análisis económico del derecho y jurídico de las conductas, a través de la cual se han ido fijando de a poco los criterios de interpretación y aplicación de la ley, así las cosas la idea de garantizar el juego limpio entre las empresas y beneficiar directamente a la eficiencia económica y a los consumidores debe ser más que una realidad constante en el diario vivir.

Por tal razón la mencionada constante evolución del derecho nos lleva pensar a estar al día con aquellos agentes económicos que no juegan limpio, que no respetan la ley, dejando de fuera el comportamiento conforme a derecho que todo sujeto debe cumplir, teniendo como único propósito el de coadyuvar en el desarrollo económico y social, por medio del incremento de la producción, la productividad, el uso racional de los recursos, así como la defensa del interés de los consumidores.

También es importante resaltar que la Superintendencia de Competencia en el ejercicio de sus funciones ha optado por interpretar la norma en sentido amplio y conforme a la doctrina y a la práctica de otros sistemas iberoamericanos y norteamericanos eso ha tenido como resultado que en la mayoría de las sentencias de lo contencioso administrativo en materia de competencia han confirmado la legalidad de las actuaciones de la Superintendencia de Competencia.

En cuanto al tema objeto de investigación al momento de finalizar el estudio de la presente investigación se concluye que el régimen que ha adoptado nuestra normativa es un control

totalmente ex ante, ya que en efecto ninguna concentración económica que se enmarque en los supuestos previstos por la Ley de Competencia, puede realizarse sin la autorización previa de las autoridades de competencia.

Es por eso que las solicitudes deben hacerse categóricamente antes que se concrete cualquiera de las modalidades de fusiones y adquisiciones que la normativa ha previsto y particularmente, en el caso concreto antes que el acto jurídico que da lugar a la concentración se perfeccione y entre a la vida jurídica, es decir al momento de manifestarse el hecho o control de otro agente económico, cuando se formalice la fusión o combinación del control de los operadores económicos.

Es ahí donde el control ex post en el caso de concentraciones se vuelva necesario y que además se profundice con el fomento de la cultura de competencia, se reconoce que se han hecho importantes esfuerzos de abogacía y construcción de cultura de la competencia en el país, sin embargo hace falta también redoblar sus esfuerzos para divulgar los precedentes, así como también dar a conocer los criterios de interpretación y de aplicación de la ley y organizar más mecanismos de estudio como por ejemplo cursos virtuales.

Esto devendría en la construcción de todos los elementos esenciales que integran el concepto de competencia, como también el de prevenir y eliminar las prácticas anticompetitivas, así como autorizar, condicionar o denegar concentraciones económicas entre agentes económicos independientes entre sí y que superen los umbrales establecidos en la Ley de Competencia.

Otro punto importa es reconocer que existe la necesidad de reformas a la ley para que propicie estudios ex post, control de nuevas conductas que puedan atentar contra la competencia, y se pueda con ello contribuir al desarrollo de la libertad económica, protegiendo además el interés social, también fomentando y protegiendo la iniciativa privada dentro de las condiciones que aseguren mayores beneficios al mayor número de habitantes del país y así se pueda prevenir y eliminar las prácticas anticompetitivas.

Por último la idea de armonizar los fallos y criterios de la Superintendencia de Competencia, la doctrina, jurisprudencia y legislación desarrollada internacionalmente por países que por diferentes motivos han analizado diversidad de clase de asociación empresarial por más tiempo y que por consiguiente cuentan con mayores herramientas legales para su analizar y diferenciar conductas permitidas y prohibidas, así como su eficacia en erradicarlas para que El Salvador, se introduzcan con el propósito de darles un tratamiento adecuado a los contratos bajo la óptica del Derecho de Competencia.

RECOMENDACIONES

Habiendo concluido la presente investigación, es ahora pertinente realizar las recomendaciones dentro de las cuales destacan las siguientes:

Es de vital importancia desarrollar un programa de formación a través de capacitaciones bajo cualquier modalidad sobre los procedimientos administrativos sancionatorios regulados por la Ley de Competencia y así como también en concordancia de su reglamento, asimismo debería incluirse capacitaciones sobre los diversos procedimientos que se suscitan en la Superintendencia de Competencia.

Establecer un programa de reformas a la Ley de Competencia y su reglamento con el propósito de establecer nuevas y modernas conductas que violenten la legislación mencionada y asimismo se fomente la cultura de denuncia de dichos actos.

En relación con lo anterior sería importante la elaboración de una guía de conductas dirigida a las asociaciones de profesionales y gremiales empresariales a efecto de brindar orientación sobre las conductas que pueden ser objeto de sanción en la Ley de Competencia.

Incluir en el pensum de estudios de las Universidades el curso de derecho de competencia ya que es de vital importancia debido a que es una materia relativamente novedosa que necesita estudios de los nuevos profesionales del derecho.

