

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE RELACIONES INTERNACIONALES



**“LA REGULACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SALVADOR Y SUS
POSIBLES EFECTOS CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS – CAFTA”**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PRESENTADO POR:

SAMUEL EDGARDO AYALA CHACON
MARIO RENE MARROQUIN RODRIGUEZ
ROBERTO MORENO HENRIQUEZ

PARA OPTAR AL GRADO:

LICENCIATURA EN RELACIONES INTERNACIONALES

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, FEBRERO DE 2008

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Máster Rufino Antonio Quezada Sánchez

VICERRECTOR ACADÉMICO

Máster Miguel Ángel Pérez Ramos

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Máster Óscar Noé Navarrete

SECRETARIO GENERAL

Lic. Douglas Vladimir Alfaro Chávez

FISCAL GENERAL

Doctor René Madecadel Perla Jiménez

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Doctor José Humberto Morales

VICEDECANO

Máster Óscar Mauricio Duarte

SECRETARIO

Ingeniero Danny William Gutiérrez

ESCUELA DE RELACIONES INTERNACIONALES

DIRECTOR DE LA ESCUELA

Lic. Jorge Alberto Aranda

DIRECTOR DEL PROCESO DE GRADUACIÓN

Lic. Jorge Alberto Aranda

AGRADECIMIENTO

- A Dios todo por habernos permitido concluir nuestros estudios con éxito, fortaleciéndonos en cada momento.
- A nuestros familiares que de una u otra manera nos apoyaron moral, espiritualmente y económicamente.
- A la Universidad de El Salvador y su Escuela de Relaciones Internacionales, por permitirnos ser parte de esta familia y habernos dado la oportunidad de culminar nuestras metas académicas.
- A los maestros por proporcionarnos su enseñanza y experiencia intachable, durante la enseñanza académica.
- A nuestro asesor, por su comprensión y su entrega intachable a la labor académica.

DEDICATORIA

- A Dios Todopoderoso, por su misericordia en quien depositamos toda nuestra confianza para lograr culminar con éxito.

- A nuestros padres por sus oraciones, apoyo, consejo y amor, brindándonos fuerza para seguir con nuestros estudios.

- A nuestros hermanos con todo cariño y amor, agradeciéndoles su apoyo en los momentos que más lo necesitábamos.

- A nosotros como compañeros de tesis por brindarnos amistad, con quien compartimos buenos y difíciles momentos y que logramos superar con mucho empeño y dedicación.

- A nuestro amigo y asesor quien siempre estuvo dispuesto a ayudarnos y brindarnos orientación a lo largo del trabajo de investigación y de nuestra carrera.

- Además agradecemos de manera muy especial a las Instituciones que nos han brindado su apoyo: Comisión Nacional de Promoción de Exportaciones e Inversiones (CONADEI), Comisión Trinacional del Plan Trifinio y Cámara de Comercio e Industria de El Salvador (CAMARASAL).

- Familiares, docentes y amigos que de una u otra manera nos apoyaron y contribuyeron a este trabajo.

INDICE

CONTENIDO	Pág. No
Introducción	i
 CAPITULO I	
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	
1.1 Delimitación del Derecho de la Competencia	2
1.1.1 Definición del Derecho de Competencia	2
1.1.2 Practicidad del Concepto	3
1.2 Antecedentes del Derecho de Competencia	7
1.3 Consideraciones Básicas Entorno al Derecho de Competencia	9
1.4 La Evolución del derecho de la Competencia en América Latina	10
1.4.1 La Última Década Económica	10
1.4.2 Implementación del Derecho de la Competencia en el Ámbito Internacional	11
1.4.3 Implementación del Derecho de Competencia en el Ámbito Regional	12
1.5 La Experiencia Salvadoreña	14
 CAPITULO II	
EL MERCADO SALVADOREÑO Y LA LIBRE COMPETENCIA	
2.1 Definición de Mercado	18
2.2 Clasificación de los Mercados	20
2.2.1 Características de los modelos de mercado	21
2.3 Competencia Perfecta	21
2.3.1 Supuesto Básico	22
2.3.2 Equilibrio a Corto Plazo	23
2.3.3 Equilibrio a Largo Plazo	24

2.3.4	Aplicación de un Impuesto: Efectos	24
2.3.5	En resumen	25
2.4	Monopolio de Oferta	26
2.4.1	Implicaciones Esenciales	27
2.4.2	Teoría del Monopolista	28
2.4.3	Discriminación de precios	29
2.4.3.1	Discriminación de precios de 1er grado	30
2.4.3.2	Discriminación de precios de 2do grado	30
2.4.3.3	Discriminación de precios de 3er grado	31
2.4.4	Tarifa de dos Tramos	31
2.5	Monopsonio	32
2.5.1	Suposiciones elementales	32
2.5.2	Poder del Monopsonista	33
2.5.3	Equilibrio y Eficiencia	34
2.6	Oligopolio	34
2.6.1	Inducciones Principales	35
2.7	Equilibrio de Cournot-Nash	36
2.8	Equilibrio de Bertrand	36
2.9	Colusión de precios	37
2.10	Competencia Monopolística	38
2.10.1	Implicaciones básicas	38
2.10.2	Equilibrio a corto plazo	38
2.10.3	Equilibrio a largo plazo	39
2.11	Tipología de Prácticas Anticompetitivas	40
2.11.1	Las Prácticas Restrictivas o Monopólicas	40
2.11.2	Tipología	41
2.12	Intereses Protegidos	44
2.13	El Mercado Salvadoreño	46
2.13.1	La Política Comercial de El Salvador: síntesis histórica	46
2.13.2	Evolución de la Política Comercial	48
2.13.3	La Política Comercial de los Noventa	49
2.13.4	Las Reformas Económicas	51
2.13.5	La Desregulación	54

2.14	Reformas Estructurales 1990-1995	54
2.15	La Libre Competencia en el Mercado Salvadoreña	55
2.16	Periodicidad de la Competencia en El Salvador	56
2.17	Periodo Junio 1984-1994	57
2.18	Periodo 1995-1999	58
2.19	Periodo 2000, Marzo 2003	60
2.20	Abril 2003 – Actualidad	60
2.21	Factores que Influyeron en la Presentación de los Diversos Anteproyectos de Ley de Competencia	61
2.22	Principales Obstáculos en el Proceso de Aprobación de la Ley de Competencia	62
2.23	Principales Efectos Anticompetitivos de la Legislación Económica Salvadoreña y Posibles Efectos de los Acuerdos Comerciales sobre las Condiciones de Competencia	
2.23.1	El Cluster del Cemento en El Salvador	65
2.23.2	Cemento de El Salvador S.A. de C.V. (CESSA)	66
2.23.3	Estructura del Mercado	68
2.23.4	Poder del Mercado	69
2.23.5	Barreras a la entrada de la Industria y al Mercado	70
2.23.6	Precios	71

CAPITULO III

ATRIBUCIONES DE COMPETENCIA EN EL SALVADOR Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS

3.1	Principios Generales de Competencia, Organización Mundial del Comercio (OMC)	75
3.2	Tratado de Libre Comercio. Aspectos de Competencia	82
3.3	Las disposiciones generales en materia de libre competencia en TLCs	83
3.4	Las disposiciones específicas en materia de libre competencia en el Tratado de Libre Comercio El Salvador-Estados Unidos	84

3.5	El estado de la Región Centroamericana en Materia de Libre Competencia	86
3.6	Análisis del contenido de la Ley de Competencia de El Salvador	90
3.7	Órganos de Competencia	101
3.7.1	Estructura de la Superintendencia de Competencia de El Salvador	104
3.7.2	Funciones de la Superintendencia de Competencia de El Salvador	105
3.8	Recomendaciones y Conclusiones	122

INTRODUCCION

En la actualidad, las economías del mundo están viviendo un proceso de grandes transformaciones debido a los nuevos retos que impone la globalización en el entorno. Esto exige que las empresas tanto públicas y privadas 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 mundo¹. El reto que plantea la globalización es el de ser competitivos no solo localmente, sino también internacionalmente, pues todas las empresas que localmente produzcan bienes o servicios similares estarán en desafío por las mejores oportunidades del mercado global. En este contexto, la libre competencia en los mercados y las políticas de libre competencias cobran relevancia particular, pues ellas determinan el escenario propicio para que las empresas logren los estándares de competitividad que se necesitan en este nuevo orden que exige el mercado.

La vigencia efectiva de la libre competencia en los mercados nacionales, a través de la creación de una institucionalidad que goce de plena credibilidad y que haga valer las reglas del juego de manera clara, sostenible y con alto grado de independencia; constituye una de las claves para lograr la eficiencia que los mercados internacionales exigen. Las políticas económicas desarrolladas, en diversos grados según el país, han sido políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de sus divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional². Es en este marco de integración económica y del auge de los Tratados de Libre Comercio que se ha descubierto el nuevo dinamismo de la economía de libre mercado, persiguiendo la competitividad de las empresas, a través del establecimiento de un orden jurídico denominado “política de libre competencia.”

Se han desarrollado las políticas económicas y luego de décadas de intervencionismo frágil por parte del Estado, quien ha favorecido en cierta medida el surgimiento de estructuras monopolísticas.

¹ Octavio Lanni: Teorías de la globalización, Siglo XXI Editores, México, 1996,

² SCAPLUS, “Orientaciones Generales de Políticas Económicas”, 1996

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por los Estados, todavía persisten grandes retos de creaciones de empleo, en la puesta en marcha de los conceptos económicos de eficiencia y eficacia que están relacionados con la calidad de los servicios prestados por las empresas ubicadas con una posición dominante dentro del mercado.

Todas las legislaciones con referencia a la competencia, instauran un ente, cuya denominación varía (Autoridad, Comisión, Consejo, Fiscalía, Tribunal o Superintendencia), al que otorgan la responsabilidad de aplicar las disposiciones de competencia, pero por lo general, las autoridades de competencia en América Latina tienen que hacer frente al desafío de aplicar la legislación de competencia con medios administrativos y financieros limitados.

La necesidad de una ley de protección del régimen de Libre Competencia fue reconocida desde la última década del Siglo XIX y a partir de la Ley Sherman de los Estados Unidos de América, la cual tiene sus antecedentes en el Derecho Anglosajón, desarrollado a partir de las decisiones de las cortes inglesas que atendían a la preocupación por impedir monopolios o restricciones del comercio³; todos los países con una economía de libre mercado desarrollada han adoptado algún tipo de legislación encaminada a tal finalidad. En un principio, fueron concebidas como leyes destinadas a combatir los monopolios, pero en su desarrollo, su alcance se ha ampliado, concibiéndose como leyes destinadas a proteger un valor trascendente en que se basa el sistema económico, por oposición a otras leyes que buscan proteger un valor inmediato como el interés de los consumidores, y raras veces emplean el término monopolio⁴.

La competencia se puede analizar desde diferentes corrientes del pensamiento económico. Es así que al mencionar la Libre Competencia en los mercados y de los instrumentos para promover y/o defender las condiciones de competencia dentro de una economía, generalmente se asume que existe un concepto único sobre el significado de competencia. Esta noción ha sufrido a través del tiempo una evolución en su contenido y en la forma de concebir cómo debe promoverse o protegerse dentro de una economía de mercado.

³ USIA, Perspectivas Económicas, Febrero 1999, Resumen de las Principales Leyes Antimonopolísticas.

⁴ *Ibíd.*

La regulación de La Libre Competencia toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores de interés general. Estas características económicas difieren de un país a otro, las políticas de ajuste económico desarrolladas, han requerido medidas de organización en muchas áreas próximas a la legislación en materia de competencia. Entre éstas destacan los derechos de los consumidores, normalizaciones técnicas, reglas sobre inversiones, Derecho Mercantil con mención del registro de patentes y marcas, defensa comercial, privatizaciones y sectores de servicios regulados.

Por lo tanto la presente investigación es abordada esencialmente en la problemática de: ¿Qué tan efectivas pueden ser las facultades regulatorias de La Libre Competencia, en una economía que se enmarca dentro de la filosofía del Libre Mercado?; esto teniendo en cuenta que el fomento de la competencia comienza a partir de la administración del Estado, mediante la formación de sus funciones, básicamente en la educación de la sociedad. Siendo en los planes de estudios académicos tanto a nivel medio como universitario quien pone de manifiesto dicha cultura y educación por la competencia misma⁵.

Para la elaboración de la investigación se abordó la situación salvadoreña en materia de Libre Competencia desde la década de los 90', la cual se ha visto influenciada por el devenir de las actuales dinámicas de desarrollo del comercio internacional, específicamente se enfocará en materia del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos; negociado por los gobiernos desde enero de 2003, donde se inicia la primer ronda de negociaciones, hasta la actualidad.

Este parámetro de tiempo y espacio permite establecer el área de estudio, ya que envuelve paralelamente los principales acontecimientos donde se desarrolla la libre competencia y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.

Con la investigación se busca demostrar la importancia que adquiere la Libre Competencia en los mercados y sus repercusiones, en la dinámica de apertura comercial que se traduce en el recién tratado de libre comercio entrado en vigencia: CAFTA.

⁵Disponible en Internet desde: www.procompetencia.gov.ve/Enbreve/enbreve46.html

Constatando que la regulación de la norma de Libre Competencia toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan conductas económicas específicas, creadas para proteger determinados valores de interés general.

Hay que tomar en cuenta las siguientes limitantes que se obtuvieron para efectuar el presente estudio: La falta de especialistas en el área de libre competencia en el país, hace que el presente trabajo absorba mayor responsabilidad, la carga laboral de los investigadores, limitaron en algún momento el desarrollo de la investigación, y por ultimo la ausencia en el desarrollo de la temática en la región Centroamericana, es por ello que creemos que es un buen aporte para la sociedad en general.

La investigación esta enmarcada dentro del enfoque sistémico, como teoría que permite el estudio desglosado y particularmente sistematizado de cada uno de los actores que intervienen en la temática de competencia.

CAPITULO I

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El entorno sufre cambios a tal velocidad que aun el pensamiento mas avanzado se queda corto cuando se trata de explicar lo que sucede en materia de comercio en la escala nacional, máxime en la escala global y mas aun; cuando se trata establecer el ordenamiento jurídico que lleva consigo toda una institucionalidad que deba garantizar el sano cumplimiento que acarrea toda una normativa de comercio. Pero esta exigencia se da ahora ya que los actores del comercio exigen y demandan claridad en normativas que regulen los actos de comercio¹ y la competencia misma, basadas en Principios de Comercio Internacional, que presenten garantías de cumplimiento y de apego al respeto de las instituciones que las administran.

El presente capitulo integra elementos conceptuales para comprender el contexto del Derecho de Competencia, como parte del derecho económico y comercial, contemporáneo.

El Derecho de la Competencia Económica es una rama del derecho económico que se integra por el conjunto de normas que regulan conductas anticompetitivas de los agentes económicos públicos y privados, conductas que pueden tomar diversas formas: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales de comercio internacional, o actividades que lesionen los intereses de los consumidores o que vulneren la protección a la propiedad intelectual. El elemento común en estas prácticas es que lesionan o restringen la competencia en los mercados, afectando precios de bienes y servicios, y dañando a productores, distribuidores y consumidores finales².

Esta sistematización del conjunto de normas que regulan las conductas anticompetitivas es relativamente reciente, por ello afirmamos que se trata de una nueva rama del derecho y que todavía presenta ambigüedad en su concepción y aplicación. Es necesario aclarar

¹ Los actos de comercio están definidos en el Código de Comercio salvadoreño y expresados en el Art. 3 del mismo código. Y de manera doctrinaria se puede definir cómo: un acto de intermediación realizado con ánimo de lucro, y que conlleva la circulación de la riqueza.

² Martinez, Julia Evelin, Consideraciones Jurídicas en torno a una Ley de Libre Competencia en El Salvador, FUNDAUNGO, El Salvador. Septiembre 2001. Pagina 2

que a nivel internacional, con la expresión Derecho de La Competencia generalmente se hace referencia a las prácticas que en esta investigación hemos denominado prácticas restrictivas (prácticas monopólicas, prácticas anticompetitivas y regulación de concentraciones de empresas); sin embargo, para efectos de nuestro análisis, utilizaremos dicha expresión con una concepción mas amplia que incluye la regularización de las practicas desleales, razón por la cual las denominaremos *derecho de la competencia en sentido estricto*.

En este capitulo se plantean los elementos para la delimitación del derecho de la competencia, incluyendo los antecedentes, conceptos y elementos teóricos que intervienen en el derecho de la competencia a escala universal.

1.1 Delimitación del Derecho de la Competencia

El derecho de competencia se puede definir como el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, es decir a las acciones latentes que pueden violentar a las normas de competencia. Se busca con ello que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la disputa comercial entre competidores se desenvuelva con lealtad y corrección.³

1.1.1 Definición del Derecho de Competencia

Etimológicamente, el término de competencia encuentra sus raíz en las voces latinas *competencia*, a (competens, enfis) relación, proposición, aptitud, apto, competente. En sentido jurídico general el término competencia alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. La competencia como concepto específico (frente a la idea global de jurisdicción) obedece a razones prácticas de distribución de la tarea de juzgamiento, entre

³ Orue, José Rene, Análisis Económico sobre el Derecho de Competencia, Proyecto MIFIC GTZ, Nicaragua. 1998. Pagina 22

los diversos organismos judiciales.⁴ Nos referimos a la competencia mercantil o económica.

El derecho de la competencia es una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y concurrencia, premisas básicas de las economías de mercado. Es una reglamentación específica que recae sobre ciertos comportamientos de los agentes económicos.⁵

El derecho de la competencia puede conceptualizarse además, de manera simple y a la vez amplia; como aquella rama del derecho económico que tiene por objeto la ordenación de los mercados, tutelando la competencia como un sistema en el que se protegen los intereses de los competidores, consumidores y los del interés público, que es la idea central que se aborda en el presente esfuerzo.

1.1.2 Practicidad del Concepto

Desde la óptica mercantil, pero con el mismo arraigo conceptual, la competencia expresa la lucha del empresario por captar la clientela ofreciendo al mercado productos y servicios a precios, calidades o condiciones contractuales más favorables que las demás. Dicha lucha constante es un factor inherente a la competencia que, como toda pugna, tiene ganadores y perdedores. Con ella, el competidor busca acceder a la mayor clientela posible, con lo que limita las posibilidades de colocar sus productos a los demás competidores y, consecuentemente, los elimina.