Crear un control ex post en el caso de concentraciones que permita que se pueda evaluar el impacto y la respuesta de los mercados ante sus actuaciones, así como también actualizar los criterios de interpretación y de aplicación de la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

A) INTERNACIONALES

Ahijado Quintillán, Manuel. “Curso de microeconomía: Teoría. Volumen 1, Volumen 1” Centro de Estudios Ramón Areces, 1989

Alonso Soto, Ricardo. “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en La Modernización del Derecho de la Competencia, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005

Aragón Reyes, Manuel. “Constitución económica y libertad de empresa” en AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez, Civitas, Madrid, 1996, p. 166,

Ariño Ortiz, Gaspar y Lucía López De Castro. “La competencia en sectores regulados” Editorial Comares Segunda Edición España 2003

Asencio Mellado, José María. “La Prisión Provisional”, 1º Edición, Editorial Civitas SA Madrid España, 1987.

Asenjo, Oscar de Juan. “La Constitución Económica Española: Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978”, Colección de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984

Baldó Del Castaño, Vicente. “Las relaciones jurídicas empresariales”. Conceptos fundamentales del derecho mercantil. 5ª ed. Ed. Marcombo. S.A. Boixareu. Barcelona-México.

Bassols Coma, Martin. "Constitución y Sistema Económico" Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985

Baylos Corroza, Hermenegildo. "Tratado de Derecho Industrial" Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 283

Broseta Pont, Manuel. “Manual de Derecho Mercantil”. 10ª ed. Ed. Tecnos, Madrid 1994.

Bullard González, Alfredo. “Las políticas de Competencia, ¿por qué y para qué?”, en Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, Palestra Editores, 2003

Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”. 9ª. edición, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1997

Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. "Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia" t. 1 y 2, 2ª Ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. “Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia” Editorial Heliasta Buenos Aires 1983

Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, editorial Heliasta, Argentina 1996

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González. “Las concentraciones de empresas”, Colex, Madrid, 2003

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González. “Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea”, Colex, Madrid, 2003

Carbajales, Mariano y Dardo Marchesini. “Teoría y práctica de la defensa de la competencia” editorial Villela, Buenos Aires, 1978

Cases Pallares, Lluís. “Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia”, Escola D’Administració Pública de Catalunya Marcial Pons, Madrid, 1995

Child, Graham. “Derecho de la Competencia en el mercado común”, Ed., española de Enric Picañol, Cívitas, Madrid, 1992

Chulia, Francisco Vicent. “Introducción al Derecho Mercantil”. 14ª editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2001.

Cidoncha, Antonio. “La Libertad de Empresa, Instituto de Estudios Económicos”, Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2006

Coloma, German. “Defensa de la competencia -análisis económico comparado-”, 1ª Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003

Eizaguirre, José María. “Tratados y manuales. Derecho mercantil” 2ª edición Civitas Ediciones, España, 1999.

Fernández de la Gándara, Luis. “Fundamentos de derecho mercantil”. 2ª edición Valencia, España 2000

Fernández Ordóñez, Miguel Ángel. “La Competencia”, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000

Fernández Sessarego, Carlos. “Abuso del Derecho”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1992.

Fernández, José Manuel. “Propiedad Industrial y Competencia desleal” 1ª edición Editorial Consejo General del Poder Judicial. España. 1995.

Font Galán, Juan Ignacio y Luis María Miranda Serrano. “Defensa de la Competencia y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales y Disfuncionales”, en AA.VV., Estudios de Derecho de la Competencia, coordinado por Juan Ignacio FONT-GALÁN y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005

Font Galán, Juan Ignacio. “Constitución Económica y Derecho de la competencia”. Editorial Tecnos. Madrid, 1987.

Font Galán, Juan Ignacio. “Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y Desafío Ético del Ordenamiento del Mercado Competitivo”, en Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995

Galán Corona, Eduardo. “Acuerdos restrictivos de la competencia” Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1977.

García-Pelayo, Manuel. “Consideraciones sobre Las Cláusulas Económicas de la Constitución”, en Obras Completas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

Garrigues, Joaquín. “Curso de derecho mercantil” 1ª edición 1974.

Garrigues, Joaquín. “La defensa de la competencia mercantil” Editorial: Madrid, Sociedad estudios y publicaciones., 1964

Gavil, Andrew I. William E. Kovacic y Jonathan, Baker. "Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy" Thomson West, Minnesota, 2004.

Goig Martínez, Juan Manuel. “Artículo 38 de la Constitución: La Libertad de Empresa”, en AA.VV., Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996

Gómez Leo, Osvaldo Roberto. “Derecho Empresario Actual”. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández. 2ª edición Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

González Díaz, Francisco Enrique y José María Carpi Badía, “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, en José María Beneyto Pérez, Tratado de Derecho de la Competencia, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005

González-Orús, Jerónimo Maillo. “Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia”, 1º ed., Bosch, Barcelona, 2007

Herrera Fonseca, Rodrigo. “La Doctrina del Levantamiento del Velo de las personas jurídicas y su responsabilidad civil por hechos ilícitos penales”. 1ª ed. Ed. Investigaciones Jurídicas. S. A. San José, Costa Rica, 2000.