Por ello, con razón se afirma que el derecho de la competencia protege más la competencia misma que a los competidores y/o consumidores, con lo cual se legitima una presencia moderada y razonable del estado, vía políticas públicas de competencia.

⁴ Flores García, Fernando, Diccionario jurídico Harla, Vol. 4, Derecho Procesal, México, Oxford University Press-Harla, 1996, Pág. 50; Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM-IIJ, Tomo I, A-C pagina 642

⁵ Coloma Germán, Defensa de La Competencia. Análisis económico comparado, Madrid. 2003

La regulación de La Libre Competencia toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores de interés general. Estos determinados valores de interés general se traducen en la eficacia económica, equidad social y Libertad Política, que se pueden palpar desde diferentes dimensiones, tanto económica, social y política.

Desde la óptica política, el Derecho de Competencia es una herramienta de política legislativa cuyo impacto trasciende ampliamente los efectos sobre el mercado o las empresas⁶, tomando a consideración que dichos efectos también se ven envueltos en los consumidores finales, que de entre otros fines ve primordiales toda política implementada por los estados.

En un sistema económico de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia⁷ o coincidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio (o una ganancia) en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre los competidores.

Desde la visión económica⁸, con el Derecho de Competencia se busca la tutela de la justicia en las relaciones comerciales, previniendo y sancionando las diversas prácticas que emanen de las acciones desleales entre competidores y no competidores que restringen de los mercados la facultad a otros.

Para que dicha competencia pueda darse de forma efectiva es necesario, en consecuencia, que en el mercado no existan condiciones que favorezcan la posición de un competidor en relación con el resto; ello se logra si existen en el mercado gran cantidad de oferentes y demandantes, tal como expresa Caballenas de las Cuevas: "Cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a

⁶ Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia, El bienestar económico como fin último del Derecho Antitrust, Universidad Antonio de Nebrija, Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia nº 224, Marzo/Abril 2003, Págs. 32 a 52, Madrid, España.

⁷ El término *conurrencia* se define en la siguiente página.

⁸ Witker Jorge, Derecho de la Competencia en América, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, página 27.

ser, por regla general, las posibilidades de que estas actúen independientemente, y de que carezcan del poder de obstaculizar el ingreso de nuevas firmas al mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores”⁹

No solo es necesario que el mercado se encuentre pulverizado, es decir, que existan múltiples oferentes y demandantes, sino además es preciso que ninguno de ellos cuente con un mismo poder económico dentro del mercado, de tal manera que sea capaz de determinar unilateralmente el precio del bien o la cantidad del mismo. Aunque en la práctica los mercados ya están muy bien arraigados por firmas predominantes en cada uno de los mercados y que difícilmente se verán disminuidas en la participación de los mercados. Tal como lo veremos posteriormente en los consecuentes capítulos.

Desde la óptica social, el Derecho de Competencia busca una distribución más equitativa de bienes y posibilidades para todos los ciudadanos, esta idea hace hincapié en una verdadera orientación y concientización en la implementación de las normas de libre competencia.

En síntesis la Libre Competencia a través de sus diferentes facetas busca como instrumento de políticas públicas, la obtención de los siguientes objetivos:¹⁰

- a) Promover una asignación eficiente de los recursos.
- b) Proteger el bienestar de los consumidores
- c) Prevenir / sancionar niveles de concentración empresarial excesivo.
- d) Regular las prácticas anticompetitivas de las empresas que poseen dimensión comercial y que afectan la competencia de los países en desarrollo.

En términos de aplicación de las normas de Libre Competencia conviene distinguir los conceptos tanto de libre concurrencia y libre competencia. Ya que permite particularizar diferentes acciones, en el mismo marco de actuación, por ello tenemos que; la libre concurrencia esta referida a la existencia de sectores económicos totalmente abiertos a la

⁹ Caballenas de las Cuevas, Guillermo, Derecho Antimonopolico y Defensa de la Competencia, Buenos Aires, Editorial Heliasra, 1983, pagina 62.

¹⁰ Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia, El bienestar económico como fin ultimo del Derecho Antitrust, Universidad Antonio de Nebrija, Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia nº 224, Marzo/Abril 2003, Págs. 32 a 52, Madrid, España.

participación de los agentes económicos privados o públicos. Se trata de acceso igualitario de todos los agentes interesados en producir bienes o prestar servicios sin limitación o restricción alguna. Desde el punto de vista de la teoría económica, el término competencia es entendido como una situación del mercado, que para efectos de análisis se ubica entre dos extremos: competencia perfecta y competencia monopólica. La competencia perfecta es un modelo ideal, útil para efectos de formulación de teorías y modelos, no es una situación que se presente en el mundo real, y supone básicamente las siguientes características:

- Existen infinidad de agentes económicos, infinitamente pequeños quienes maximizan su ganancia o su utilidad.
- No existen barreras a la entrada (libre Concurrencia).
- No hay restricciones al comercio entre países, es decir, existe libre movilidad de factores.
- No existe diferenciación por productos, ya que se trata de un producto idéntico.
- Existe información completa y perfecta.

La postura del Estado en relación con la competencia resulta un tanto contradictoria ya que mientras por una parte se establece normas tendientes a facilitar la competencia en el mercado, por otra parte es el mismo quien desarrolla actividades monopólicas. Podemos afirmar que esta relación daba mayor importancia al Estado hace un par de décadas, pero en la actualidad tiende a reducir dicha intervención a su mínima expresión, limitándose en gran medida al manejo de la libre concurrencia y de la libre competencia como instrumentos de política económica. Se admite que es inevitable la presencia de cierto grado de monopolización, por lo cual no se sanciona que una empresa posea una posición dominante sino que abuse de la misma, defendiendo una serie de mecanismos de prevención y control (facultades preventivas y sancionatorias), a efecto de que no se limiten los procesos de concurrencia y competencia en el mercado.

1.2 Antecedentes del Derecho de Competencia

Esta disciplina, por su carácter instrumental, ha transitado por cuatro grandes etapas que plasman situaciones histórico-económicas distintas.¹¹

Inicialmente encontramos una fase reglamentaria agobiante que impedía la competencia. Como cita Jorge Witker “Durante la Edad Media y parte de la edad moderna la economía europea se caracterizó por el dirigismo y el monopolio.” El mercado no era libre y para ejercer una industria era necesario obtener la inscripción en la matrícula de las Corporaciones de Artes y Oficios, a las que el Estado o el municipio otorgaban privilegios para poder acceder al mercado. El Estado, el municipio, y las corporaciones regulaban la competencia, pero no para defenderla, sino para controlarla o limitarla.

La monopolización de la economía no fue, sin embargo pacífica. Los abusos fueron minando progresivamente el poco crédito que entre el pueblo y los juristas pudieron tener los monopolios, y así en el mundo anglosajón, la repulsa hacia los monopolios se plasmó durante el reinado de Jaime I, en el Statute of Monopolies de 1623. Mientras tanto la economía sufría una progresiva estatificación. Luis XIV, por ejemplo dictó las ordenanzas del comercio terrestre y marítimo para controlar la actividad mercantil.

Una segunda fase la encontramos a finales del siglo XVIII, en que se proclama la libertad de industria y de comercio. Es la época en que la Revolución Francesa se ocupó de liberalizar la economía del antiguo régimen y en la lucha frontal con el sistema gremial y corporativo. La libertad de comercio y de emprender surge así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. También conviene mencionar la Ley *Le Chapelier* de 1791 que terminó definitivamente con las corporaciones.

La Revolución Industrial exigía una revolución en el Derecho, entonces incapaz de dominar toda una serie de fenómenos económicos. La libertad de comercio había tenido consecuencias inesperadas. Eliminadas las normas corporativas medievales, los competidores se valieron de todas las armas posibles, ya fueran nobles o innobles, para obtener lucro. Se habían suprimido los gremios, las corporaciones y los controles

¹¹ Witker Jorge, Derecho de la Competencia en América, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, página 21.

administrativos pero se había dejado el campo libre a los monopolios privados, a las prácticas restrictivas y a los acuerdos para eliminar la competencia. En palabras de Jorge Witker, “de la lucha por el cliente se había pasado a la lucha contra el cliente. El régimen de la libre competencia se había devorado a si mismo, resucitando la plaga secular de los monopolios”.

La tercera fase tiene como escenario los Estados Unidos. Conocedores del proceso de concentración económica que, a través de los trusts, se produjo en el último tercio del siglo pasado en los Estados Unidos de Norteamérica, y teniendo en cuenta la limitada situación que el derecho de la época posibilitaba, es defendible que la Sherman Act fuera una disposición cuyo objetivo era simplemente la protección de la libertad de empresa que, considerada como la más clara opción por el bien público, se veía amenazada por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales. La conocida oposición que el *granger movement* planteó a este proceso de concentración se fundamentaba en la repugnancia que producía la evidente eliminación de competidores que un proceso de competencia no leal conllevaba y la concentración de poder económico- e indudablemente político- que implicaba. De hecho, como remarca Oppenheim, en el debate parlamentario hubo pocas referencias a objetivos económicos ya que la ley no era más que una adecuación de los principios sobre restricción del comercio establecido en el *common law*.

En este sentido, es mayoritariamente asumido que los fines originarios de la normas antitrust eran obtener precios bajos para los consumidores, permitir una oportunidad para todos aquellos que quisieran participar en el mercado, mantener una estructura industrial que impidiera la corrupción y el abuso de poder y, también, buscar la eficiencia. Esta primera intervención estatal destinada a la regulación de la actividad económica tenía un carácter absoluto¹².

Finalmente, la cuarta etapa del derecho de la competencia la encontramos en la década del noventa, en donde, como consecuencia de la globalización económica mundial, las normas de competencia no pueden desligarse de tres vertientes jurídicas fundamentales:

¹² Pastor, Javier Viciano, Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía, Editorial Tirant Loblanch, Valencia, España, 1995.

- a. La liberalización de los mercados de productos y servicios.
- b. Los procesos de privatización de empresas y servicios públicos o estatales.
- c. La desregularización pausada de sectores tradicionalmente manejados por los gobiernos.

1.3 Consideraciones Básicas entorno al Derecho de Competencia

El Derecho de Competencia guarda relación con el Derecho Administrativo y con el Derecho Mercantil, no obstante presenta con estas ramas del derecho importantes diferencias.¹³

Inicialmente, el Derecho de Competencia excluye como área de interés aquellas normas y disposiciones que se refieren a la forma y/o mecanismos de acceso al mercado, las cuales corresponderían más bien al Derecho Administrativo.

También están excluidas del Derecho de Competencia la regulación de actos de cambio o contratos, en cuanto fuente de derechos y obligaciones entre las partes, y que son materia del Derecho Mercantil y de forma general del Derecho Común Privado.

Se puede afirmar que el Derecho de Competencia esta orientado a la regulación, actuación o conducta de las empresas que se desenvuelven interactuando en un determinado mercado de bienes o servicios, para evitar que estas empresas incurran en actos contrarios a las normas de competencia establecidas en un ordenamiento jurídico nacional, así como para sancionar a las empresas que infrinjan estas normas.

De acuerdo a Orúe (1998) el mercado esta constituido por el conjunto de compradores reales y potenciales de un producto y que puede clasificarse en mercado nacional y mercado internacional. El mercado nacional se puede a su vez organizar en base a una división de zonas geográficas o bien en base a productos. El mercado internacional puede clasificarse en mercado mundial, mercado hemisférico o mercado regional.

¹³ Martinez, Julia Evelin, Consideraciones Jurídicas en torno a una Ley de Libre Competencia en El Salvador, FUNDAUNGO, El Salvador. Septiembre 2001. Pagina 2

Los componentes de todo mercado son el precio, el producto, la plaza y la promoción. En el Derecho de Competencia se considera que estos componentes son los generadores de la competencia y la base a partir de la cual interactúan tres agentes económicos claves: los oferentes, los consumidores y el Estado.

1.4 La Evolución del Derecho de la Competencia en América Latina

1.4.1 La Última Década Económica

América del Sur y Centroamérica son de una gran actualidad desde el punto de vista de la política de competencia. Desde principios de los años noventa se asiste en esa parte del mundo a un afianzamiento de los regímenes democráticos y a unas políticas económicas que incluyen la apertura de los mercados al comercio internacional.¹⁴

Las políticas económicas desarrolladas, en diversos grados según el país, han sido políticas de ajuste económico, saneamiento financiero, estricto control de sus divisas, desarme arancelario, favorecimiento de las inversiones extranjeras, privatizaciones de las empresas públicas y desarrollo de la integración económica regional.

La primera década del nuevo milenio enfrenta a los países latinoamericanos a un esfuerzo de desarrollo productivo en un contexto que dista mucho de ser el que rigió anteriormente. Como lo señaló CEPAL (2002 a), la liberalización y apertura de los mercados sumergió a las economías en el proceso de globalización. Después de un período inicial de desregulación, la repetición de crisis surgidas por falta de regulación prudencial y supervisión (como las crisis financieras) o problemas agudos en sectores de servicios públicos (sobre todo en el sector eléctrico), o el acelerado desplazamiento de la mediana y pequeña empresa, llevó a reflexionar sobre la importancia de la regulación en los servicios y la necesidad de fortalecimiento de las políticas de competencia.

Después de unas décadas de intervencionismo estatal en la economía con los defectos del dirigismo y de las estructuras monopolísticas, se ha descubierto de nuevo el dinamismo de la economía de libre mercado y se ha perseguido la competitividad de las

¹⁴ Riviere Marti, Juan Antonio, La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea, Revista "EC Competition Policy Newsletter, Vol. 3, no1 primavera 1997.

empresas. Persisten grandes retos de creación de empleo y de reducción de la pobreza, que también deben ser tenidos en cuenta.

1.4.2 Implementación del Derecho de la Competencia en el Ámbito Internacional

Los procesos de apertura, globalización y articulación en bloques regionales cambian las condiciones de competencia que enfrentan los países, tanto en los mercados internacionales como en sus mercados internos.¹⁵

Ello incide sobre las ventajas comparativas de la economía y la posición relativa de sus empresas, agregando en general mayor vulnerabilidad a los agentes más débiles de diversos sectores. El efecto dependerá de la especialización y diversificación productiva exportadora, la competitividad de sus empresas, el grado de apertura previo y la institucionalidad existente en materia regulatoria a nivel nacional.

Con todo, la articulación a través del mercado internacional impone a los gobiernos la necesidad de fortalecer los mecanismos competitivos con políticas en un espectro amplio, que les permita enfrentar conductas gubernamentales o prácticas empresariales restrictivas (monopólicas).

Por una parte, las conductas gubernamentales en el comercio internacional se relacionan con el uso de medidas como el *antidumping*, las cuotas a la importación, las que están prohibidas pero que los países desarrollados las implementan en ciertos sectores, o los subsidios a la exportación. Por otra parte, las conductas empresariales sujetas a la política de competencia en el ámbito internacional, se refieren a: i) formas restrictivas de importaciones, por vías como los carteles de importación o empresas con derechos exclusivos en un mercado; ii) la búsqueda de poder en mercados de exportación, a través de cárteles, fusiones o prácticas de fijación de precios; iii) prácticas de empresas extranjeras que operan en un país y que a través de inversiones o propiedad intelectual ocupan posiciones dominantes; y iv) la concentración del mercado derivada del proceso de fusiones y adquisiciones.

¹⁵ Moguillansky Graciela, Silva Verónica, Creando Condiciones para El Desarrollo Productivo: Libre Competencia, División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Chile, 2004, Pagina: 8-10

Los instrumentos de competencia adoptados por los gobiernos pueden ampliar su ámbito de acción, lo que se ha venido haciendo crecientemente durante los años noventa, por medio de arreglos institucionales de carácter internacional. La experiencia en este campo se relaciona cada vez más con la estrategia de inserción, mediante acuerdos comerciales o de integración, que ha sido muy importante en la última década. De esta estrategia de apertura participan la gran mayoría de los países latinoamericanos y del Caribe, en bloques de integración subregional, tales como la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Comunidad del Caribe (CARICOM), el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Además estos países son parte de los compromisos negociados en el sistema multilateral (Organización Mundial del Comercio, OMC) y en la negociación a nivel hemisférico (Área de Libre Comercio de las Américas ALCA).

Al considerar las agrupaciones subregionales, algunos países sin leyes de competencia estarían parcialmente acogidos por sus normativas supranacionales. Este es el caso de Bolivia y Ecuador (como participantes de la CAN), Trinidad y Tobago en la CARICOM y Paraguay en el MERCOSUR. Asimismo, República Dominicana ha avanzado sus propósitos en este ámbito dentro del Tratado de Libre Comercio (TLC) con el MCCA. De este modo, las políticas comercial y de inserción internacional han contribuido a fortalecer la política de competencia tanto en sus aspectos sustantivos, de contenido de la política, prácticas definidas y potenciales de ser juzgadas, como en sus instituciones y procedimientos, induciendo un aprendizaje transfronterizo entre países socios. Al mismo tiempo, puede preverse que una sólida política de competencia también contribuya a generar condiciones más estables y que facilitan la inserción internacional por la vía de mejorar la calidad del funcionamiento de los mercados.

1.4.3 Implementación del Derecho de Competencia en el Ámbito Regional

Las políticas de competencia así como el conjunto de leyes y normas que regulan un mercado, constituyen parte de las reglas del juego que en general, los agentes económicos público y privado de cualquier sociedad enfrentan.¹⁶

¹⁶ Moguillansky Graciela, Silva Verónica, Creando Condiciones para El Desarrollo Productivo: Libre Competencia, División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Chile, 2004, Pagina: 8-10

Esta institucionalidad ha ido cambiando a lo largo del tiempo. En América Latina y el Caribe, la existencia de mercados altamente regulados, expresada ya sea a través de la instauración de monopolios administrados por el sector público, barreras a la entrada de productos importados, barreras a la inversión extranjera directa, precios controlados, u otras, dieron poco espacio a las políticas de competencia durante el predominio del modelo de sustitución de importaciones. Sin embargo, alguna institucionalidad orientada a la defensa de la competencia existió tempranamente en cinco países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México) expresándose en leyes anti-monopólicas. Es interesante notar que estos fueron los países más industrializados de la época, mostrando que aquella institucionalidad tuvo alguna relación con el esfuerzo de industrialización. Tales políticas sin embargo, se vieron interferidas por los controles de precios en productos y segmentos de mercados, impidiendo en muchos casos la aplicación de la lógica de la competencia.

Desde entonces, y sobre todo a partir de la implementación del proceso de apertura, liberalización y de desregulación de los mercados, el rol de las políticas de competencia ha ido avanzando, modificando el ámbito y la orientación de las políticas de regulación y ampliando al mismo tiempo el dominio de las políticas de competencia. Al grupo inicial de países con institucionalidad al respecto (leyes y organismos que las ejecutan) se sumaron otros seis en la década de 1990, mientras más de otros se encuentran formulando y discutiendo sus proyectos de legislación. Entre ellos, República Dominicana, y Trinidad y Tobago, quienes han avanzado más en los instrumentos de protección al consumidor que en las de competencia.

Como se ha señalado, las políticas de competencia en América Latina y el Caribe se fueron desarrollando como un instrumento de la estrategia de desregulación y liberalización de los mercados, y su evolución estuvo en cierta forma atada a la implementación de las reformas económicas, pero su práctica difiere de acuerdo al proceso de aprendizaje en cada país. Así encontramos casos en que se optó por una disminución radical del rol del Estado en la economía en forma temprana (Chile resultó el exponente más estable en el tiempo, con una reforma a las políticas de competencia que data de finales de 1973), hasta países en que el proceso de reformas y especialmente de privatización fue más lento; consecuentemente en esos casos, las leyes de competencia

datan de finales de los años noventa, constatándolo algunos países centroamericanos continúan discutiendo la legislación y otros como Costa Rica y El Salvador tienen consolidada su reglamentación.

El ordenamiento jurídico de los países latinoamericanos ha estado en gran parte inspirado, desde el logro de su independencia, en el modelo jurídico latino europeo. En cuanto a las reglas de competencia, la prohibición de las prácticas concertadas o acuerdos restrictivos entre competidores, el abuso de posición dominante y el control de las operaciones de concentración se encuentran reglamentados, en gran medida, por las legislaciones latinoamericanas. Si bien se puede decir que ha existido en parte inspiración de las reglas de competencia de las Comunidades Europeas en la redacción de las reglamentaciones, también es verdad que, hoy en día, dichos conceptos jurídicos tienen un reconocimiento universal como guardianes de la organización de la economía de mercado.

1.5 La Experiencia Salvadoreña

En nuestro país, la definición de una política de competencia fundamentada en la normativa de una ley de libre competencia, fue identificada desde el Plan de Desarrollo Económico y Social 1989-1994 como uno de los puntos principales de la agenda para el desarrollo de la competitividad de la economía salvadoreña. No obstante, y pese a que entre 1993 y 1996 se presentaron a la Asamblea Legislativa al menos 4 diferentes proyectos de ley de libre competencia, y en los últimos cuatro años se ha destinado un significativo monto de recursos del programa nacional de competitividad a la asistencia técnica para el proceso de diseño y aprobación de esta legislación.

En el período 2000-2003 se creó una comisión de fomento de la libre competencia, con el mandato expreso de elaborar y consensuar un nuevo anteproyecto de ley de libre competencia, sin embargo esta se enfrentó a dificultades como la politización, dejándose de lado la práctica económica y comercial que engloba el término, cuando tuvo que tratarse de manera ágil y visionaria de cara ante la eminente globalización de los mercados, siendo esta una característica actual de las dinámicas comerciales/económicas de las naciones, donde El Salvador no está excluido, siendo muestra de ello la entrada en vigencia del tratado de libre comercio con los Estados Unidos.

No obstante que desde la Constitución de la República de 1886 se encontraban la prohibición expresa sobre Monopolios, no es sino hasta 1992, que se plantea la necesidad de regular en una normativa secundaria los temas de protección al consumidor y de competencia. A finales de ese año, se adopta la primera Ley de Protección al Consumidor, en la cual se daban algunas definiciones sobre Monopolio y Oligopolio. Sin embargo, tales definiciones no fueron de ninguna utilidad, debido a que la mencionada ley regulaba únicamente lo referente a la protección al consumidor, tanto es así que las mismas fueron derogadas tiempo después, ante la inminente aprobación de una Ley de Competencia, cuyo borrador se elaboró junto a la versión de la Segunda Ley de Protección al Consumidor, vigente a la fecha. Adicionalmente a ello, en El Salvador, se iniciaron procesos de apertura y desregulación de los mercados domésticos.

Es importante mencionar que dentro de los conceptos vertidos dentro de la doctrina del Derecho de Competencia, existen diversos debates que no son retomados en el presente estudio, ya que lo que se pretende es la practicidad y adecuación de la norma ya existente en la escena del mercado nacional, a partir de que se considera como idea central, la necesaria existencia de leyes de competencia en todos los mercados, a partir de que la globalización de los mercados necesita de herramientas jurídicas para establecer reglas del juego claras, en el cual los actores relacionados en el mercado deban respetar y así poder mantener la coexistencia de los mismos, de manera que los beneficios los reciban todos; empresas y consumidores.

Por lo tanto se cree superfluo enfrascarse en el debate doctrinal de la competencia, es necesario adecuar la norma y conceptos según las situaciones coyunturales y naturales que afrontan los mercados; con la consideración de que los mercados deben universalizar las prácticas y por ende sus legislaciones, dejando en manos de la misma evolución de los mercados, la transformación de las mismas, es constante; ya que las modalidades y prácticas de comercio cada día se expanden y se acoplan de un lugar a otro.

Es importante recalcar la adecuación del personal idóneo y calificado en el ajuste e implementación de la normas de competencia. Ya que la existencia misma de esta normativa supone el estudio profundo y ético de los investigadores, coadyuvando el

sentido en pro del mercado, de los competidores y consumidores. Estos investigadores tendrán que ser capacitados con dotes de confidencialidad y profesionalismo.

La inexistencia de leyes de libre competencia, conlleva al libertinaje económico y a la inseguridad de los actores, llámese productores, distribuidores, y consumidores que al final se traducen como los afectados de prácticas restrictivas y abusivas del comercio.

Hay que tomar en cuenta, que la institución que rige y lidera la competencia, supone plena independencia financiera, para garantizar el transparente accionar de la misma. Evitando así ataduras ó manipulación por algún actor interesado en violar las normativas.

Es necesario dejar en claro que las Leyes de Libre Competencia deben ser asignadas no solo en el marco de una función económica, si no que también resulta importante, no dejar la óptica social, permitiendo el interés general, es decir las leyes deben promulgarse enteramente atendiendo a su impacto en el bienestar de todos los actores que intervienen en la sociedad.

El interés por profundizar en la adecuación de leyes de libre competencia, cobra aún mayor relevancia en la apertura de mercados, que trae consigo mismo mayor tráfico de prácticas comerciales, conllevando a un ambiente más complicado para la adecuación de dichas normas, donde cada empresa no ubica abiertamente a tan corto plazo la naturaleza del mercado que pretende conquistar.

De manera crítica es necesario señalar que muchos países de la región de América Latina, han retomado de manera tardía la implementación de las políticas de competencia, conllevando a un retardo e improvisaría adecuación de la cultura de competencia.

Una verdadera orientación e implementación de la norma de competencia toma cuerpo en las normas jurídicas que limitan, estimulan, fomentan, inducen, imponen y sancionan conductas económicas específicas creadas para proteger determinados valores de interés general. Estos determinados valores de interés general se traducen en la eficacia

económica y equidad social. que se pueden palpar desde diferentes dimensiones, tanto económica, política y social.

En el siguiente capítulo se abordara el tema de la competencia en el mercado salvadoreño, así mismo se estudiara la clasificación y tipos de mercados, las practicas anticompetitivas, el rol de la competencia en el nuevo económico a raíz de las privatizaciones y del proceso de apertura comerciales iniciado en El Salvador en los años 90'.

CAPITULO II

EL MERCADO SALVADOREÑO Y LA LIBRE COMPETENCIA

El tema de las condiciones de competencia en el mercado ha adquirido especial importancia en El Salvador, desde que se realizó en el transcurso de la década de los 90' una secuencia de importantes reformas económicas. La apertura de la economía, la privatización de la banca y empresas de servicios públicos y la desregulación de precios de bienes y servicios se llevaron a cabo sin fortalecer adecuadamente la institucionalidad del Estado¹⁷, para que este pudiera ejercer con eficiencia y eficacia sus funciones regulatorias. Las Instituciones reguladoras constituidas en los noventa (La Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones) fueron creadas con fines específicos y éstas han desempeñado sus actividades específicas, en gran medida aisladas de los otros entes reguladores y sin ninguna estrategia sistémica para prevenir las conductas anticompetitivas.

En el presente capítulo se abordará la temática del mercado salvadoreño definiéndolo y conceptualizando los actores que intervienen en el mercado caracterizado su rol y participación, por otro lado se abordará a las empresas y los consumidores quienes determinan en gran medida la articulación de la Libre Competencia que posteriormente se desarrollará a partir de la nueva dinámica que presentó el comercio salvadoreño a inicios de la década de los 90.'

2.1 Definición de Mercado

Originalmente se consideraba que el mercado significaba el lugar al que acudían periódicamente compradores y vendedores para efectuar el intercambio de productos y servicios. En sentido económico, se entiende por mercado, el conjunto de las demandas y ofertas respecto a las mercancías. Hablar de un mercado es referirse a todo ese ambiente donde compradores y vendedores están continuamente realizando transacciones

¹⁷ Herrera Mauricio, Los Beneficios de la Competencia I, Superintendencia de Competencia de El Salvador, Artículo 26-06. Disponible desde internet:
http://www.sc.gob.sv/Publicaciones/Ensayos/art_26_06.pdf

económicas ya sea que estas tengan lugar en una oficina, en la bolsa de valores, en un café, etc.¹⁸ Toda actividad gira en torno a los precios que de acuerdo con su nivel, le estará cerrando la puerta a muchos consumidores, o abriéndola ampliamente a otros que en forma tal que el consumo se incrementa.

El mercado viene definido por estos cuatro elementos¹⁹:

1. La demanda, formada por el conjunto de los compradores, se refiere a la cantidad que estarían dispuestos a adquirir, en un momento determinado y un cierto precio el conjunto de los consumidores o compradores de ese bien.
2. La oferta, formada por el conjunto de los vendedores, se refiere a la cantidad que el conjunto de las empresas productoras de un bien estarían dispuestas a vender a los consumidores, en un momento determinado y a un cierto precio.
3. La cantidad, del bien que se intercambia, la empresa oligopolista estará interesada en producir la cantidad que le permita obtener una mayor diferencia entre ingresos y costes totales, y esta situación se producirá al coincidir el ingreso marginal²⁰ con el coste marginal²¹.
4. El precio, al que se acuerda intercambiar la cantidad establecida del bien. Los empresarios están dispuestos a pagar por los factores de producción que dependerá de la aportación que estos hagan a la producción y al precio que adquieran en el mercado los bienes que se obtienen. Además se denomina precio al valor monetario asignado a un bien o servicio²².

Los precios se forman debido a ciertas condiciones de equilibrio entre la oferta y la demanda. Es decir, los precios se están formando continuamente como resultado de la concurrencia de la compra y la venta.

¹⁸ Case Kart, Fair Ray (1997), "Principios de Microeconomía" cuarta edición. Wellesly Collage and Yale University

¹⁹ Case Kart, Fair Ray (1997), "Principios de Microeconomía" cuarta edición. Wellesly Collage and Yale University

²⁰ Ingreso marginal: Generado por el aumento de la producción en una unidad.

²¹ coste marginal o costo marginal es: el cambio en el coste total que surge cuando la cantidad producida cambia por una unidad, es decir, al incremento del coste total que supone la producción adicional de una unidad de un determinado bien.

²² Conceptualmente se define (precio) como la expresión del valor que se le asigna a un producto o servicio en términos monetarios y de otros parámetros como esfuerzo, atención o tiempo.

Así mismo el precio es el elemento que une a las partes que forman la oferta y la demanda, y pueden brindar estabilidad a todo el sistema económico.

Es importante resaltar que existen algunas relaciones entre el precio-oferta- demanda, las cuales son:

- El precio tiende a poner en equivalencia la cantidad que los vendedores están dispuestos a ofrecer a la venta y la cantidad que los compradores desean adquirir.
- A menor precio se demanda mayor cantidad de una mercancía.
- Un aumento de la demanda provoca un alza del precio y una extensión de la oferta; una disminución de la demanda, tiende a provocar una baja del precio y una contracción de la oferta.
- Un aumento de la oferta tiende a provocar una baja del precio y una extensión de la demanda, una disminución de la oferta tiende a provocar un alza del precio y una contracción de la demanda.

Así mismo es importante hacer mención sobre la Ley de la oferta y la demanda que se define como el mecanismo de formación de precios; establece que el precio en el mercado de un bien o servicio es aquel para el que se igualan la oferta y la demanda.

2.2 Clasificación de los Mercados

Los mercados pueden clasificarse en función de dos criterios²³:

1. Según el punto de vista geográfico.
2. Según el punto de vista de la estructura o forma en como opera la competencia.
(modelos de mercado)

Puntualizando el primer criterio, se entiende por mercado: el área geográfica económica en donde concurren compradores y vendedores a intercambiar bienes y servicios por dinero, transacción que se realiza en función de los precios. De acuerdo con este criterio el mercado se sub divide en mercado local²⁴, nacional²⁵ y mercado mundial²⁶.

²³ Fernández Nogales, A. Investigación de mercados. Ed. Cívitas, Madrid, 2002.

²⁴ Locales: mercados que se localizan en un ámbito geográfico muy restringido: la localidad.

Considerando el segundo punto de vista, es decir, los modelos de mercado, se tienen:

- Competencia perfecta
- Monopolio de oferta
- Monopsonio
- Oligopolio

2.2.1 Características de los modelos de mercado

Un modelo es una descripción pura y simple de los fenómenos que ocurren en la economía, captando lo sustancial y expresándolo a través de ecuaciones y gráficos. Todo mercado para poder existir debe tener elementos que constituyan su demanda y su oferta. Esta clasificación depende principalmente del número de personas o entidades que configuren cada elemento constitutivo del mismo. A continuación estudiaremos cada uno de los tipos de modelos posibles en una economía.

2.3 Competencia Perfecta²⁷

Es un mercado integrado por un sin número de demandantes oferentes que van a comprar y vender un artículo perfectamente homogéneo, en donde el precio se establece por el libre juego de la oferta y demanda, sin intervención alguna de parte del Gobierno. Este modelo nos proporciona un completo equilibrio entre los niveles de mercado y el individual. Es decir, que no se produzca ni mucho ni muy poco de determinado bien, sino una cantidad exacta de equilibrio entre la oferta y la demanda a un precio específico acordado, de manera que se logre satisfacer a un precio específico acordado, de manera que se logre satisfacer las necesidades de los consumidores, procurando al mismo tiempo un retorno de inversión para los productores. En otras palabras, que se produzca en un punto en el que el precio sea igual al coste marginal.

²⁵ Mercados que integran la totalidad de las transacciones comerciales internas que se realizan en un país, también se le llama mercado interno.

²⁶ El conjunto de transacciones comerciales internacionales (entre países) forman el mercado mundial.

²⁷ FONT GALÁN, JUAN IGNACIO / MIRANDA SERRANO, LUIS MARÍA, Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos, Madrid. 2005

Es un mercado libre por la no intervención estatal, homogéneo por las características idénticas del producto, independiente porque el precio no lo puede fijar nadie distinto a las fuerzas de mercado, competitivo por la gran cantidad de empresas fabricantes y personas que demanda, así como por la facilidad de entrar y salir del mismo.

En este tipo de mercado, el ingreso derivado de la venta adicional de una unidad de productos es equivalente al precio al cual dicha unidad se vende, puesto que la empresa no puede afectar el precio de venta de otras unidades.

Veamos entonces, que existe una cantidad de producción determinado que se vende a un precio establecido, marcando ambos un punto de corte entre las curvas de la oferta y demanda conocido como precio de equilibrio del mercado.

2.3.1 Supuesto Básico

Se basa en tres supuestos básicos por el lado de la oferta y uno por el de la demanda, todos independientes producto o factor.

1) Vendedores son precio-aceptantes

Resume la idea de que individualmente cada oferente considera que un cambio en su nivel de producción bajo una condición *ceteris paribus*²⁸ no presentaría un verdadero efecto sobre el precio. Es decir, cada oferente tiene claro que sus acciones personales no afectan las de los demás en conjunto, ya que cada uno vende una proporción lo suficientemente pequeña de la producción total de la industria.

2) Vendedores no son estratégicos

En este caso, el oferente al momento de tomar sus decisiones no se preocupa por ningún tipo de reacción estratégica por parte de sus rivales. De esta manera no necesita prever cuanto va a producir o vender con base en lo que harán sus competidores al respecto, si no únicamente según considere que maximizara sus beneficios.

²⁸ Siempre y cuando el resto de los oferentes mantengan constantes sus niveles de producción.

3) Libre entrada al mercado

Se caracteriza por la no existencia de barreras de ingreso para los nuevos oferentes, a diferencia de la entrada bloqueada, donde a más de impedimentos tecnológicos (desconocer como producir el bien o carencia de factores necesarios para la producción) o legales (regulaciones gubernamentales), es imposible entrar al mercado a cualquier costo razonable.

4) Compradores son precio-aceptantes

Este supuesto por el lado de la demanda básicamente comprende que cada comprador tiene absoluta libertad de adquirir lo que desee en todo momento ya que está convencido de que no posee influencia alguna sobre el precio del mercado.

Además, la estructura de mercado adecuado para un modelo de competencia perfecta encierra puntos claves en un entorno económico como el tamaño y la cantidad de compradores y de oferentes, pues determina la capacidad de influencia de cualquiera sobre los precios; el grado de sustitución de los productos de los distintos vendedores pues se requeriría que los productos de dichos oferentes sean homogéneos; y, el nivel de información al que tengan acceso los compradores, el cual debe ser sumamente alto para que el supuesto funcione.

2.3.2 Equilibrio a Corto Plazo

Sabemos que para un mercado perfectamente competitivo alcance el equilibrio, tanto del lado de los oferentes como el de los demandantes debe ser precio aceptante, es decir, que tanto como los compradores como los productores sean capaces de escoger sus niveles de compra y de producción óptimos dados el precio vigente en el mercado. Por consiguiente, el precio no tenderá ni a aumentar ni a disminuir.