Immenga, Ulrich. “El Derecho del Mercado”, en Revista de Derecho Mercantil n. 235, Madrid, 2000, pp. 8 y ss

Jiménez Sánchez, Guillermo. “Derecho Mercantil”, Editorial Ariel, Barcelona. 2000

Martin Laborda, Antonio. “Libre Competencia y Competencia Desleal” Editorial: La Ley Madrid España 2001

Martín-Laborda, Antonio Robles. “Libre Competencia y Competencia Desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)”, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2001

Massaguer Fuentes, José. “Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios”. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. ANDEMA. Madrid 1999.

Méndez Morales, José Silvestre. “Fundamentos de Economía”, 4a. edición, Mc Graw Hill Interamericana, México, 2003.

Menéndez, Aurelio. “La competencia desleal”, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

Mochón Morcillo, Francisco. “Economía, teoría y política”, 5ª Ed., McGraw Hill, Madrid, 2005

Molina, Francisco. "Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el Caso de El Salvador" Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la subregional de la CEPAL en México, México D.F., enero 2007, p. 13

Nazar Espeche, Félix Antonio. "Defensa de la competencia" Depalma, Buenos Aires, 2001.

Nazar Espeche, Félix “Defensa de la competencia” 2ª edición Editorial B de f Buenos Aires Argentina 2016

Ortiz Blanco, Luis, Pablo Ibáñez Colomo, Alfonso. Lamadrid de Pablo y Jerónimo Maillo González-Orús “Manual de Derecho de la Competencia”, 1ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008

Otamendi, Jorge. “Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia” Heliasta, Argentina 1981

Otamendi, Juan José. “Comentarios a la ley de competencia desleal” Editorial Aranzandi. Pamplona, España, 1994.

Pace, Lorenzo Federico. “Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación”, Marcial Pons, 1ª edición, 2007

Papier, “Ley Fundamental y Orden Económico” en BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 560 y ss.

Paschoal Rossetti, José. “Introducción a la economía”, 3ª, Ed., Oxford University Press, México, 2005

Paschoal Rossetti, José. “Introducción a la economía”. 18ª. Edición Oxford University press. Estados Unidos. 2001

Pérez-Iñigo, Juan Mascareñas, “Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas”, 5º ed. Ecobook, Madrid.

- Posner, Richard. "Antitrust law", 2ª Ed., University of Chicago Press, Chicago, 2001
- Posner, Richard. "El Análisis Económico del Derecho", traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998
- Ribó Durán, Luis y Joaquín Fernández Fernández. "Diccionario de Derecho Empresarial: Con los conceptos económicos complementarios", Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona 1998
- Rippe, Siegbert. "La Concurrencia Desleal" Montevideo 1970
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". T. I. 10ª edición 1984.
- Rodríguez-Cano, Alberto Bercovitz. "La Protección de los Consumidores en la Constitución española y el Derecho Mercantil", en Lecturas sobre la Constitución española, UNED, Madrid, 1978
- Rubio Llorente, Francisco. "La Libertad Empresarial en la Constitución", en AA.VV., Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996
- Sánchez Calero, Fernando y Juan Sánchez Calero Guilarte. "Instituciones de Derecho Mercantil", Thomson-Aranzadi, 29ª edición actualizada y ampliada, Navarra, 2007
- Sánchez Calero, Fernando. "Instituciones de derecho mercantil". 20ª ed. Ed. Mc graw Hill. Madrid. T.1. 1997
- Segura García, María José. "Derecho Penal y Propiedad Industrial". 1ª edición. Editorial. Civitas. S.A. Madrid, España, 1995.
- Sherwood, Robert M. "Intellectual property and economic development", traducción al castellano por SPECTOR, Horacio, Heliasta, Buenos Aires, 1992.
- Sherwood, Robert. "Los sistemas de propiedad intelectual y el estímulo a la inversión" Editorial Heliasta, Argentina 1997
- Sierralta Rios, Anibal. "Joint Venture Internacional", 2º ed., Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997
- Soriano García, José Eugenio. "Derecho Público de la Competencia", Marcial Pons e Instituto del Libre Comercio, Madrid, 1998.
- Soto, Ricardo Alonso. "Derecho de la Competencia (III) El Control de las Concentraciones de Empresas", en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez Menéndez, et al, "Curso de Derecho Mercantil, Tomo I", 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2006
- Tiedemann, Klaus. "La criminalité d'affaires", Ensayos de derecho en honor a Javier Piña Palacios, Editorial Porrúa Hermanos México 1985

Uría, Rodrigo y Aurelio Menéndez Menéndez. “Curso de Derecho Mercantil”, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2006

Uría, Rodrigo. “Derecho Mercantil”, 26ª ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales. S. A. Madrid 1999