Además, en el corto plazo las nuevas empresas no logran entrar al mercado puesto que no pueden obtener los factores fijos que necesitan. Así pues, se puede optar simplemente por optar todas las curvas de oferta o de demanda a un precio dado de las

empresas individuales existentes en el mercado, para conseguir de esta manera, la curva de mercado

2.3.3 Equilibrio a Largo Plazo

El largo plazo es un período lo suficientemente extenso para que todos los factores sean variables y ninguno se mantenga fijo. De esta manera, una empresa puede ajustar todos los niveles de sus factores, incluyendo el tamaño de la planta misma; además, pueden ingresar al mercado nuevos oferentes como también pueden retirarse algunos antiguos que así lo deseen sin necesidad de incurrir en costes especiales o de enfrentar impedimentos legales.

Para hallar el equilibrio competitivo en el largo plazo deberán cumplirse ciertos requerimientos como son que todas las empresas existentes en la industria maximicen sus beneficios, que ninguna tenga estímulos para ingresar o retirarse de la industria, y que el precio del producto debe ser uno en el que la cantidad ofrecida y la demanda coinciden exactamente.

Ahora bien, corresponderá decir que el precio de equilibrio a largo plazo para un modelo de competencia perfecta se fija en el punto de intersección entre la curva de oferta y la de demanda.

2.3.4 Aplicación de un Impuesto: Efectos

Existen varios tipos de impuestos como son el *impuesto ad valorem*²⁹, cuyo monto depende del valor de la transacción gravada; otro es el llamado *impuesto unitario o por unidad vendida*, el cual se establece como un monto fijo por unidad del bien sujeto al gravamen. Por otra parte, los impuestos a las ventas, se fijan generalmente sobre una base porcentual.

²⁹ Un impuesto *Ad Valorem* es aquel para el cual el impuesto base es el valor de un bien, servicio o propiedad. Un impuesto *Ad Valorem* es generalmente aplicado al momento de una transacción (impuesto al valor agregado), pero puede ser aplicado también anualmente o en conexión con un evento especial (impuesto a la herencia).

Cuando el Gobierno establece un impuesto, normalmente el precio no sube ni baja en toda la cuantía del impuesto mismo. Sin embargo, esta intervención por parte del Estado a menudo provoca una pérdida irrecuperable de eficiencia.

Para evaluar las ganancias y las pérdidas de los consumidores y los productores deben utilizarse los excedentes del consumidor y del productor. De igual manera, el beneficio de dicho impuesto se reparte entre los compradores y los vendedores, dependiendo de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda. Si la demanda es muy inelástica en relación con la oferta, la carga del impuesto recae principalmente en los compradores, caso contrario, si es muy elástica en relación con la oferta, recae principalmente en los vendedores.

La incidencia legal de un impuesto señala quien es responsable legalmente del pago del impuesto mientras que la incidencia económica es el cambio de la distribución del ingreso provocado por la implementación de dicho impuesto.

2.3.5 En resumen

El mercado de competencia perfecta presenta los siguientes rasgos:

- Un producto es ofrecido por gran cantidad de productores. Ninguno de ellos puede influir por sí mismo en el mercado. La producción de cada producto es muy poco significativa dentro del mercado.
- El producto de cada vendedor debe ser igual al de su competidor. Debe existir homogeneidad de los productos que concurren al mercado; es decir, que a los consumidores los bienes que compitan tengan las mismas características. Los productos tienen que ser exactamente iguales.
- Los demandantes tienen que ser muchos, de manera tal que ninguno de ellos les imponga condiciones a los productores.
- Debe haber libertad y posibilidades absolutas de entrada y salida de los productores al mercado, es imprescindible la libertad de entrada y salida en las industrias, es decir, que no existan barreras que impidan a una empresa dedicarse a producir cualquier cosa, cualquier empresario que lo desee puede destinar su capital a la fabricación de un producto determinado.
- Todos los productores y consumidores conocen por igual el mercado. El mercado debe ser lo suficientemente transparente debe también existir una excelente

fluidez de los factores de producción cuya movilidad no debe verse afectadas por los obstáculos de ningún tipo.

- Debe también existir una completa fluidez de los factores de producción, cuya movilidad no debe verse afectada por obstáculos de ningún tipo.
- No debe existir ningún tipo de intervención ni por parte del Estado, ni por parte de organizaciones empresariales, ni sindicatos obreros, tendientes a afectar los resultados del libre juego de la oferta y la demanda.
- Tanto para los compradores como para los vendedores deberá ser indiferentes con respecto a quien compra y quien vende.

2.4 Monopolio de Oferta

Identificamos este caso, cuando luego de enfrentarnos a una oferta populosa, nos encontramos con una sola. Este modelo se basa en el poder de mercado que posea la empresa, es decir, la capacidad de esta para que sus acciones influyen en el precio. Así pues, se denomina a esta clase de empresas como fijadores de precio.

Entonces entendemos que cuando una sola empresa fabrica un bien carente de sustitutivos y conforma por si sola toda la industria del respectivo sector, de tal suerte que si no le compra a ella el producto no tenemos posibilidad de adquirirlo.

Un monopolista goza de una posición especial ya que no enfrenta problemas con sus competidores si es que decide subir el precio del producto, pero tampoco puede cobrar un precio excesivamente alto, sino que lo que debe hacer es investigar las características de la demanda de mercado y los costes para de esta manera poder decidir adecuadamente la cantidad que va a producir. Cabe recalcar que la economía en conjunto no percibe beneficios ya que la no competencia vuelve a la empresa descuidada e ineficiente. Ernest Fontaine³⁰ plantea esto así: “En el caso de monopolio, el aumento de venta significa una reducción en el precio del artículo” de manera que el ingreso adicional proveniente del aumento mismo en ventas es siempre menor que el precio de venta de la unidad extra.

³⁰ Fajnzylber, Fernando. Competitividad internacional: evolución y lecciones — Santiago de Chile : , diciembre 1988

Como toda empresa maximizadora de beneficios, la empresa monopolista encontrará su equilibrio cuando su ingreso marginal sea igual al costo marginal y este punto toque con la demanda.

2.4.1 Implicaciones Esenciales

El modelo de monopolio puro es el extremo opuesto de la competencia perfecta tanto por el lado de la oferta como por el de la demanda en relación al comportamiento de los precios y los requerimientos para la entrada. Se basa primeramente en el supuesto de que los vendedores tienen la potestad de fijar el precio.

1) Vendedores fijan precio

Si una empresa con curva de demanda de pendiente negativa vende X cantidad de unidades de un producto a un precio Y dólares por unidad y desea su nivel de producción a $X+1$, deberá disminuir su precio a $Y-1$ a fin de cambiar su nivel de producción de manera beneficiosa. Entonces, esta empresa no es precio aceptante, sino fijadora de precio.

2) Vendedores no son estratégicos

Este punto coincide con el del modelo de competencia perfecta, el mismo que señala que cada oferente toma sus decisiones sin preocuparse de la reacción que puedan tener sus competidores al respecto, es decir, sin anticiparse a una acción estratégica de su parte.

3) Entrada bloqueada al mercado

Al contrario de lo propuesto en la competencia perfecta, no es posible para los oferentes entrar a formar parte de la industria debido a la presencia de barreras tanto tecnológicas como legales, a decir, desconocimiento de cómo producir a un bien o carencia de los factores de producción, o excesivas regulaciones gubernamentales.

4) Compradores son precio-aceptantes

Este supuesto al lado de la demanda, supone que los consumidores adquieren los bienes que desean libremente pues son conscientes de que no poseen ninguna influencia sobre el precio, ya que son las empresas quienes determinan y fijan los precios respaldados por el alto poder de mercado.

Además, la estructura de mercado indicada para un modelo de monopolio de oferta recoge argumentos importantes como son el tamaño y número de compradores y de vendedores, pues asumiendo que los demandantes son precio-aceptantes y los oferentes no, se establece claramente quien posee el poder de mercado; el grado de sustitución de los productos de los distintos vendedores, ya que en el monopolio no existen otras empresas en el mercado y ninguno de sus sustitutos es lo suficientemente cercano.

Así mismo, el nivel de información sobre los precios y las alternativas aprovechadas de que dispongan los compradores, significando que todos estos conocen sobre el precio del monopolista y las peculiaridades de su producto; y finalmente, las condiciones de entrada, la misma que resulta legal y tecnológicamente bloqueada.

2.4.2 Teoría del Monopolista³¹

Esta teoría se basa fundamentalmente en que el monopolista debe elegir adecuadamente cuanto producir y el precio que debe cobrar, pero que además debe considerar seriamente la opción de invertir también en actividades de investigación y desarrollo que mejoraran la calidad de su producto y aumentaran su poder de mercado.

Con estas actividades se hace referencia a las innovaciones de procesos y de productos. *La innovación de procesos* se concentra en reducir el costo de producción de un producto ya existente cuanto sea posible utilizando el ingenio para lograr que se abaraten los factores de producción. *La innovación de productos* en cambio, sugiere utilizar la inventiva para lograr crear un bien o servicio absolutamente nuevo.

³¹ Cottely, Esteban. Competencia en la teoría y práctica internacionales — Buenos Aires : , abril-junio 1974

Cabe recalcar que dicha teoría encierra la idea de que el monopolista no se encuentra incentivado de diseñar y desarrollar nuevas formas de producción, ya que teme que su propiedad caiga en obsolencia y porque al saberse dueño absoluto del poder de mercado, no lo considera un riesgo justificado; a menos, que sus costos en realidad se vean afectados de manera descendente, procurándole sendos beneficios.

2.4.3 Discriminación de precios

Michael Katz define la discriminación de precios como “una practica consistente en hacer cobrar a diferentes consumidores diferentes precios por el mismo bien³²”. Y esto se justifica por el hecho de que la gente a menudo difiere en su disposición de pagar por un determinado bien. Por otro lado, un monopolista bien pudiera cobrar determinado bien. Por otro lado, un monopolista bien pudiera cobrar un precio alto si algunas personas estuvieran dispuestas a pagarlo, por esto conlleva al riesgo de que los consumidores decidan ya no comprar el bien.

Por ello, existen algunos requerimientos indispensables para que dicha discriminación sea rentable. Entre estos puntos se encuentran que la empresa necesariamente debe ser fijadora de precios ya que así esta se enfrenaría a una curva de demanda negativa que le permita cobrar mayores precios a determinados clientes dispuestos.

Además, la empresa debe poseer la capacidad de identificar a los consumidores, ya que solo así podría diferenciar a quien va a cobrar los precios más altos. Y por ultimo, los consumidores no deben tener la capacidad de practicar el *arbitraje* que es lo que Katz define como: “un proceso por el cual los clientes a quienes la empresa cobra precios bajos, realizan las compras para a su vez revender a los que la empresa cobraría los precios altos”.

A continuación veremos las tres modalidades que puede adquirir la discriminación de precios: de 1er, 2do y 3er grado además de las llamadas Tarifa de Dos Tramos.

³² Canavese, Alfredo Juan. Dineros en competencia, tasa de inflación y asignación de recursos — Río Cuarto, Córdoba : Universidad Nacional de Río Cuarto, 1978

2.4.3.1 Discriminación de precios de 1er grado

También llamada discriminación perfecta de precios, consiste en vender cada unidad de producto al precio máximo que el comprador este dispuesto a pagar por el³³. Esto significa fijar precios diferentes para los distintos clientes, reduciendo así el excedente del consumidor a cero, pues este ha sido absorbido por la empresa.

Para determinar la ganancia de un monopolista discriminador de este tipo, observamos que el precio normal vigente, sus beneficios corresponden al área situada y entre las curvas de ingreso marginal y coste marginal. Más, si opta por aplicar dicha discriminación, sus beneficios se entenderán a toda el área comprendida entre las curvas de demanda y la de coste marginal. De esta manera, el nivel optimo de producción equivale exactamente al punto en que ambas curvas se intersectan. Viéndolo desde otro punto de vista, el monopolista discriminador produce lo mismo que alguien que esta funcionando en competencia perfecta, es decir, demanda igual a coste marginal.

2.4.3.2 Discriminación de precios de 2do grado

Es cuando la discriminación va acorde con la cantidad consumida. Básicamente, consiste en cobrar distintos precios dependiendo de la cantidad del bien o servicio a adquirirse.

Al igual que en el análisis del 1er grado, estableceremos la diferencia entre una empresa monopolista que discrimina los precios y otra que no. observemos que un único precio específico, la empresa no discriminadora produce una cantidad determinada de bien o servicio, pero cobrando distintos precios por sectores basados en la cantidad comparada, aumentaría la producción y reduciría el coste. Esto se apreciaría mas bien donde haya economía de escala donde los costos marginal y promedio sean decrecientes³⁴.

³³ Llamado precio de reserva del cliente.

³⁴ En las economías de escala internas: los costos unitarios disminuyen con el volumen de producción de la empresa

2.4.3.3 Discriminación de precios de 3er grado

Esta clase de discriminación es la más difundida y se especializa en dividir a los consumidores basándose en rasgos característicos en varios grupos con distintas curvas de demanda para cada uno. La manera de llevar a cabo esta discriminación sería lograr que los ingresos marginales de los diferentes grupos sean iguales. Es decir, que el precio que la empresa reduce a un grupo resulte compensando con el aumento de otro. Los precios y las cantidades óptimas deberían ser tales que el ingreso marginal coincida con el coste marginal.

2.4.4 Tarifa de dos Tramos³⁵

Este método cuyo propósito también es de absorber el excedente del consumidor, radica en cobrar a los clientes una tarifa fija llamada *de entrada* para comprar un producto, y otra tarifa mas denominada *de uso* por cada unidad o servicio que se encuentre comprendido en el o directamente relacionado.

Para determinar el beneficio que se obtiene de este tipo de discriminación se necesita examinar los diferentes casos posibles a los que se enfrenta la empresa puesto que el problema principal radica en la elección de las tarifas respectivas que maximizaran las utilidades. Para empezar, si una empresa tratara con un solo comprador cuya curva de demanda conoce, la respuesta sería fijar una tarifa de uso equivalente al coste marginal y una de entrada equivalente al valor total del excedente de ese consumidor.

De otra parte, si la empresa se enfrentara a dos grupos de consumidores con oportunidad a una sola tarifa de entrada y una de uso, no le convendría igualar la cuota de uso al costo marginal puesto que no podría abarcar el excedente del consumidor de baja demanda y lo perdería, reduciendo sus utilidades. Por ello, la manera adecuada de lograr máximo beneficio sería fijando una tarifa de uso mayor al coste marginal y una de entrada que sea idéntica al excedente del consumidor que posee la menor demanda. En este caso, la utilidad total resultaría de la suma de las cuotas de entrada de los dos grupos de

³⁵ Disponible en Internet desde: http://www.uv.es/tgonzalo/Micro_II/Tarifa_doble_tramo.htm

consumidores mas la diferencia entre la cuota de uso y el costo marginal por la suma del total de las cantidades vendida.

2.5 Monopsonio³⁶

También conocido como Monopolio de la Demanda, se caracteriza por la existencia de un único comprador el cual posee un alto poder de mercado para influir en el precio. Al contrario del monopolio de la oferta que ya vimos donde los compradores debían adquirir los bienes a precios mas altos de lo normal, aquí pueden adquirirlos a precios mas bien inferiores al valor marginal.

2.5.1 Suposiciones elementales

Son cuatro las suposiciones sobre las cuales esta edificando el modelo del monopsonio. Algunos coinciden con los establecidos ya en el modelo de competencia perfecta.

1) Vendedores son precio-aceptantes

Significa que cualquier oferente no es lo bastante grande como para influir en el precio de un bien ya que son por el contrario los consumidores quienes poseen ese poder de mercado en este caso.

2) Vendedores no son estratégicos

Al igual que en la aceptación del precio, los vendedores no tienen ninguna necesidad de comportarse estratégicamente, pues son conscientes de que cualquier táctica por

³⁶ Es una situación de fallo de mercado que aparece cuando en un mercado existe un único consumidor, en lugar de varios. Éste, al ser único, tiene un control especial sobre el precio de los productos, pues los productores tienen que adaptarse de alguna forma a las exigencias del comprador en materia de precio y cantidad. Esto le permite al consumidor obtener los productos a un precio menor al que tendría que comprarlo si estuviera en un mercado competitivo. Un ejemplo claro de **monopsonio** es la obra pública, en la que existe una situación normal de competencia entre los productores (empresas constructoras), pero un solo demandante (Estado).

la que opten o maniobra que realicen, no será suficientemente significativa como para afectar el mercado.

3) Entrada libre o bloqueada

En este caso la entrada al mercado no es totalmente libre como en la competencia perfecta o bloqueada como en el monopolio sino que es lo bastante extenso como para abarcar ambas posibilidades.

4) Compradores son diferentes de precio

En oposición con la competencia perfecta y el monopolio, cuyos compradores vimos que eran precio-aceptantes, aquí ellos llevan el poder y por lo tanto son los que fijan el precio.

Analicemos la estructura de mercado basado primero en el comprador que debe ser solo uno y muy bien informado; el tamaño y número de vendedores, los cuales son muchos pero ninguno grande y cuyos productos son homogéneos, y la existencia o no de barreras.

2.5.2 Poder del Monopsonista³⁷

Este poder de monopsonio esta dado por el grado de elasticidad de la curva de oferta a que se contraponen los compradores. Según esto, se puede determinar que tan inferior le puede resultar el precio al cliente con relación al valor marginal del bien. En teoría, dicho poder se supedita a diversos elementos afines a los del modelo de monopolio.

Comenzaremos entonces por la elasticidad de la oferta de mercado, cuya menor tolerancia favorecerá al monopsonista con curva de pendiente positiva al superar el gasto marginal al gasto medio en mayor proporción. Como segundo factor, consideraremos al numero de compradores que exista en el mercado, ya que este debe ser reducido para

³⁷ E. R. Fontaine, Teoría de los Precios, Ediciones Universidad Católica, Facultad de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 1984.

que se de un efecto lo suficientemente significativo en el precio; y por ultimo pero no menos importante, la relación entre los compradores, puesto que no nos interesa la competencia –que produciría mas bien una subida en los precios- sino la colusión, la cual en este caso otorgaría mayor poder de mercado.