Witker, Jorge. “Derecho de la Competencia en América. Canadá, Chile, Estados Unidos y México.” Fondo de Cultura Económica, Chile: 2000. Pág. 22

Zullita Fellini, Gadulfo y Rafael Pérez Miranda. “El derecho frente a los monopolios.” En “Estudios de Derecho Económico IV”, 1A. REIMP., Universidad Nacional Autónoma de México: 1983. Págs. 65 – 121

Zurimendi Isla, Aitor. “Las restricciones verticales a la libre competencia”, 1ª Edición Editorial Cívitas, Navarra, 2006

B) NACIONALES

Arrieta de Carsana, Liliam Virginia. “Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador”, Editorial Universidad Dr. José Matías Delgado, Instituto de Investigaciones Jurídicas. La Libertad, diciembre 2012

Bertrand Galindo Francisco, José Albino Tinetti, Silvia Kuri de Mendoza y María Elena, Orellana. “Manual de derecho constitucional, Tomo I” Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992

Bertrand Galindo Francisco, José Albino Tinetti, Silvia Kuri de Mendoza y María Elena, Orellana. “Manual de Derecho Constitucional, Tomo II”, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992, p. 823

Magaña, Álvaro. "Derecho Constitucional Financiero Salvadoreño" Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 4, San Salvador, 1989

Magaña, Álvaro. "Derecho constitucional presupuestario salvadoreño" Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 20, San Salvador, 1996

Magaña, Álvaro. “Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña” en Cuadernos IEJES, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996.

Magaña, Álvaro. “El Estado Social y Democrático de Derecho” en Revista de Ciencias Jurídicas n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, p. 81

Romagoza de López Bertrand, Rosa Margarita. “Manual sobre Derecho de Competencia” Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, Antiguo Cuscatlán, El Salvador: 2013.

Solano Ramírez, Mario Antonio. "Derecho Constitucional de El Salvador" Tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª edición, San Salvador, 2006, p. 119

Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente celebradas entre el 12 de mayo y el 1 de septiembre de 1950, Legajo 3: actas n. 38 a n. 57, San Salvador, 1951.

Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente, Tomo VI, sesión del 6 de octubre de ese año.

REVISTAS

A) INTERNACIONALES

Águila-Real, Jesús Alfaro. “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho” en InDret: Revista para el Análisis del Derecho, n. 1, Barcelona, enero 2007 <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78703>

Alcaide Guindo, Cristina. “La evolución de la Política de Defensa de la Competencia”, Pag.246 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710512>

Alza, Carlos. “Apuntes para el diseño e implementación de una agencia de la competencia moderna”. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 16, 2003. Unión Europea. Pág. 140 https://www.academia.edu/1958242/Apuntes_para_el_dise%C3%B1o_e_implementaci%C3%B3n_de_una_agencia_de_la_competencia_moderna

Banco Mundial, “World Development Indicators – 2005”. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12425?locale-attribute=es>

Brusick, Philippe, Ana María Alvarez y Pierre M. Horna CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (UNCTAD).

“Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú”. 2004. Pag. 28 y ss.

Carlton, Dennis W. y Jeffrey M Perloff, “Modern Industrial Organization Addison-Wesley,” 3rd Edition, Massachusetts, 2000

Chuliá, Francisco Vicente. “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal” en revista general de derecho, no.589-90, oct-nov 1993

De León, Ignacio. “Manual para la Formación y Aplicación de las Leyes de Competencia”. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD): Agosto de 2002. Pág. 15.

Font Galán, Juan Ignacio. “Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y desafío ético del ordenamiento competitivo del mercado en Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont.”. T. 1. Tirant lo Blanch. Fundación Manuel Broseta. Valencia 1995. p. 1320

Galán Corona, Eduardo. “La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC, Bogotá. <http://www.centrocedec.org/contenido/articulo.asp?chapter=157&article=159>

Häberle, Peter. “Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado”, traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 5 sobre la Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, p. 23,

Herguera, Iñigo y Amadeo Petitbò. “La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, piezas clave del Derecho de la Competencia”, publicado en AA.VV., Anuario de la competencia 2000, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2001

Ibarra Pardo, Gabriel. “La política de competencia en las Comunidad Andina de Naciones.” En: “Revista de Derecho de la Competencia CEDEC V”. Colección Seminarios N° 17, Javegraf, Bogotá: 2004. Págs. 307 – 343

Ibarra Pardo, Gabriel. “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina” En “CEDEC”, Colección Seminarios 5. Javegraf, Segunda Edición, Bogotá: 1997. Páginas Págs. 84 –85.

Ibarra Pardo, Gabriel. “Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina” En “CEDEC”, Colección Seminarios 5. Javegraf, Segunda Edición, Bogotá: 1997. Páginas Págs. 84 – 85.