2.5.3 Equilibrio y Eficiencia

Para encontrar el equilibrio del monopsonio en precio y cantidad, necesitamos primero hallar las curvas de ingreso marginal del producto y la del costo marginal del factor. Este último es básicamente, el incremento de los gastos totales de la empresa en factores cuando contrata una unidad más del factor. Entonces, el equilibrio de la cantidad se da cuando el costo marginal del factor es igual al producto marginal, mientras que el del precio, aparecerá a medida que ascendamos en la curva de oferta horizontalmente hasta toparnos con la curva de oferta en el precio dado. Sin embargo a causa libre entrada que ofrece el monopsonio, un competidor de este modelo obtiene al largo plazo un beneficio económico nulo en el equilibrio de mercado. Debido a que en el monopsonio los precios y la cantidad de ventas son menores que en los mercados competitivos, los vendedores experimentan una pérdida de lo que se denomina el *excedente del productor* lo cual al mismo tiempo representa una ganancia para el comprador. Sin embargo, de este fenómeno resulta la *pérdida irrecuperable de eficiencia del monopsonio* provocada cuando el monopsonista compra una cantidad inferior que la maximizadota del excedente total de un factor.

2.6 Oligopolio³⁸

Es considerado parte de la competencia imperfecta y abarca industrias conformadas por muy pocas empresas que producen artículos bastante homogéneos que impiden la aparición de compañías competidoras y que se protegen con patentes y conocimientos técnicos. Se caracteriza por altos volúmenes de producción que le permite trabajar a

³⁸ Ocurre cuando en un mercado existe un pequeño número de empresas productoras de un bien o servicio igual o muy similar y por medio de su posición privilegiada dominan y controlan todos los aspectos de su producción (por ejemplo calidad, costos, precios). Las empresas se pueden coludir en la fijación de dichos aspectos. En el oligopolio los consumidores se ven obligados a pagar un precio que es, en la mayoría de los casos, MAYOR al costo marginal del producto.

costos unitarios reducidos y es un modelo intermedio entre la competencia perfecta y el monopolio.

2.6.1 Inducciones Principales

Este último modelo, a diferencia de los anteriores, se basara fundamentalmente en la idea de que los oferentes son conscientes de que sus decisiones les afectan mutuamente.

1) Vendedores son fijadores de precio

Estos además de tener influencia sobre el precio, están al tanto de que sus movimientos causan efectos sobre los precios que las otras empresas reciben por su producto, y que este efecto podría beneficiarlas en mayor o menor grado.

2) Vendedores son estratégicos

Factor clave que marca la diferencia entre los anteriores modelos vistos y el oligopolio. Como dijimos, los oferentes son concientes de que sus decisiones y acciones pueden afectar no solo a si mismo sino también a sus competidores.

3) Entrada al mercado puede ser libre o bloqueada

En cuanto a las condiciones de entrada, al igual que en el monopsonio, el mercado es suficientemente extenso como para permitirse la entrada libre o bloqueada.

4) Compradores son precio-aceptantes

Refiriéndose al lado demandante, estos piensan que cualquier movimiento que realicen no será lo suficientemente poderoso como para influir por el precio dado por el mercado.

La estructura apropiada de mercado para este modelo seria con compradores numerosos pero pequeños en influencia, con pocos vendedores pero de gran poder, con productores diferenciados o no, los compradores pueden o no estar informados sobre las demás ofertas; y, pueden o no existir barreras en la entrada de tipo legal o tecnológico.

2.7 Equilibrio de Cournot-Nash

“Un mercado se encuentra en equilibrio de Cournot-Nash³⁹ cuando cada empresa esta eligiendo la estrategia que maximiza sus beneficios, dadas las estrategias de las otras empresas en el mercado⁴⁰, es decir, que cada empresas pretende lograr su máximo resultado asequible dado lo que hacen sus competidoras.

Inmersa en la estructura de este modelo de equilibrio se encuentra la concepción de que las empresas serán capaces de cumplir el acuerdo con el fin de que todas tengan éxito. Sin embargo, Nash sostiene que sucede igual viceversa, si las empresas intentan ponerse de acuerdo.

En el caso de que dos empresas se enfrentaran a un oligopolio el equilibrio de Cournot-Nash lo encontraríamos primero hallando las curvas de reacción de ambas empresas mediante su ingreso marginal, coste marginal, e ingreso total (igualando estas dos ultimas) Así, el equilibrio aparecerá cuando las curvas de reacción de las dos empresas se intersecten.

2.8 Equilibrio de Bertrand

A diferencia del modelo de Cournot en que las empresas fijan cantidades, el modelo de Bertrand⁴¹ se trata mas bien de fijar precios. Se aplica cuando las empresas compiten eligiendo niveles de producto sobre una base y cuya estrategia radica en su elección del precio a que se venderá su producto.

En este caso para analizar el equilibrio asumimos la curva de demanda de mercado del bien homogéneo y un mismo coste marginal; así al fijar ambas un único precio, se entendería que cada una es poseedora del 50% del mercado, puesto que al cobrar las dos los mismos precios, los clientes no tendrán preferencia por ninguna.

³⁹ Economista francés Agustín Cournot (1838) y Matemático Economista John Nash (1951)

⁴⁰ Michael L. Katz, Microeconomía (1994)

⁴¹ Joseph Berthand, economista Francés (1883)

Pero ¿Qué ocurriría si una de las empresas decidiera bajar el precio común de equilibrio que representa igualdad de ganancias? La respuesta es que automáticamente acaparía todo el mercado y se llevaría una ganancia mucho mayor a la que vimos anteriormente. La “perdida” que resultaría de la reducción del precio, se vería recompensada en la expresión de su producción y dominio de ese segmento de mercado.

2.9 Colusión de precios

Kart E. Case define el termino *Colusión* como “el acto de operar conjuntamente con otros productores con el propósito de limitar la competencia e incrementar los beneficios conjuntos”.⁴² Se da cuando las empresas dominantes se ponen de acuerdo para no vender a precios inferiores que los demás. Según las ya existentes leyes antimonopolios, dichas colusiones son prohibidas y al detectarse se imponen serios castigos para las empresas involucradas, sin embargo, es una práctica que se da y que va en aumento.

Existe otra modalidad de oligopolio conocida “liderazgo de precios” que es una especie de colusión tacita que supone que la industria esta formada por una empresa grande y varias empresas competitivas mas pequeñas; que la empresa dominante maximiza sus beneficios de acuerdo con la restricción de la demanda de mercado y en función del comportamiento de las demás empresas; y, que la empresa dominante permite a las mas pequeñas vender todo lo que quieran al precio que ella misma ha determinado como líder.

2.10 Competencia Monopolística⁴³

Caracterizada por un gran numero de empresas que producen artículos no homogéneos, pero tan solo diferenciados por su marca, empaque, garantías al cliente, y precios similares; en pocas palabras, cada empresa monopoliza parcialmente un segmento o

⁴² Canavese, Alfredo Juan. Dineros en competencia, tasa de inflación y asignación de recursos — Río Cuarto, Córdoba : Universidad Nacional de Río Cuarto, 1978

⁴³ La competencia monopolística es un tipo de competencia en la que existe una cantidad significativa de productores actuando en el mercado sin que exista un control dominante por parte de ninguno de estos en particular.

parte del mercado total. Esta situación se conoce como competencia monopolística dentro de la competencia imperfecta.

2.10.1 Implicaciones básicas

Los supuestos que soportan este modelo comienzan nuevamente por el que concierne a la influencia sobre el precio el cual sostiene que los vendedores son fijadores de precio, pero que al igual que en la competencia perfecta y en el monopolio, estos no se comportan estratégicamente.

Referente al ingreso al mercado, coincide con el de la competencia perfecta que sostiene que esta es libre y no enfrenta bloqueos legales o tecnológicos. Finalmente, por el lado de los compradores, asumimos que estos son precio-aceptantes ya que no piensan que tienen ninguna influencia sobre el precio vigente de mercado.

En cuanto a la estructura de mercado, esta también se asemeja a la de la competencia perfecta excepto en que los productos de los diferentes vendedores no son homogéneos sino heterogéneos y en que los compradores pueden o no estar informados sobre las ofertas de los competidores rivales.

2.10.2 Equilibrio a corto plazo

El equilibrio monopolísticamente competitivo en el corto plazo se asemeja mucho al del monopolio, dado que las empresas ofrecen productos distintos y por consiguiente cada una enfrenta una curva de demanda con pendiente negativa.

En razón de esto, existen dos resultados posibles, el primero significaría la obtención de un ingreso adicional por la venta de la unidad marginal equivalente al precio de la misma. Pero por otro lado, podría darse la pérdida de ingreso en las unidades inframarginales al disminuir forzosamente su precio a fin de atraer la venta marginal.

2.10.3 Equilibrio a largo plazo

La competencia imperfecta entraña normalmente tres clases principales de costos económicos. *En primer lugar* como ya se ha indicado al tratar al monopolio, un problema fundamental que plantea la competencia imperfecta tanto el monopolio como el oligopolio es que los consumidores no pueden contar con un cierto incremento de la producción, aunque estén dispuestos a pagar un precio lo bastante elevado que cubra los costos de producción, o sea, que la competencia imperfecta ocasiona una pérdida de peso muerto.

Como se ha indicado, en una situación ideal la producción debe incrementarse hasta que alcance el punto en el cual el valor que atribuya el consumidor a la última unidad de producto iguale exactamente el costo (marginal) de producción.

Un segundo costo que acarrearán las imperfecciones de la competencia es la *ineficiencia organizacional*, esto es, la mala asignación de los recursos dentro de la empresa. Esta ineficiencia, que se traduce en costos de producción más altos, puede reforzar la tendencia de las empresas con poder de mercado a reducir su producción. Se suele decir que estas ineficiencias son un rasgo inherente a los monopolios públicos, pero no hay ninguna certeza de que ese problema no se de también en los monopolios privados, o incluso con los carteles en los mercados oligopolísticos. Lo que hace falta para que no se produzca esta ineficiencia es que exista una verdadera competencia en el mercado.

Y, *en tercer lugar*, los sectores caracterizados por la existencia de una competencia imperfecta tienden a generar beneficios muy superiores a los normales, denominados "rentas económicas". Estas rentas pueden revestir la forma de beneficios para los dueños de las empresas, pero también pueden revestir otras formas, tales como salarios más altos para los trabajadores o precios más altos para los proveedores de productos intermedios.

Con el fin de aprovechar y proteger estas posibilidades de beneficio, las empresas invierten recursos en la obtención de rentas. Por ejemplo, pueden gastar una cantidad excesiva de dinero en publicidad, fabricar productos con ciertas especificaciones que los hagan poco compatibles con los productos de otras empresas, hacer presiones ante la

Administración del Estado para que se las proteja, conceder derechos exclusivos de producción, etc. Los recursos reales que se inviertan en estos fines suponen un costo para toda la sociedad, que hay que agregar a los dos antes mencionados.

2.11 Tipología de Prácticas Anticompetitivas

De la enumeración de prácticas mercantiles anticompetitivas emergen dos grandes vertientes de singular importancia. Las prácticas restrictivas o monopólicas y las prácticas desleales de comercio internacional.

Conceptualmente, ambos tipos de prácticas tienen en común tres premisas semejantes: a) discriminación de precios o precios depredatorios; b) daño a la eficiencia productiva y a los consumidores y productores en general; y c) la relación causal entre ambos elementos.

2.11.1 Las Prácticas Restrictivas o Monopólicas

Las prácticas restrictivas son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, líneas de productos o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial⁴⁴.

Para efectos del comercio internacional el “Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las practicas restrictivas”, suscrito en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha definido este tipo de practicas en los siguientes términos:

Por “Practicas comerciales restrictivas” se entienden los actos y el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, con efectos o posibles efectos desfavorables sobre el

⁴⁴ Véase Jorge Witker, “Practicas desleales y Practicas restrictivas”, en Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, UNAM-IIJ, México 1994, p. 142.

comercio internacional, especialmente de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países, o que en virtud de acuerdos entre empresas formales o no formales, escritos o no escritos, tengan las mismas repercusiones⁴⁵.

Dentro de este tipo de prácticas, se encuentran los llamados monopolios naturales y legales (de derecho público) y los acuerdos anticompetitivos en las cuales los competidores restringen la competencia entre ellos sin justificación mercantil alguna.

Estos acuerdos ilícitos definen precios, limitan o restringen la producción, manipulan las licitaciones y compras gubernamentales, dividen o reparten mercados, se conocen también como “Carteles incondicionales”.

Otras modalidades de estas prácticas anticompetitivas son regulaciones económicas de orden público como normas-estándar, reglamentos técnicos o requisitos establecidos por cámaras o asociaciones de industriales o profesionales para la participación en el mercado de una industria o profesión. Los acuerdos verticales, los acuerdos horizontales, las fusiones y su incidencia en el acceso al mercado son comportamientos que en general conspiran con mercados libres, concurrenciales y competitivos.

Completan el cuadro de las practicas restrictivas la protección exagerada de los derechos de propiedad intelectual, pues si bien el binomio innovación y competencia es importante, no debe “sobrecompensarse” el costo de innovación con plazos ilimitados en desmedro de la competencia. Históricamente estas prácticas surgieron ligadas a los mercados internos, sin embargo, con la globalización sus efectos se han tornado extraterritoriales y contradictorios con las políticas comerciales.

2.11.2 Tipología

Este tipo de conductas se presentan generalmente bajo cuatro rubros:

- a) Abuso de poder determinante
- b) Acuerdos horizontales
- c) Acuerdos verticales
- d) Fusiones y adquisiciones

⁴⁵ “Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las practicas restrictivas”, Capitulo B, sección D, párrafo 1

a) Abuso de posición dominante o monopolización

Por “Posición dominante en el mercado” se entiende la situación en que una empresa, por si sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas, este en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios⁴⁶.

Prácticamente se refiere a prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia. La expresión “abuso de posición dominante” figura en la reglamentación de la competencia de un cierto número de países, tales como el Canadá o Alemania y en la Comunidad Económica Europea. En los Estados Unidos, las disposiciones equivalentes serian las referentes a los monopolios, las tentativas de monopolización o la monopolización de un mercado⁴⁷. Este tipo de practica generalmente es considerado ilegal *per se*.

b) Acuerdos Horizontales (o prácticas restrictivas absolutas)

Mediante este tipo de acuerdos se monopolizan cadenas productivas completas, evitando cualquier tipo de competencia. Por esta razón suelen denominarse también prácticas absolutas.

Los acuerdos horizontales, acuerdos entre competidores reales o posibles pueden reducir, eliminar o incrementar la competencia. Se distinguen dos grandes categorías. La primera es la de “los carteles⁴⁸” en sentido estricto o las restricciones flagrantes como la fijación de precios, las limitaciones de la producción, la división de los mercados, el reparto de clientes; y la segunda es la manipulación de las licitaciones que normalmente reducen o eliminan la competencia sin que tengan efectos compensatorios en la eficiencia económica.

⁴⁶ Fontaine, Ernesto R. Libre competencia y autorización a concesionarios locales para operar en larga distancia — Santiago de Chile : Pontificia Univ. Católica de Chile. Inst. de Economía, setiembre 1990

⁴⁷ OCDE, Glosario de economía industrial y derecho de la competencia, Ediciones Mundi-prensa, Madrid, 1995 p11

⁴⁸ Cartel es una modalidad de concentración horizontal de sociedades normalmente de carácter privado, se trata de bienes producidos, ya sean materias primas o artículos terminados.

Se ha considerado a nivel mundial que este tipo de practicas eliminan completamente la competencia, y que sus efectos siempre son nocivos tanto para el proceso económico como para los consumidores, ya que suelen eliminar la eficiencia económica en esa área especifica en el largo plazo manipulando los precios de venta y la calidad del producto, cuestión que afecta directamente a los consumidores.

c) Acuerdos Verticales (o prácticas restrictivas relativas)

Los acuerdos verticales o relativos son aquellos que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañados de alguna actividad auxiliar del proceso. Este tipo de prácticas pueden tener efectos anticompetitivos o procompetitivos, razón por la cual se han fijado varios criterios para la evaluación de las mismas.

Las relaciones verticales van desde las transacciones efectuadas entre empresas totalmente independientes hasta la integración de dos o más niveles dentro de una sola empresa. Entre esos extremos se sitúan los acuerdos contractuales que limitan la libertad de acción de la empresa en sentido ascendente o descendente (o en ambos)⁴⁹.

Los criterios de evaluación de las prácticas relativas son la determinación relevante y la posición dominante en ese mercado⁵⁰. El mercado relevante se analiza en relación al producto y al mercado geográfico. La posición dominante del mercado se refiere a una serie de características propias de una empresa, la cual le permite controlar un mercado, es decir, cuenta con el poder suficiente para fijar precios y para mantenerlos.

d) Concentraciones: fusiones y adquisiciones

Genéricamente se denomina concentración a los actos jurídicos por medio de los cuales una o mas personas buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un bien o servicio. Las formas más usuales de concentración son las fusiones y adquisiciones.

⁴⁹ Cottely, Esteban. Competencia en la teoría y práctica internacionales — Buenos Aires : , abril-junio 1974

⁵⁰ Jorge Witker, "Practicas desleales..." ob. Cit.,p 145

Una fusión es un acto jurídico por medio del cual dos o mas personas morales deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona moral diferente a las fusionadas. Una adquisición, en cambio, se da cuando una persona moral compra a otra personal moral, la cual desaparece, pasando a formar parte de la adquiriente.

Las fusiones y adquisiciones logran mediante la expansión externa lo que no puede conseguirse con el crecimiento interno de las empresas o con contratos entre empresas (es decir, con carteles) pero, en ocasiones, a costa de los consumidores.

Este tipo de actos no necesariamente son anticompetitivos, sin embargo, en muchas ocasiones sus efectos pueden llegar a serlo, por lo que en la mayoría de legislaciones se prevé un mecanismo de control mediante notificación previa de la fusión.

2.12 Intereses Protegidos

Los intereses protegidos mediante la regulación de prácticas restrictivas son esencialmente tres:

1. Promover el bienestar del consumidor (*consumer welfare*)
2. Fomentar la eficiencia económica, y
3. La protección del proceso competitivo.

1. Promover el bienestar del consumidor

El objetivo ultimo de la política y legislación de competencia es siempre el efecto en los consumidores, los efectos en otros productores solo son considerados en la magnitud que ellos afectan finalmente a los consumidores. El bienestar de los consumidores se refleja a través de mayor variedad, mayor calidad y precios bajos. Este estado es eficaz en la medida en que los consumidores no paguen ni más ni menos del costo.

El bienestar de los consumidores se mide a través de las ventajas proporcionadas a los individuos por el consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define mediante la evaluación por parte del individuo de su propia satisfacción, teniendo en cuenta su renta y el nivel de precios de los bienes y servicios. Para medir con exactitud el bienestar de los consumidores, es preciso conocer pues las preferencias de los individuos.

En la práctica, la economía aplicada del bienestar recurre a la noción de excedente de los consumidores para medir el bienestar de estos últimos. El excedente de los consumidores es un indicador del bienestar total de los consumidores. Desde el punto de vista del derecho, y de la política de la competencia, las opiniones son discrepantes en cuanto al objetivo a perseguir: para algunos es preciso maximizar el excedente de los consumidores, para otros, es preciso asimismo tener en cuenta las ventajas que se obtendrán por parte de los productores⁵¹.

2. Fomentar la eficiencia económica

Eficiencia que se da en tres vertientes:

- Eficiencia de asignación: se preocupa por asegurar que los recursos económicos sean distribuidos a aquellos que pusieron el valor principal en ellos.
- Eficacia productiva: se preocupa por asegurar que un nivel dado de rendimiento sea logrado al costo mas bajo. En mercados competitivos se logran la eficiencia productiva al mismo punto.
- Eficiencia dinámica: mientras las eficiencias de asignación y eficiencia productiva son conceptos estáticos, la eficacia dinámica esta interesada con el proceso de descubrir las mejores tecnologías, procesos y productos que agraden al consumidor incorporándolos eficazmente en el sistema económico.

En tal sentido la competencia en los mercados promueve la eficiencia gracias a que: i) conduce a los precios a los costos marginales, ii) consigue que las empresas produzcan al menor costo posible; y iii) proporcionan incentivos para las actividades de investigación y desarrollo de las empresas y la introducción por estas de nuevos productos y métodos de producción en los mercados⁵².

3. La protección del proceso competitivo

Mediante las políticas de competencia económica no se busca proteger como tal y alguno de los participantes del proceso competitivo, sino que por el contrario se busca hacer

⁵¹ OCDE, Glosario de economía industrial y derecho de la competencia, Ob, cit, p.18

⁵² Hermida, Jorge Alfredo. Administración y estrategia. — 4. ed. — Buenos Aires : Macchi, 1992

eficiente el proceso productivo, impidiendo que en alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y actividad del resto de los agentes productivos.

Hasta aquí, la presentación de las características de los diversos modelos de mercado existentes en que se desenvuelven una economía. Evidentemente, la política de competencia es una rama difícil de la política económica pues, no existe ningún modelo que comprenda todas las formas de competencia imperfecta y pueda orientar las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia en todas las circunstancias. Además, incluso en aquellos casos en que la teoría es capaz de establecer unos principios comunes, quizás será difícil ponerlos en práctica porque esto depende de las características de cada mercado, las mismas que intrínsecamente son dificultosas de observar.

2.13 El Mercado Salvadoreño

Desde la década de los 90' el mercado salvadoreño se vio fuertemente influenciado por las políticas de comercio, que conllevaron a participar dentro de las prácticas comerciales a gran escala que se estaban impulsando, dando paso a una transformación bastante compleja que requería de adecuación y de construcción de aparatajes normativos e infraestructura inexistente. Hasta la fecha todavía se trabaja en la implementación y adecuación de dicho ambiente que favorezca al crecimiento del mercado mismo.

2.13.1 La Política Comercial de El Salvador: síntesis histórica

La relevancia de estudiar la política comercial de El Salvador radica en conocer la evolución que esta ha tenido a lo largo de la última década, para observar la apertura comercial de país, hasta llegar a la firma de diversos tratados de libre comercio entre ellos el CAFTA. Es así que la política comercial puede definirse como el conjunto de intervenciones que realiza el Estado con el propósito deliberado de modificar el volumen, el contenido, el valor, y la orientación de las transacciones comerciales de bienes y

servicios entre un país y el resto del mundo, para solucionar problemas relativos a las cuentas externas⁵³.

La política comercial se ejecuta mediante dos instrumentos, los unilaterales, todo el conjunto de normas y regulaciones establecidas automáticamente por un Estado, y todos los instrumentos jurídicos comerciales, suscritos por uno o varios países los cuales se denominan instrumentos convencionales.

Cabe mencionar dos categorías que normalmente se utilizan en el comercio internacional, las llamadas barreras arancelarias y no arancelarias. Las primeras son todos los impuestos derivados del arancel y sus regulaciones complementarias; las segundas, las constituyen todos los demás instrumentos o regulaciones que actúan sobre el comercio exterior.

Por otra parte los instrumentos convencionales son cinco: el primero lo comprenden los tratados de liberalización del comercio, los cuales pueden ser bilaterales o multilaterales, cuyo objetivo principal es propiciar el incremento del comercio mediante una serie de concesiones arancelarias acordadas por los agentes estatales que suscriben el tratado, buscando recibir ventajas para sus empresarios.

El segundo son los tratados de integración: que tiene por objeto liberar por completo el comercio entre los países signatarios. Adquieren la figura de zona de libre comercio, mercado común o uniones aduaneras.

El tercer instrumento es el acuerdo preferencial, en base al cual un país o grupo de países otorga a uno o varios países preferencias arancelarias con carácter no recíproco y no extensivo a terceros países; ejemplo de ello es la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC) y el Sistema Generalizado de Preferencia (SGP).

⁵³ Ibidem.

El cuarto lo constituyen los convenios sobre los productos básicos de exportación, los cuales regulan el comercio internacional de esos productos, principalmente los precios y las cantidades que serán objeto de intercambio a nivel mundial.

Finalmente el quinto son ciertos instrumentos que los Estados utilizan en la ejecución de su política comercial, los foros orientados de la misma; dentro de ellos se negocian las orientaciones que deben sufrir las políticas comerciales, a fin de mejorar la situación económica de las economías en desarrollo, ejemplo de ello son las Conferencias de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD.

2.13.2 Evolución de la Política Comercial

Desde mediados de la década de los ochenta El Salvador comenzó a modificar profundamente su estructura arancelaria reduciendo la dispersión en torno a su promedio bajo y eliminando la mayoría de las restricciones no arancelarias a las exportaciones. Junto con la adopción de otras medidas el gobierno modificó el sistema de incentivos para eliminar el sesgo anti-exportador y estimular la producción de bienes y servicios transables.

La apertura de la economía al comercio internacional y su necesidad de modernizar el aparato productivo mediante mayores insumos y la modernización de equipos y tecnologías, condujeron a un marcado incremento de las importaciones y un déficit comercial creciente a partir de 1992.

En este contexto la economía de El Salvador, además de ser relativamente pequeña, se caracterizan por tener una estructura productiva que se concentra en unos pocos productores agropecuarios, a los que se suman algunas manufacturas livianas, muy dependientes de insumos importados y con escaso grado de articulación productiva. A principios de la década de los noventa, El Salvador optó por una política de apertura de la economía a las corrientes de comercio e inversión internacionales, junto con el reincidió del proceso de integración en un marco de regionalismo abierto.

2.13.3 La Política Comercial de los Noventa

La política comercial es una de las áreas que viene cobrando importancia en nuestro país en función de los procesos de apertura que se vienen desarrollando⁵⁴.

Es así que regímenes mas liberales comenzaron a ser adoptados, como una respuesta al estancamiento que experimentaron las economías bajo los esquemas proteccionistas que se prolongaron sin definir su clausura. Esta liberalización se da acompañada del resurgimiento de los movimientos integracionistas, aunque bajo una óptica diferente a la que prevalecía en décadas pasadas, y en el mercado de una expansión rápida del intercambio internacional, como parte del proceso acelerado de globalización de la economía.

Los adelantos tecnológicos y los avances en las telecomunicaciones y el transporte, hacen más barato el traslado de mercancías, personas y de información y facilitan el intercambio de servicios y la división internacional de los procesos productivos a los avances tecnológicos se suma, además, la existencia de normas mundiales para facilitar el intercambio.

Por tanto a principio de los noventa, problemas como alta inflación, severos endeudamientos e incapacidad de competir en la economía mundial se implementan los programas de Ajuste Estructural diseñados por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, con la finalidad de lograr una reestructuran económica y teniendo como objetivos principales el logro de las estabilización y saneamiento de la economía⁵⁵.

Uno de los componentes de los programas de ajuste estructural, impulsados por el Gobierno de El Salvador, es la política comercial externa. Es importante señalar que las medidas de apertura comercial forman parte de las exigencias del Banco Mundial hacia el gobierno, para los desembolsos del segundo y tercer tramo del "Convenio de Prestamos entre la República de El Salvador y el Banco Internacional de Reconstrucción, destinado para fines de ajuste estructural."⁵⁶

⁵⁴ Ayau Cordón, Manuel. "Dinero y Banca". Editorial Universidad Francisco Marroquín. Folleto

⁵⁵ Asociación Nacional de la Empresa Privada, "Tratado de Libre Comercio de Centroamérica y Estados Unidos, una oportunidad para la región", Revista Unidad Empresarial, Año 13. Volumen 73, Pág. 41

⁵⁶ Banco Central de Reserva de El Salvador. "Matriz Insumo Producto 1990".

El nuevo modelo de corte neoliberal tenía como principios fundamentales la acción de fuerzas de mercado y la libertad del individuo. De acuerdo con ello, debía dejarse que las fuerzas del mercado fueran las que orientaran la asignación de los recursos y al mismo tiempo fomentar la iniciativa privada y la creatividad individual. La fuerza de las reformas se puso en la desestatización (privatización) y en la desregularización (liberalización de precios y poca intervención estatal) y en la desprotección (liberalización comercial).

En este orden el Estado solo debía intervenir en los casos en que las imperfecciones del mercado fueran un obstáculo a mejor asignación de recursos. En este sentido, se proclamó un Estado pequeño que se concentrara en las funciones propias de su ámbito, cediendo aquellas tareas donde los agentes empresariales privados fueran más eficientes. Pero a la vez, se necesita de un Estado fuerte para imponer el orden e intervenir para corregir distorsiones en el mercado.

Para alcanzar estos objetivos se pusieron en marcha importantes reformas en distintos ámbitos⁵⁷. El proceso salvadoreño de privatizaciones es uno de los más agresivos que se ha llevado a cabo en Latinoamérica.

Se liberalizó el sistema financiero y las transacciones de moneda extranjera, los bancos que habían sido nacionalizados en los ochenta volvieron a la esfera privada en 1991, y con ello se liberalizaron las tasas de interés y las líneas crediticias al mismo tiempo que se reformó el marco legal del sistema bancario. Así mismo se dio la venta de otros activos, como zonas francas, ingenios, hotel, cemento Maya. En el mercado monetario, el Banco Central de Reserva intervino a través de operaciones de mercado abierto para controlar la liquidez de la economía y el tipo de cambio.

En 1990 se liberalizó el tipo de cambio y comenzó a liberalizarse depreciándose para posteriormente permanecer estable a partir de 1993 en 8.75 por 1 dólar americano, hasta que se emitió la ley de integración monetaria vigente desde enero de 2001, se liberalizaron los precios de la canasta básica que se encontraban controlados quedando

⁵⁷ Comisión Nacional de Desarrollo, *Bases para el Plan de Nación* (San Salvador: enero de 1998), 50 pp.

muy pocos bienes con precio regulados, entre ellos las tarifas de transporte público, aunque también existen regulaciones para la fijación de las tarifas de energía eléctrica, de telefonía fija y celular, y los precios de hidrocarburo.

2.13.4 Las Reformas Económicas

Durante la década de los noventa se impulsó un proceso de reformas económicas bastante profundo. Antes, un excesivo intervencionismo estatal había dado lugar a un proceso de reforma agraria y a la estatización de la banca y del comercio exterior.

El proceso de reformas se inspiró en el denominado “Consenso de Washington” presentado, que promovía de manera esquemática, el siguiente decálogo de políticas económicas:

1. Disciplina fiscal
2. Gasto público enfocado en necesidades sociales
3. Reforma tributaria orientada más a la ampliación de la base de recaudación que al incremento y la progresividad de los impuestos.
4. Tasas de interés positivas determinadas por el mercado
5. Liberalización comercial y promoción del sector exportador
6. Tipo de cambio competitivo y fijado por el mercado
7. Inversión extranjera sin obstáculos ni requisitos
8. Empresas estatales privatizadas
9. Actividades económicas con amplia desregulación
10. Derechos de propiedad con garantías reforzadas.

La fuerza de las reformas se puso en la desestatización (privatización), en la desregulación (liberalización de precios y poca intervención estatal) y en la desprotección (liberalización comercial). Sin embargo, el proceso descuidó la modernización del Estado, el fortalecimiento de las Instituciones y la promoción de igualdad de oportunidades. A continuación se hace una breve presentación de las reformas impulsadas.

La desestatización y las privatizaciones. El proceso salvadoreño de privatizaciones es uno de los más agresivos que se ha llevado a cabo en América Latina. Inició con el saneamiento y posterior venta de los bancos comerciales a inversionistas privados, la

venta de otros activos (zonas francas, ingenios, hotel, cemento Maya, etc.) y la liquidación de las empresas que monopolizaban el comercio exterior de café y empresas distribuidoras de energía eléctrica. Posteriormente, se procedió a la división y venta de la empresa de telecomunicaciones y a la transformación de las pensiones, que pasaron de un sistema de reparto a un sistema de capitalización individual de administración privada. A continuación se presenta un resumen mas completo de las acciones desarrolladas a lo largo de los años noventa en materia de privatizaciones.

Resumen de la privatización en El Salvador

Fecha o Periodo	Acción
<i>Sector Financiero</i> +1900 +1991-1994 +1996 +1998	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ley de Privatización de los Bancos Comerciales y de las Asociaciones de Ahorro y Préstamo. ➤ Venta de 5 bancos y 3 financieras por un valor de mas de 1,200 millones. ➤ Ley del Sistema de Ahorro para pensiones y ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones. ➤ Inicio del nuevo sistema de Ahorro para pensiones con 5 Administradoras de Fondos para Pensiones (Las AFP)
<i>Sector Electricidad</i>	
+ Desde 1992 +1996 +1996 +1997 +1998 +1999	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Inicio de la privatización de las distribuidoras de energía eléctrica, con la creación de cuatro sociedades que absorbían los activos de esas empresas y la posterior Ley de Privatización de las Distribuidoras de Electricidad. ➤ Ley de creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones. ➤ Ley General de Electricidad ➤ Venta del 20% de las acciones reservadas a los trabajadores. ➤ Subasta del 75% correspondiente a inversionistas extranjeros. ➤ Creación de ETESAL (Empresa Transmisora de El

	Salvador) y GESAL (Geotérmica Salvadoreña) escindiéndolas del CEL, con el propósito de su posterior privatización.
<i>Sector</i> <i>Telecomunicaciones</i>	
+1997	➤ Ley de Privatización de la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTEL)
+1997	➤ Ley de Telecomunicaciones
+1998	➤ ANTEL se divide en dos empresas: CTE-ANTEL e Intel
+1999	➤ Venta de subasta del 51% de las acciones de CTE ANTEL
	➤ Venta de INTEL
	➤ Ley de Fondo Especial de los Recursos provenientes de la privatización de ANTEL
<i>Otros Sectores</i>	
+1994	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ley de Privatización de Ingenios y Plantas de Alcohol ➤ Inicio de la Privatización de cinco ingenios ➤ Venta de Zona Franca de San Bartolo ➤ Venta de Cemento Maya ➤ Venta de planta Torrefactora de Café ➤ Venta de plantas de almacenamiento del Instituto Regulador de Abastecimientos. ➤ Venta de bodegas de almacenamiento del Banco de Fomento Agropecuario ➤ Traslados de activos de Instituto de Vivienda Urbana (IVU) al Fondo Nacional de Vivienda Popular (FONAVIPO) ➤ Contratos de administración privada de la Escuela Nacional de Agricultura (ENA) y del Instituto Tecnológico de Centro América (ITCA). ➤ Venta en subasta publica de beneficios de café, maquinaria y otros activos de INCAFE.

2.13.5 La Desregulación

Esta reforma se tradujo en la eliminación de unos 250 controles de precios y en el ajuste de las tarifas de agua potable, energía eléctrica y transporte público de pasajeros. En 1989 también se liberalizó la tasa de interés y se estableció un sistema de tipo de cambio libre, aunque bajo la supervisión del Banco Central de Reserva ante movimientos especulativos, el tipo de cambio se apreciara más, como consecuencia del flujo abundante y creciente de un sistema de tipo de cambio fijo. En el caso de algunos productos agrícolas de consumo básico se introdujo un mecanismo de aranceles variables, denominado banda de precios, con el propósito de proteger al consumidor y al productor de la enorme inestabilidad que caracteriza a los precios de esos productos en los mercados internacionales (Lievano, 1996), pero posteriormente fue eliminado.

La desprotección o liberalización comercial. Esta liberalización se llevó a cabo mediante la eliminación de las barreras no arancelarias a las importaciones y del impuesto que se aplicaba a las exportaciones de café. También se puso en marcha un proceso agresivo de reducción de los aranceles o impuestos a las importaciones. La reducción de los aranceles ha sido el resultado de tres procesos que se han desarrollado de manera simultánea. El primero es la apertura unilateral, iniciada en 1989, mediante la cual se redujo el techo arancelario de 290% a 30% y se elevó el piso de 0% a 5%, dando como resultado, para 1995, un arancel promedio no ponderado de 10.1% (OMC, 1996). El segundo es la reactivación del Mercado Común Centroamericano y el compromiso asumido en 1993, de emprender un programa gradual de convergencia hacia un arancel externo común, que implicó la reducción de aranceles de acuerdo a un calendario que determinaría el primero de julio de 1999. El tercer proceso es el de las negociaciones multilaterales y bilaterales que culminaron con la adhesión a la OMC, y la suscripción de tratados de libre comercio con República Dominicana y México, hasta alcanzar el firmado y ratificado con los Estados Unidos.