Immenga, Urích. “El Derecho del Mercado”, en Revista de Derecho Mercantil n. 235, Madrid, 2000

Krakowski, Michael. “Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en Latinoamérica.” Proyecto MIFIC-GTZ, Managua: 2001.

Kroes, Neelie. Discurso ante en la Conferencia de la Comisión Europea – International Bar Association, en Bruselas, el 10 de marzo de 2005.

Lizana, Claudio y Lorena Pavic. “Control Preventivo De Fusiones y Adquisiciones Frente A La Legislación Antimonopolios” Revista Chilena de Derecho Vol. 29 N° 3 Sección Estudios pág. 507-541 (2002) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650236.pdf>

Lowe, Philip. “Current Issues of EU competition law – The new competition enforcement regime”. North Western Journal of International Law and Business

Miranda Londoño, Alfonso y Juan David Gutiérrez Rodríguez. “Historia Del Derecho De La Competencia” Revista Boliviana de Derecho [en línea]. N° 3 pág.P 215-267 (2007) <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>

Miranda Londoño, Alfonso. “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. En “CEDEC III”, Colección Seminarios 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002. Pág. 147

Miranda Londoño, Alfonso. “El derecho de la competencia en Colombia”. En Revista de Derecho Económico No. 9. 1.989. Librería del Profesional. Págs. 52 – 70.

Miranda Londoño, Alfonso. “El Régimen General de la Libre Competencia”. En “CEDEC III”, Colección Seminarios N° 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002. Págs. 23 - 24.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. “Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces.” OECD. (2002)

Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy” París, 1998

Ortega Gimenez, Alfonso. “El contrato de Joint Venture Internacional” en Revista vLex International, 2009

Orue, José Rene. “Análisis económico sobre el Derecho de Competencia”, proyecto MIFIC-GTZ, Nicaragua 1998.

Pascual y Vicente, Julio. “El abuso de posición dominante”, en Revista de Derecho Mercantil, No. 245, julio-septiembre, Madrid España 2002

Posner, Richard. “El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo” en Revista de Economía y Derecho, Vol. 2, N. 7, invierno 2005, p. 8

Rivière, Juan Antonio. “La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea”. En Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 1, 1997. Unión Europea. Págs. 23 -28.

Ruiz, Gonzalo. “Definición de mercado relevante y políticas de competencia” en Revista de Derecho. Segunda Época, Themis, Año 17, No. 91, Lima Perú 2000

Schricker, Gerhard. “Últimos desarrollos del Derecho de la Competencia Desleal en Europa”, en Revista General de Derecho, año XLIX, No.583, abril-1993

Serra Leitao, María. “European Union Competition Policy: Revolutionary Change and Uncertain Times”. Boletín Latinoamericano de Competencia, No. 18, 2004. Unión Europea. Págs. 122 - 128.

Thurow, Lester. “Hacia una definición de Justicia Económica”, en Revista de Estudios Públicos, N° 24, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1986

Vera, Leonardo y David Mieres. “Política de Competencia: una visión panorámica”. Septiembre de 1994.
<http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/3873/1/Pol%C3%ADtica%20de%20Competencia.pdf>

Viscusi, William Kip Joseph Emmett Harrington y John Mitcham. “Vernon Economics of Regulation and Antitrust”, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005.p.71

B) NACIONALES

Arrieta de Carsana, Liliam Virginia, “Control de las Concentraciones Económicas en la Ley de Competencia de El Salvador”, Revista Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Universidad Javeriana, Colombia Vol. 5, No. 5. Enero – diciembre 2009

Arrieta de Carsana, Liliam Virginia, Guillermo Enrique Castro Chorro, Rafael Arnoldo Gómez Salazar, Roberto Valeriano Marroquín Elena, Laura Ximena Polanco Manzano y Adriana Estefanía Portillo Palacios, “Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos” Artículo realizado por Guillermo Enrique Castro Chorro denominado "Poniendo en duda la clarividencia de la Superintendencia de Competencia: ¿se ha probado la eficacia del control de concentraciones económicas en El Salvador? Universidad Dr. José Matías Delgado. Unidad de Investigación Jurídica. El Salvador.

Arrieta de Carsana, Liliam Virginia, Guillermo Enrique Castro Chorro, Rafael Arnoldo Gómez Salazar, Roberto Valeriano Marroquín Elena, Laura Ximena Polanco Manzano y Adriana Estefanía Portillo Palacios, “Diez años de Defensa de la Competencia en El Salvador 2006-2016 Colección de ensayos” Artículo realizado por Adriana Estefanía Portillo Palacios denominado “Los contratos de Joint Venture bajo la óptica del Derecho de Competencia en El Salvador” Universidad Dr. José Matías Delgado. Unidad de Investigación Jurídica. El Salvador.