2.14 Reformas Estructurales 1990-1995

A partir de 1989 el ritmo de la actividad económica comenzó a acelerarse. Este resultado se atribuye al proceso de liberalización económica y a la implementación de reformas estructurales iniciados por la primera administración de Alianza Republicana Nacionalista

(ARENA) en un clima de menor tensión sociopolítica por los avances en las negociaciones de paz entre el gobierno y la guerrilla.

En una primera etapa de reformas, el gobierno eliminó los controles de precios, redujo los aranceles y barreras no arancelarias al comercio exterior, liberalizó el tipo de cambio y las tasas de interés y privatizó el sistema bancario. En 1995 El Salvador comenzó a moverse hacia una segunda etapa de reformas: comienza la desregulación y privatización de los sectores de electricidad y telecomunicaciones, y se reforma el sistema de pensiones en torno a las administraciones privadas de fondos de pensiones (AFP).

2.15 La Libre Competencia en el Mercado Salvadoreño

El mercado salvadoreño ha sido partícipe de una amplia y extensa liberalización de las políticas comerciales a nivel mundial, con repercusiones directas sobre los regímenes de importaciones de los países. Es por eso la existencia de un nuevo contexto internacional, el cual a su vez ha ocasionado importantes modificaciones en las condiciones de competencia.

La principal justificación para que El Salvador haya ratificado la Ley de Libre Competencia deriva de los principios constitucionales contenidos en los artículos 101 y 110 referentes a que el Estado fomentara los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores, y que las prácticas anticompetitivas como el monopolio están prohibidas.

Asimismo, frente al fenómeno de la apertura comercial que se ha venido presenciando en los últimos años, cobró mayor relevancia que el ordenamiento jurídico cuente con una ley que proteja y vele por la libre competencia del mercado, máxime cuando es una realidad que se han suscrito importantes acuerdos comerciales, con otras naciones y que recién ratifican y entra en vigor el tratado de libre comercio con los Estados Unidos de Norte América.

Es así que el artículo 102 de la Constitución Política de El Salvador establece que se reconoce la libertad económica en lo que no se oponga al interés social y que el Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de esta al mayor número de habitantes del país. Es decir que establece las bases del régimen económico que debe existir en el mercado salvadoreño.

Además, los incisos primero y segundo del artículo 110 de la Constitución Política de El Salvador establece, que 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. A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.

2.16 Periodicidad de la Competencia en El Salvador

Antes de entrar en vigencia la Ley de Libre Competencia de El Salvador no se disponía de una legislación nacional en el tema de prácticas desleales del comercio internacional específicamente en materia de competencia; y aunque en 1991, con la adhesión del país al anterior GATT ahora Organización Mundial del Comercio (OMC) empezaron a tener vigencia las disposiciones comprendidas en la misma materia, sin ocurrir cambio alguno.

No obstante lo anterior, dicha herramienta jurídica con que contaría El Salvador para hacerle frente a las prácticas desleales del comercio internacional sería en 1992 las contenidas en el Tratado General de Integración Económica Centroamérica y en el Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano.

Para el Tratado General las disposiciones incluidas a la vez en los artículos XI y XII que se limitaban básicamente a tipificar el dumping y las subvenciones a las exportaciones. Por su parte el artículo XXV del Régimen Centroamericano señalaba solamente que los Estados Contratantes podrán tomar, respecto de mercancías procedentes de fuera de la región las medidas compensatorias que sean necesarias para contrarrestar las prácticas de comercio desleal que causen o que amenacen causar perjuicio a la producción centroamericana.

Posteriormente se llevo a acabo el Reglamento Centroamericano sobre Prácticas de Comercio Desleal aprobado en 1995, el cual aranceles compensatorios, si tales practicas ocasionan o amenazan ocasionar un perjuicio serio a los sectores de las producciones nacionales, de acuerdo con los criterios determinados por la OMC. En términos generales el referido reglamento contempla que una investigación sobre practicas desleales de comercio internacional podría ser iniciada por la autoridad competente para ese entonces, es decir, la Dirección de Administración de Tratados Comerciales del Ministerio de Economía de El Salvador.

En El Salvador el debate a favor de la aprobación de la Ley de Libre Competencia surge desde 1989 para finalizar en noviembre de 2004. En este proceso de aprobación de la legislación de competencia se pasaron por varios periodos clasificados de la siguiente manera:

2.17 Periodo Junio 1984-1994

Este periodo inicia con la llegada al gobierno del Partido Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) en junio de 1989, que dio inicio al proceso de reformas económicas a favor del libre mercado en El Salvador.⁵⁸

El plan de Desarrollo Económico y Social⁵⁹ 1984-1994 reconocía la importancia de la libre competencia para el logro de la eficiencia en el mercado y la maximización del bienestar de los consumidores, para lo cual se proponía como tarea avanzar hacia la consolidación de un marco legal para fortalecer el funcionamiento del mercado con el propósito de que exista la sana competencia del mercado, se eviten la colusión y la formación de monopolios, y se controlen las situaciones que crean ventaja discrecional en perjuicio de las grandes mayorías.⁶⁰ Finalizado este periodo, el Gobierno salvadoreño no había dado iniciativa de ley a ninguna de las reformas para fortalecer el funcionamiento del mercado mencionadas en el Plan 1989-1994. No obstante, la discusión del tema se reanimo en

⁵⁸ Es durante este periodo que se da inicio al proceso de privatización y desregulación de la economía, principalmente del sector financiero y de las actividades de exportación de café y de cana de azúcar.

⁵⁹ Ministerio de Planificación. Plan de Desarrollo Económico Social 1984-1994, p.9

⁶⁰ La agenda para la creación de este marco legal a favor de la competencia incluía: creación de una Ley Antimonopolio, aprobación de una Ley de Pesos y Medidas y la creación de una Fiscalía Económica que haga cumplir las leyes económicas y evite los abusos, la corrupción y los actos económicos ilícitos.

1992 con la presentación de una propuesta de anteproyecto de ley de competencia por parte de la Fundación Salvadoreña para El Desarrollo Económico y Social (FUSADES).

Este anteproyecto, obtuvo poco apoyo del sector empresarial y de los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa, en vista de lo cual termino siendo archivado en los registros de la Comisión de Economía.

Además durante este periodo de la Administración Cristiani (1989-1994), se ejecutó en El Salvador un programa de reformas económicas, cuyos ejes centrales fueron la liberalización económica, la apertura comercial y la liberalización financiera. Uno de los objetivos específicos fue generar un nuevo sector exportador fundamentado en la diversificación de las exportaciones no tradicionales a terceros mercados. Para lograrlo, se eliminaron los monopolios estatales del comercio exterior del café y azúcar existente desde principios de la década de los ochenta, así como los controles de precios de alrededor de 200 productos, quedando únicamente 6 productos con precios controlados. Además se promulgo nueva legislación en el ámbito del comercio exterior, entre la que sobresale la Ley de Reactivación a las Exportaciones, la Ley de Fomento y Garantía a la Inversión Extranjera, la Ley de Régimen de Zonas Francas y Recintos Fiscales. Por otra parte se creo el Centro de Trámites de Exportación (CENTREX), se eliminaron los impuestos a las exportaciones; y se abrieron líneas especiales de crédito para las fases de pre y exportación.⁶¹

2.18 Periodo 1995-1999⁶²

Los rezagos en la implementación de reformas estructurales de segunda generación, entre ellas una política de competencia, comienzan a señalarse como factores explicativos del lento crecimiento de la economía⁶³.

⁶¹ El Salvador: La Liberalización de la balanza de pagos y sus efectos en el crecimiento, el empleo, la pobreza, y la distribución del ingreso, Alexander Segovia y Jeannette Larde / Julio 2004

⁶² Durante este periodo comienzan a aparecer signos de agotamiento del modelo de crecimiento adoptado en el periodo anterior: la tasa de crecimiento del PIB cae de un promedio anual de 5,5% en los primeros años de la década a un promedio de 2,6% en el segundo quinquenio.

⁶³ Entre las áreas pendientes de la segunda generación de reformas, también podemos mencionar, incrementar la carga tributaria, combatir la corrupción y mejorar la seguridad ciudadana.

El Centro para la Defensa del Consumidor (CDC) y la fundación para el Desarrollo Nacional (FUNDE) presentan en el año 1996 una segunda propuesta de anteproyecto de ley de competencia en la Asamblea Legislativa, la cual reactiva el debate de las fallas de mercado y de la necesidad de una Ley de Competencia⁶⁴.

Así mismo en este periodo el Gobierno salvadoreño suscribe en 1997 un préstamo con el Banco Mundial para la ejecución del Programa Nacional de Competitividad que consideraba entre sus componentes el fortalecimiento del marco institucional para la promoción y defensa de la competencia y de la protección al consumidor⁶⁵.

Otros organismos que apoyaron el fortalecimiento de las capacidades locales, por ejemplo, en investigación y divulgación de políticas de competencia fueron la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Unión Europea.

Este periodo se caracteriza también por un nuevo auge en el proceso de privatizaciones. Se privatizan el sector de distribución de energía eléctrica (1996), telecomunicaciones (1997) y los fondos de pensiones de empleados públicos y privados (1998). A pesar de que estos procesos estuvieron acompañados del establecimiento de marcos legales e institucionales para la regulación específica de estas actividades, durante debates correspondientes a estas reformas se expresó una coincidencia entre los sectores empresariales, sociales, académicos y políticos: la necesidad de contar con un marco legal general para promover la competencia que evitara que las privatizaciones refuerzan las tendencias hacia la concentración del poder económico en el mercado, y con ello se perjudique a los usuarios de los servicios privatizados.

Durante este periodo se presentan dos anteproyectos de Ley de Competencia. El primero a iniciativa del Partido FMLN y el segundo a iniciativa del Partido de Conciliación Nacional (PCN).

⁶⁴ Los modelos de legislación de competencia contenido en los diversos Anteproyectos de Ley de Competencia.

⁶⁵ Una de las actividades diseñadas para este programa era el apoyo al Ministerio de Economía (MINEC) para el diseño de una Ley de Competencia.

2.19 Periodo 2000, Marzo 2003

El periodo inicia con la creación de la Comisión de Libre Competencia en la Asamblea Legislativa con la misión especial de analizar los anteproyectos de ley de competencia y generar un anteproyecto de consenso para someterlo a un proceso de consulta.

La Comisión funcionó de manera irregular por espacio de 18 meses, período durante el cual no se pudo lograr el objetivo para la cual fue creada, debido a una serie de circunstancias. Entre estas cabe mencionar los inconvenientes generados por el mecanismo acordado entre el Ministerio de Economía y la Comisión para la revisión y aprobación de esta Ley.

Es en este lapso que se presentó un nuevo anteproyecto de ley a iniciativa de algunos parlamentarios integrantes de la comisión de fomento de la competencia, el cual retomó uno de los borradores no oficiales elaborados por el Ministerio de Economía.

2.20 Abril 2003 – Actualidad

En el mes de Julio de 2003 se presentó la versión oficial del Anteproyecto de Ley de Libre Competencia elaborado por el MINEC y la convocatoria a las principales Instituciones representativas del sector empresarial, académico, y de consumidores a participar en un foro consultivo sobre el Anteproyecto de Ley de Competencia. Este foro de consulta se realizó en el mes de septiembre, y arrojó como principal resultado el logro de consensos básicos en torno al contenido de esta legislación⁶⁶.

Un foro similar, pero de carácter privado, fue convocado por el Ministerio de Economía y la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) en el mes de octubre de 2003, con

⁶⁶ Entre los principales consensos logrados en este foro pueden mencionarse: necesidad de independencia de la agencia de competencia, sanciones que inhiban conductas anticompetitivas pero que no sean confiscatorias para las empresas. Entre los principales consensos logrados en este foro pueden mencionarse: necesidad de independencia de la agencia de competencia; sanciones que inhiban conductas anticompetitivas pero que no sean confiscatorias para las empresas.

la participación de los representantes de las empresas y/o grupos empresariales que se consideraba que poseían una posición dominantes en el mercado⁶⁷.

Luego de este impulso inicial, la discusión del anteproyecto de Ley de Competencia entro en una nueva etapa de estancamiento que finalizo en el mes de septiembre de 2004, cuando la Comisión de Economía del nuevo gobierno del Presidente Antonio Saca decidió incorporar la aprobación de esta Ley como uno de los tres puntos prioritarios de la agenda de ese año y elaboro un plan de trabajo para lograr su presentación y aprobación en el pleno legislativo. Finalmente este proceso concluyo, el día 26 de noviembre de 2004, fecha en que fue aprobada la Ley de Competencia, habiéndose publicado en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 2004 y que entro en vigencia al 1 de enero de 2006.

2.21 Factores que Influyeron en la Presentación de los Diversos Anteproyectos de Ley de Competencia

Los principales factores que influyeron en la presentación de los diversos anteproyectos de ley de competencia y que, en mayor o menor medida, reflejaron un renovado interés en torno a la necesidad de contar con una política de competencia en el país, fueron los siguientes:

- El proceso de reformas económica iniciado en 1989, que consideraba como ejes centrales la estrategia la liberalización de los mercados y la apertura de la economía.
- El proceso de privatización de servicios públicos, y la amenaza de posibles efectos anticompetitivos provenientes de este proceso.
- Los avances en los procesos de negociaciones de acuerdos comerciales, particularmente con países que cuentan con una normativa de competencia.
- El Programa Nacional de Competitividad.

Con relación al impacto de las negociaciones comerciales y la aprobación de la Ley de Competencia, desde la primera ronda de negociaciones, en torno al CAFTA-RD, en San José Costa Rica, en enero de 2003, Estados Unidos fue enfático en resaltar la

⁶⁷ Las empresas participantes en este foro privado como fueron: cemento CESSA, Grupo Taca, Abansa, La Constancia, Telefónica, Telecom, entre otras.

importancia de una ley de Libre Competencia. En particular, los estadounidenses se refirieron a que una ley de libre competencia, le da más transparencia a la interacción entre los agentes económicos y nivela el campo de juego. En ese marco, Estados Unidos manifestó su preferencia por negociar y suscribir tratados de Libre Comercio con los países que tuvieran este tipo de ley. De ahí que se podría considerar que la aprobación posterior de la Ley de Libre Competencia, podría haber tenido como una de sus fuerzas impulsoras las condiciones implícitas del CAFTA-RD, aunque no se sabe hasta que punto este factor pudo haber influido en ello.

2.22 Principales Obstáculos en el Proceso de Aprobación de la Ley de Competencia

Entre los principales factores que impidieron la aprobación de una Ley de Competencia, se destacan los siguientes:

- a) La resistencia de los sectores empresariales que hasta la fecha se han beneficiado de las “Reformas no empresa” y la ausencia de una orientación clara y definida a favor de la competencia dentro del modelo económico salvadoreño.
- b) La no incorporación de este tema dentro de la agenda económica prioritaria del Estado salvadoreño.
- c) La falta de consenso entre las principales fuerzas políticas representadas en la Asamblea Legislativa acerca del tipo de institucionalidad mas apropiada para garantizar la autonomía de la agencia de competencia y la efectiva aplicación de la legislación de competencia. La falta de consenso sobre este tema detuvo el proceso de formación de la ley y durante el periodo marzo 2001-septiembre 2004, y constituyo uno de los puntos más álgidos del debate que procedió a la aprobación definitiva de la ley.
- d) La falta de capacidad técnica y comprensión de la importación de la competencia, lo cual dificulta con seriedad y con detenimiento este tema. Persiste la creencia que la ley de competencia tiene como objetivo controlar la actividad del mercado, lo cual se asocia a un impedimento para la liberalización de la economía. O bien se tiende a confundir con la dimensión de la protección de los derechos del consumidor.

- e) La falta de una cultura de competencia en el país, en especial entre los sectores empresariales, incluyendo la pequeña y la mediana empresa. En la actualidad los acuerdos que limitan la competencia entre competidores no son vistos como una forma aceptada de hacer negocios.
- f) La falta de confianza en el Órgano Judicial, especialmente de su independencia y de sus capacidades para conocer y resolver en forma oportuna y apegada a derecho, las demandas de inconstitucionalidad y los recursos judiciales, que se presentan una vez entre en vigencia la Ley de Competencia.
- g) La desconfianza y poca transparencia que caracterizó al proceso de formación de la ley, y que se manifestó en la existencia de “agenda paralelas” entre las principales fuerzas políticas involucradas.

2.23 Principales Efectos Anticompetitivos de la Legislación Económica Salvadoreña y Posibles Efectos de los Acuerdos Comerciales sobre las Condiciones de Competencia

El artículo 110 de la Constitución de la República de El Salvador establece que no podían autorizarse monopolios, sino a favor del Estado o de los Municipios cuando el interés social lo haga imprescindible. Salvo estas excepciones, la constitución prohíbe las prácticas monopolísticas con el fin de garantizar la libertad empresarial y proteger el interés de los consumidores.

Esta prohibición general contenida en la Constitución se contradice en la práctica con algunas disposiciones de la Legislación Mercantil que han permitido la existencia de prácticas anticompetitivas y algunas de las cuales han sido derogadas de forma simultánea a la aprobación de la Ley de Competencia, como por ejemplo los artículos 489 y 491 del Código de Comercio.

Otra disposición jurídica que permitía la existencia de elementos anticompetitivos, y que han sido derogadas de manera simultánea a la aprobación la Ley de Competencia es el artículo 8 de la Ley de Transporte y Distribución de Productos de Petróleo.

Con relación a los convenios comerciales y su impacto en la competencia, según el Instituto CATO (2004)⁶⁸, el CAFTA RD⁶⁹ contribuirá a profundizar y a consolidar la liberalización de las economías centroamericanas y dominicana, a fortalecer y hacer mas transparente y eficientes los marcos regulatorios que rigen la provisión de servicios, en muchas áreas de gran importancia para la economía como: en el sector de telecomunicaciones, servicios financieros, comercio electrónico y energía. El CAFTA-RD “También remueve ciertas restricciones onerosas en la distribución de productos importados en Centro América. Bajo los supuestos regímenes de protección al negociante, la distribución de exportaciones norteamericanas a la región está entorpecida por relaciones ineficientes, exclusivas y prácticamente permanentes con distribuidores locales, sin importar el desempeño de las compañías locales.

Las reglas nuevas proporcionaran a las compañías norteamericanas mayor amplitud en escoger distribuidores y para negociar los términos de la relación”. Todo lo cual podría incentivar la inversión e impactar positivamente el crecimiento y el empleo en la región.