Arrieta de Carsana, Liliam Virginia. “Examen Del Objeto Y Fines De La Ley De Competencia De El Salvador Desde La Perspectiva Del Análisis Económico Del Derecho” Berkeley Program in Law & Economics (2010) <http://escholarship.org/uc/item/60w5k6t3>
Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 48 “La Ley de Competencia”. San Salvador diciembre 2004
fusades.org/sites/default/files/investigaciones/boletin48.pdf

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No. 37 “Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia” Antiguo Cuscatlán, 2004

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No 139 “Ley de Competencia: una herramienta para la competitividad” San Salvador Julio 2012

<https://es.slideshare.net/FUSADESORG/boletn-de-estudios-legales-ley-de-competencia-una-herramienta-para-la-competitividad>

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social Boletín No 78 “La Defensa de la Competencia” Antiguo Cuscatlán, mayo de 1992

Martínez, Julia Evelin. “El marco teórico conceptual de las políticas de Libre Competencia en El Salvador”. Serie análisis de la realidad nacional 2001-1 FUNDAUNGO agosto 2001. p. 17.

TESIS

Cid Morales, María Teresa. “La colusión y los acuerdos horizontales: Programa de Clemencia” (Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Vigo, Vigo España 2017)
http://fcetou.uvigo.es/docs/docencia/tfg/premios/JMPC-2017_Teresa.pdf

Cornejo Marín, Nestor Vladimir, Porfirio Antonio Marinero Orantes Y Milton Noe Ocotan Soriano. "Vacíos de Ley, que se enmarcan en la Ley de Competencia aprobada el 26 de noviembre del 2004, por La Asamblea Legislativa y que entrara en vigencia, el primero de enero del 2006" (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2007)

Godoy Ulloa, Selvin Balmore. “Características comunes de las Sociedades Mercantiles”, (tesis de grado Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, 2008)

Gómez Salazar, Rafael Arnoldo. “La Relación de conflicto entre el derecho de competencia y la propiedad intelectual en el salvador” (Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona – Universidad Doctor José Matías Delgado, El Salvador 2009)

Hernández Mata, Roger Armando David Edgardo Peña Cruz y Alejandra Elizabeth Sánchez Paz. “El Respeto al Principio de Contradicción en el Procedimiento Sancionatorio ante la Superintendencia de Competencia” (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2018)

Palacios Araujo Sergio Mauricio, y José Fredi Antonio Recinos Ramírez. “La Regulación Del Derecho De Competencia En El Salvador En El Marco De La Ley De Competencia” (tesis de grado Universidad de El Salvador, San Salvador, 2007)

Quintanilla Arias, Sandra Virginia, Francisco Melvi Fuentes Flores Y Alexcesar Maravilla Martínez. “La Competencia Desleal” (tesis de grado Universidad de El Salvador, Facultad Multidisciplinaria Oriental San Miguel, 2004)

Segura De Dueñas, Cecilia. "La Internacionalización del Derecho de la Competencia Global. Tesis Doctoral" Universidad de Barcelona España 2006

LEGISLACION

Constitución de la República de El Salvador El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983

Código de Comercio. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970

Ley de Competencia. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004

Reglamento de Ley de Competencia El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2006

Decreto. Ejecutivo No. 10 publicado en el Diario Oficial 129, Tomo 432 del 7 de julio de 2021
<https://imprentanacional.gob.sv/servicios/archivo-digital-del-diario-oficial/>

Ley de Procedimientos Administrativos. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2018

PUBLICACIONES ELECTRONICAS EN SITIOS WEB

Bertrand Olano, María Elena. “Clemencia e Inmunidad: Políticas contra los Carteles”, 1a. edición Superintendencia de Competencia, San Salvador, El Salvador 2014.

Cáder Camilot, Aldo Enrique “Introducción al derecho de competencia en El Salvador”, artículo publicado en San Salvador, septiembre 2014
<http://blogs.economista.net/competencia/2014/09/introduccion-al-derecho-de-competencia-en-el-salvador/>

Castro, Guillermo. “Empresas “maverick” en la revisión de concentraciones económicas: Una mirada al caso AMERICA MÓVIL – DIGICEL en El Salvador,” 2015
<https://lalibrecompetencia.com/2015/01/16/empresas-mavericks-en-la-revision-de-concentraciones-economicas-una-mirada-al-caso-america-movil-digicel-en-el-salvador/>

Concentraciones Económicas Análisis de fusiones, adquisiciones e integraciones de negocios acceso el 30 de junio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/concentraciones-3/>

Concentraciones Económicas, la Superintendencia de Competencia acceso el 26 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/concentraciones-3/>

Cuadro de multas impuestas por la Superintendencia de Competencia acceso el 25 de julio de 2021 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/cuadro-de-multas-04052021/

Decisión de la Comisión Europea de fecha 26 de abril de 2006, en el asunto COMP/M.3.916, T-MOBILE AUSTRIA/TELERING, DO L 88, de 2007

Fabra, Natalia y Massimo Motta. “Fortalecimiento de la política de competencia en los países de América Latina”, programa de Colaboración entre el Banco Mundial y el Bank-Netherlands 2013

Flujograma de Actuaciones Previas de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/actuaciones-previas/>

Flujograma de Procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.sc.gob.sv/index.php/procedimiento-sancionador-de-practic-as-anticompetitivas/>

Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración acceso el 5 de julio de 2021 http://www.sc.gob.sv/uploads/fg_solic_conc.pdf

Glosario de Términos de Competencia, Superintendencia de Competencia, Antiguo Cuscatlán, El Salvador, 1 edición 2010 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

Organigrama de la Superintendencia de Competencia acceso el 20 de julio de 2021 <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/sc/documents/organigrama>

Organización de Cooperación y desarrollo económico y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la Competencia en El Salvador: Examen inter-pares”, OCDE, 2008

Portillo de Avilés, Evelyn Jeannette. “Regla per se y regla de la razón en la Ley de Competencia de El Salvador”, artículo publicado en San Salvador, febrero 2015 <http://blogs.economista.net/competencia/2015/02/regla-per-se-y-regla-de-larazon-en-la-ley-de-competencia-de-el-salvador/>; consultado el 22 de noviembre de 2019.

Superintendencia de Competencia “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 1 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2>
<http://ecompetencia.sc.gob.sv>

Superintendencia de Competencia “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 2 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2>
<http://ecompetencia.sc.gob.sv>

Superintendencia de Competencia de El Salvador “Manual Prácticas Anticompetitivas en el marco de la Ley de Competencia” acceso el 25 de julio de 2021 https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/practic-as-anticompetitivas/

Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 3 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2>
<http://ecompetencia.sc.gob.sv>

Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 4 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2>
<http://ecompetencia.sc.gob.sv>

Superintendencia de Competencia, “Introducción al estudio del Derecho de Competencia” Modulo 5 Curso virtual on line <https://ecompetencia.sc.gob.sv/moodle/course/view.php?id=2>
<http://ecompetencia.sc.gob.sv>

JURISPRUDENCIA

A) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 8-87 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1987). Citada y véase en Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 2-92 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1992). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/1990-1999/1999/07/89311.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: 24-98 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002)

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 5-2009 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2017/05/C2D05.HTML>

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 464-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2010)

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 447-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 8-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2005/12/27FA.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 15-99/17-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2002/08/2166.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 391-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2006/02/2920.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 5-93/2-96/3-96/11-96/12-96 Acumuladas.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1998) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F1%2F1990-1999%2F1998%2F07%2F1554.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 140-2000 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2002/11/1B94.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 3-99 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2002/06/1ABC.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc. 3-88 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1990)

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 432-2005 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2006/09/2A63.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 267-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2008) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2008/08/3322.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad Referencia: Inc.-2003/49-2003/2-2004/5-2004.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/12/2449.PDF>

Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Referencia: 67-E-2001 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2003). <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2003/02/61B6.PDF>

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo Referencia: 1013-2008 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006) <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2018/12/E3350.HTML>

B) SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia Sentencia de Incidente de Recurso de Revisión SC-014-O/PS/NR-2012 - Referencia: 03/04/13 (El Salvador: Antiguo Cuscatlán, Superintendencia de Competencia, 2013) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-014-O-PS-NR-2012_030413_1035.pdf

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-001-O/PA/R-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 18 de octubre de 2007)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/PA/NR-2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final de las 12 horas del 04 de septiembre de 2008)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-017-O/PS/R-2010. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida por el CD a las 10 horas y 45 minutos el 19 de diciembre del 2011)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-O/PI/NR-2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 13 horas del 07 de abril de 2017)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia SC-020-O/PI/R-2017. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 08 de mayo de 2019)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-001-O/PA/NR-2009. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 09 horas del 07 de julio de 2009)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-D/PS/R-2010 (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 10 horas del 31 de agosto de 2011)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-014-O/PS/NR-2012. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 11 horas del 27 de febrero de 2013)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-012-O/PS/R-2013. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final emitida a las 14 horas y 25 minutos del 17 de abril de 2015)

Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-telecomunicaciones-sc-016-s-c-r-2008/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: CDSC SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10 horas del 08 de mayo de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-sc-012-s-c-r-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15 horas del 29 de marzo de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-010-s-c-r-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 30 de septiembre de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-telecomunicaciones-sc-016-s-c-r-2008/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SSC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:30 horas del 14 de agosto de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-014-s-c-r-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: improcedencia SC-001-S/C/NR-2008 del 26 de febrero de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo

de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 9 horas del 26 de febrero de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-concentracion-economica-en-la-distribucion-de-productos-de-consumo-masivo-sc-001-s-c-nr-2008/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-019-S/C/NR-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 9:30 horas del 13 de noviembre de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizacion-concentracion-economica-en-sector-financiero-sc-019-s-c-nr-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: improcedencia SC-016-S/C/R-2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 13:30 horas del 30 de agosto de 2011) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-016-S-C-R-2011_300811_1330.pdf

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: C-036-S/CE/R-2014 del 26 de noviembre de 2014. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:35 horas del 26 de noviembre de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/15607/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-007-O/PA/R-2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:00 horas del 11 de septiembre de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-007-o-pa-r-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: CD-AE/12/2006. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 12 de diciembre de 2006)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-004-D/PA/R-2006 ACUMULADAS - ASDPPESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 21 de septiembre de 2006) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-004-d-pa-r-2006/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-020-D/PI/NR-2015 - AQUACORPORACIÓN DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. del 29 de junio de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:40 horas del 29 de junio de 2015) https://www.sc.gob.sv/site/uploads/SC-020-D-PI-NR-2015_290615_1540.pdf

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-D/PS/R-2011 – ZETA GAS del 29 de abril de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 11:00 horas del 29 de abril de 2011) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc010dpsr2011>

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-013-D/PA/NR-2006 - PERFECT BODY LINE del 19 de octubre de 2006. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:00 horas del 19 de octubre de 2016) <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/practic-as-anticompetitivas-en-servicios-sc-013-d-pa-nr-2006/>

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-022-D/PI/R-2014 del 15 de julio de 2014. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:30 horas del 15 de julio de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-022-d-pi-r-2014/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-0016-D/PA/NR-2006 del 9 de enero de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 15:00 horas del 9 de enero de 2007)

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-017-D/PA/R-2006 del 18 de enero de 2007. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:00 horas del 18 de enero de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-practic-as-anticompetitivas-en-sector-cable-sc-017-d-pa-nr-2006/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/NR-2008 del 4 de septiembre de 2008. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:00 horas del 4 de septiembre de 2008) http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-005-O-PA-NR-2008_040908_1200.pdf

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-009-D/PS/R-2010 – FARMACIAS EUROPEAS S.A. DE C.V. 3 de mayo de 2010. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:00 horas del 3 de mayo de 2010) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/recurso-de-revision-sc-009-d-ps-r-2010/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SSC-047-D/PS/R-2013 - DIGICEL, S.A. DE C.V. 14 de octubre de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 14 de octubre de 2015) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-047-d-ps-r-2013/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-010-O/PS/R-2010 – DIZUCAR, S.A. DE C.V. 24 de abril de 2012. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 24 de abril de 2012) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-010-o-ps-r-2010/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-021-D/PS/NR-2010 – ALIMENTOS GLOBALES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y MAYA CLEANING, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE. 1 de noviembre de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:30 horas del 1 de noviembre de 2011) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-010-o-ps-r-2010/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-039-O/PS/NR-2012 - HOTELES Y DESARROLLOS, S.A. DE C.V.; HOTELES E INVERSIONES, S.A. DE C.V.; HOTELES DE CENTRO AMÉRICA, S.A. DE C.V.; y COMPAÑÍA HOTELERA SALVADOREÑA, S.A. 22 de octubre de 2015. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:20 horas del 22 de octubre de 2015) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc039opsnr2012>

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-031-D/PS/R-2010 – SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, S.A. 30 de agosto de 2011. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:00 horas del 22 de octubre de 2011) <https://es.slideshare.net/scompetencia/sc031dpsr2010>

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-026-M/R-2008 – COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V. (CTE). 19 de enero de 2009. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 10:55 horas del 19 de enero de 2009) <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/sancionado-proceso-sancionador-por-falta-de-colaboracion-en-investigacion-relativa-al-mercado-de-telecomunicaciones-de-telecomunicaciones-de-el-salvador-sc-026-o-m-r-2008/>

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-005-O/M/NR-2007 – QUIMEX, S.A. DE C.V. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 09:15 horas del 10 de abril de 2007) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-final-sc-005-o-m-nr-2007/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-008-O/M/NR-2014 - HOTELES E INVERSIONES, S.A. DE C.V. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 14:30 horas del 23 de abril de 2014) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-del-recurso-sc-008-o-m-nr-2014/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-040-S/CE/R-2015 – ASSA COMPAÑÍA DE SEGUROS, S.A., ASSA COMPAÑÍA TENEDORA, S.A. Y AIG SEGUROS, EL SALVADOR, S.A., AIG VIDA, S.A., SEGUROS DE PERSONAS. (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 12:20 horas del 6 de julio de 2016)

https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/autorizada-solicitud-de-autorizacion-de-concentracion-economica-de-las-sociedades-assa-compania-de-seguros-y-assa-compania-tenedora-y-aig-seguros-el-salvador-y-aig-vida/

Sentencia y Expediente en la Superintendencia de Competencia de El Salvador referencia: SC-006-D/PA/R-2008 – COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V.- CTE Telecom Personal, S.A. DE C.V (El Salvador, Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, resolución final pronunciada a las 11:30 horas del 31 de julio de 2008) https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/resolucion-del-recurso-en-revision-sc-006-d-pa-r-2008/