Sin embargo, los beneficios no serán automáticas, en particular, la existencia de sustancias subvenciones al sector agropecuario de Estados Unidos plantea ingentes desafíos para los países de la región, tanto desde el punto de vista del menoscabo en la competitividad de la producción agrícola centroamericana, en productos que la región podría tener ventajas comparativas para exportar al mercado de Estados Unidos, (azúcar y algodón): como del impacto negativo que un aumento en las importaciones agrícolas subsidiadas podrían tener en la producción y empleo del sector agropecuario Centroamericano.

Enfrentar el problema del impacto de los subsidios exigirá para los países centroamericanos el planteamiento de una estrategia de dos vías; que por una parte incluya la implementación de un plan de apoyo efectivo a los productores de bienes

⁶⁸ Instituto CATO (2004). El CAFTA: Consolidando la revolución de la libertad en Centro América.

⁶⁹ Según la Prensa Grafica para que el CAFTA entre en vigencia, Centroamérica y la República Dominicana deben aprobar cerca de 70 reformas contempladas dentro del acuerdo, la mayoría están concentrados en la protección de la propiedad intelectual, defensa de los derechos de los trabajadores, medidas para agilizar los servicios aduaneros y la certificación de la seguridad en aduanas. La Prensa Grafica, viernes 21 de octubre de 2005.

“sensibles” (arroz, productos lácteos) de los países centroamericanos, para que durante el proceso gradual de desgravación arancelaria contemplado en el CAFTA-RD se pueden ajustar al nuevo entorno; y por otra, apoyar en los foros internacionales, especialmente en la Organización Mundial del Comercio (OMC), las iniciativas conducentes al desmantelamiento de las medidas y políticas de subsidios.⁷⁰

Un informe reciente del Banco Mundial (BM) 2005⁷¹ señala que “los compromisos del CAFTA-RD prometen asegurar muchos de los cambios en políticas y normas implementados en años recientes relacionados con la apertura de la competencia en sectores anteriormente protegidos (por ejemplo: telecomunicaciones, servicios financieros, energía) y la modernización de regulaciones y procedimientos clave en áreas como las compras gubernamentales, los derechos de propiedad intelectual y el trato de inversionistas (y licitaciones) de otros países”⁷².

La experiencia de El Salvador en el área de la apertura a la inversión privada nacional y extranjera en el área de distribución de energía eléctrica y telefonía fija, señalan que la apertura es una condición necesaria pero no suficiente para incrementar la competitividad y la eficiencia en el sector. En ese contexto para que se den los resultados esperados los países de la región tendrán que acompañar la implementación de los compromisos del CAFTA-RD con una agenda complementaria de políticas para responder a las restricciones a la competencia, y poder así gozar de mejores resultados sociales y económicos con esta iniciativa.

2.23.1 El clúster del cemento en El Salvador

El proceso industrial del cemento es relativamente simple, básicamente se trata de la fabricación de un solo producto. Por otra parte, se produce cemento en todos los países, se usa para el desarrollo de la infraestructura, por lo que es importante especialmente para los países en desarrollo y sus necesidades de moderna infraestructura.

⁷⁰ FUNDE (2004): “Análisis preliminar de resultados del sector agropecuario salvadoreño en las negociaciones del TLC con Estados Unidos.

⁷¹ Ver Banco Mundial (2005), “CAFTA-RD: Desafíos y oportunidades para América Central.

⁷² Ibidem, p.6

La producción de cemento causa impactos ambientales negativos de gran significancia, sin embargo, se puede lograr una importante reducción, por ejemplo, de las emisiones a la atmósfera a través de medidas de eficiencia energética, así como también mediante el uso de materiales para el mezclado.

2.23.2 Cemento de El Salvador, S.A. de C.V. (CESSA)

Este es el único productor de cemento en El Salvador, y por tanto es un monopolio. Esta empresa posee la capacidad instalada para suplir la demanda nacional para los próximos siete años.

Un FODA⁷³ sobre esta empresa se podría resumir de la siguiente manera:

Fortalezas:

- Único productor de cemento en el país
- Altas barreras de entrada y pocos sustitutos
- Relación tecnológica y estratégica con grupo Suizo “Holcim”
- Alta eficiencia de producción
- Diversidad de cementos

Debilidades y Amenazas:

- Industria con altos niveles de consumo energético
- Incremento de la importación de cemento en el país, debido a la incursión de una nueva empresa productora de Honduras (Cemento América)

Oportunidades:

- La industria de la construcción es de las dinámicas en el país y se prevé un mayor crecimiento y dinamismo ante un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

⁷³ FODA (en inglés *SWOT*), es la sigla usada para referirse a una herramienta analítica que le permitirá trabajar con toda la información que posea sobre su negocio, útil para examinar sus Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas.

Perfil Financiero

La estrategia de la reducción de costos de la firma, ha llevado a la empresa a invertir cerca de \$18 millones en el proyecto de uso de combustible “petcoke”. La reducción del 2% en ese mismo periodo, se ve explicada por la reducción del efectivo y equivalentes y las inversiones temporales.

Dadas las altas barreras de entrada a la industria y la relación estratégica de CESSA con el grupo suizo Holcim líder mundial en la producción y comercialización de cemento, el cual posee el 20% del capital accionario de la compañía, se juzga poco probable la entrada de nueva competencia al menos en el corto plazo. La calificación de las acciones esta fundamentada en la estabilidad financiera que presenta la empresa, sin embargo, dicha calificación esta restringida por la falta de profundidad del mercado accionario en El Salvador. La respectiva de la empresa a largo plazo es estable.

La empresa históricamente ha mostrado muy buenos indicadores de liquidez, a diciembre de 2003, la estructura activa manifiesta una disminución en los activos corrientes respecto a diciembre de 2002.

El patrimonio de la empresa se incremento en el mismo periodo en 5% lo que equivale a \$7.1 millones. El aumento interanual se da, principalmente, por el aumento en el capital social en \$12 millones y en la reserva legal por un monto cercano a \$5.7 millones y disminución de utilidades de ejercicios anteriores \$10.4 millones.

La ventas anuales de la compañía aumentaron en 8.3% lo que equivale a \$9.5 millones, por otra parte, el costo de ventas se incremento en \$7.8 millones, permitiendo registrar una utilidad bruta acumulada a diciembre del año 2003 en la eficiencia bruta respecto al año 2002. Los gastos de operación son 1,9% superiores a los registrados en un año atrás.

Capacidad de la Planta

Cemento de El Salvador, S.A. de C.V. y subsidiarias CESSA se dedica a la producción, comercialización y distribución de cemento y otros productos relacionados. CESSA utiliza actualmente dos plantas: Planta “Maya” y Planta “El Ronco” ambas ubicadas en Metapan. Actualmente la producción anual de la cementera es de un millón 70 mil toneladas métricas de cemento, es decir 27 millones de bolsas (cada una de 42.5 Kilogramos).

2.23.3 Estructura del Mercado

La producción y la distribución del cemento gris, o cemento Pórtland, tiene características muy específicas que lo convierten en un producto difícilmente sustituible. Existe algún margen para reemplazar diferentes especificaciones de cemento; productos de mejor calidad (ciclo de vida más amplio) y mayor precio pueden sustituir a otros de menor calidad y menor precio, o viceversa. La tendencia internacional y dentro de la región es de estandarización de la tecnología de producción y de las normas de calidad del producto. El cemento gris es una combinación de piedra caliza, arcilla, arena y yeso. Los tres primeros insumos constituyen la base de la producción del clinker, que a su vez conforma el 95% del cemento Pórtland.

Dentro de cada categoría de cemento, pero especialmente en la categoría Pórtland, la calidad es bastante uniforme dentro de la región y en general, cumple con normas internacionales, como las de American Society For Testing and Materials (ASTM). Solo en algunos casos existe un cemento muy similar al Pórtland, como es el caso del Supernic de Nicaragua, que es un sustituto muy cercano a este último y un poco más barato (alrededor de 3% menos que el Pórtland).

El cemento, por otra parte, es un producto costoso de transportar, de pronta caducidad (solamente dura alrededor de un mes, dependiendo de condiciones climáticas y humedad del medio ambiente y otros), y por tanto de difícil almacenamiento. Su comercio internacional, incluso nacional, está fuertemente condicionado por tales características.

Estos rasgos, a su vez, pueden dar pie a que haya colusión entre las empresas para distribuirse geográficamente el comercio de este producto. En principio, las empresas extranjeras podrían también operar en los mercados de cada país con convenios de exclusividad.

En Centroamérica existen 12 empresas productoras de cemento gris (además de otros tipos de cemento y otros materiales para la construcción) con un total de 17 plantas y una capacidad anual de producción de más de 8.0 millones de TM de todo tipo de cemento.

La distribución del producto también está concentrada en la mayor parte de los casos en manos de las empresas productoras.

La industria cementera, en general tiene un comercio internacional limitado debido a que una serie de restricciones naturales que imponen las características del producto. Por ejemplo, la actividad importadora es mucho más importante que la exportadora, siendo Costa Rica el único país de la región que exporta una cantidad sustancial y que tiene una balanza comercial positiva en este rubro. El comercio se está dinamizando y a ello está contribuyendo los Tratados de Libre Comercio con México y entre los países de la región, asimismo por la proyectada unión aduanera, entre otros acuerdos regionales e internacionales.

CESSA es la única productora de cemento en el país. Pero existen otras empresas que también comercializan y distribuyen este producto. La empresa mantenía una participación de mercado a diciembre de 2003 de 94.7%. El año anterior tenía el 95.1%. El restante 5.3% proviene de importaciones que se realizan de algunos países de Centro América. Podría haber un crecimiento de las importaciones provenientes de la nueva molinera de cemento que se está construyendo en Honduras.

La demanda de cemento y de productos relacionados está fuertemente afectada por el ciclo de la actividad económica. Normalmente, variaciones en el comportamiento económico del país se ven reflejadas en las ventas de cemento, sin embargo, otros eventos extraordinarios pueden ser detonantes en el comportamiento del consumo de cemento y productos relacionados. Las actividades de reconstrucción después de los terremotos influyeron en el aumento de la demanda de cemento. Además los proyectos de inversión estatal y municipal (inversión pública) impulsaron positivamente los resultados de la empresa.

2.23.4 Poder de Mercado

Podría decirse que todas las empresas cementeras a nivel de la región centroamericana han introducido una serie de innovaciones tecnológicas durante los últimos años. Se ha pasado en general, de un proceso húmedo de producción a uno seco, que es ahorrador de energía y agua.

CESSA, la única empresa cementera en El Salvador, ha llevado a cabo inversiones para instalar plantas nuevas muy modernas. Además, se han modernizado sus laboratorios para controlar la calidad de sus productos y se han llevado a cabo inversiones para la ampliación y rehabilitación de otras plantas. En el 2002 CESSA pago 13.5 millones de dólares a la empresa de ingeniería F.L. Smith A/S para convertir la línea de producción de la planta de Metapán, de modo que se pueda utilizar coque en lugar de combustóleo para reducir el costo de la energía (comenzó a operar el nuevo sistema en el 2003).

Existe una estrategia de integración vertical con empresas que producen derivados del cemento incluso con los distribuidores, quienes pueden ofrecer a clientes un paquete de materiales de construcción, mayor velocidad y capacidad de despacho, si la distribución esta integrada, a la vez que las empresas ahorran costos de almacenamiento entre otros ahorros de costos.

2.23.5 Barreras a la Entrada de la Industria y al Mercado

La barreras mas fuertes a la entrada son de tipo natural, la mas importante es la geografía pues, debido a las características del producto, de gran peso, su transporte es muy costoso. Este rasgo resulta en una limitada comercialización a nivel internacional y también genera un terreno fértil para la colusión entre empresas cementeras para distribuirse el mercado de acuerdo a su ubicación territorial. Obstaculizando así la incorporación de nuevos productores. Entre las barreras geográficas esta la necesidad de las empresas productoras de cemento de tener acceso a yacimientos de clinker cercanos a la industria. No todos los países tienen yacimientos de este tipo dentro de sus fronteras. Es evidente lo mucho que incide la barrera natural que impone el elevado costo de transporte del cemento. Este elevado costo, que requiere una nueva empresa de cemento también constituye un obstáculo al ingreso de nuevos productores. En efecto, la inversión mínima rentable de una empresa y su difícil conversión a otro tipo de actividades (se trata de activos altamente especializados) es el origen de esta dificultad. Un nuevo competidor necesitara una inversión de mas de \$40.0 millones, y además se estima que para ingresar a la comercialización se requieren de mas de \$15 millones adicionales.

Otra barrera de ingreso a nuevos competidores es la relativa ventaja de las empresas ya establecidas y que son conocidas por los consumidores. Respecto al acceso al mercado existen barreras arancelarias para el ingreso del cemento al mercado interno, ya que el arancel máximo cobrado al producto en aduanas es de 15% si proviene de países que no sean los de Centroamérica y México.

2.23.6 Precios

El precio del cemento en los países centroamericanos es bastante heterogéneo y se ve una diferencia en el precio de hasta 33% entre el precio mas bajo (Guatemala) y el mas caro (Panamá).

Hasta principios de los noventa el precio del cemento era regulado por el Estado. Después se privatizaron las empresas del Estado y se desregularon los precios. Sin embargo, la liberación de precios, no ha conducido a una mayor competencia en los precios. Aun mas, a pesar de haberse introducido importantes innovaciones tecnológicas en la industria cementera, esto no se ha visto reflejado en los precios. Por el contrario estos han tendido a aumentar.

A lo largo de los últimos 10 años, el sector cementero en Centro América ha pasado de ser un conjunto de empresas nacionales, enfocadas al mercado interno, a pertenecer a conglomerados internacionales. En este sentido, su funcionamiento normal condicionado por aspectos geográficos, paso a ser materia estratégica de conglomerados internacionales, donde la competencia por vías alternas a los precios entre las grandes empresas, las distribuciones geográficas, la colusión en materia de precios, etc, adquieren una nueva dimensión.

Finalmente, se detecta una elevación del precio del producto desde antes de la privatización y desregulación del sector. Todos los beneficios en materia de productividad, y por tanto, menores costos logrados con base en innovación tecnológica, mejor almacenamiento y transporte, ahorro de energía, ahorro de agua, etc. no se han traducido en menores costos del cemento de los productos derivados. Así estos avances en materia

de costos muy probablemente han rendido mayores márgenes de ganancias a los conglomerados internacionales y sus socios locales.

El impacto sobre los consumidores de cemento es diferente según las características de estos. Para los constructores de edificios y casas de alta calidad la apertura comercial y el ingreso de los conglomerados internacionales a los mercados de la región ha significado una disponibilidad de una mayor variedad de materiales de construcción, una mejor calidad de ellos y las posibilidades de realizar construcciones más sofisticadas. Para los sectores menos prósperos se ha encarecido la construcción y han desaparecido del mercado algunas calidades de cemento menos costoso, además de haber subido el precio del cemento Portland.

Basado en el esquema de los modelos aquí presentados concluimos que existe competencia perfecta en su sector cuando, entre otras cosas, las empresas que lo componen observan que ninguna de ellas ejerce influencia apreciable en los precios o cantidades del mercado. Lo más probable es que esto ocurra cuando el sector está siempre produciendo una unidad de producto suplementaria si el precio que obtengan por ella cubre el costo de producirla.

En un sector de este tipo el mercado sería eficiente porque el costo de la última unidad de producto será exactamente igual al precio que los consumidores estén dispuestos a pagar por esa unidad.

En consecuencia, la utilidad del modelo de competencia perfecta se deriva, no de que sea aproximación cercana a los mercados reales, sino de que constituye un punto de referencia para determinar si tal o cual estructura de mercado se aparta de la eficiencia plena.

Lo opuesto a la competencia perfecta es el monopolio. El origen de la ineficiencia social que entra el monopolio no es que le quite a los consumidores una parte de su excedente para transferirlo a los productores. El problema con este otro tipo de mercado es que el productor monopolístico limita la producción con objeto de hacer subir el precio por

encima del nivel eficiente que alcanzaría si hubiera competencia perfecta, para que así le produzca un beneficio mayor.

En esta situación los consumidores pagarían por unidad de consumo adicional un precio superior a lo que cuesta producirla. En consumo adicional un precio superior a lo que cuesta producirla. En vista de esta pérdida por peso muerto o ineficiencia del monopolio, se justifica, por lo menos en principio, el adoptar alguna medida correctiva. Esta ineficiencia se debe en parte a que la empresa monopolística no puede cobrar un precio diferente a cada consumidor según el valor que este atribuya al producto de esa empresa.

Esto es lo que se conoce como “discriminación de precios”, un proceso complicado de llevar a cabo puesto que en primer lugar, quizá sea difícil saber lo que cada consumidor esta dispuesto a pagar para poder hacerle una oferta adecuada que le permita tomarla o dejarla. En segundo lugar, el monopolista quizá no pueda impedir que los consumidores a los que se les ofrece un precio bajo revendan el producto o servicio a consumidores a los que se les ofrece un precio alto.

Sin embargo, en muchos sectores las empresas logran superar esos obstáculos aunque por lo general esto les obliga a ofrecer algunos servicios adicionales incorporando al producto determinadas características con el fin de dividir a los consumidores en grupos diferentes. Por ejemplo, en el sector del transporte aéreo se cobran precios mas elevados a los pasajeros de la clase preferente que a los pasajeros de la clase turista.

Por otro lado, la mayoría de los sectores ni están dominados por monopolios ni en ellos reina la competencia perfecta, sino que más bien se sitúan en una zona intermedia. A causa de la complejidad y diversidad de las estructuras de mercado posible, no existe una definición única que describa el funcionamiento de la competencia imperfecta. El termino competencia monopolística es un termino genérico que se utiliza para definir las estructuras de mercado en las que operan un numero limitado de empresas, numero que es pequeño como para que cada empresa pueda influir en su precio de mercado.

El problema fundamental con que tropieza un competidor monopolístico es que cada empresa se siente estimulada a producir mas, lo que hará que el volumen de producción sea mayor del que permitiría maximizar los beneficios para el conjunto del sector.

Esto nos conduce al punto de la eficiencia que no necesariamente representa equidad, de donde concluimos que el equilibrio competitivo del precio y la cantidad tienen dos principales propiedades que son la eficiencia en producción y en consumo. La producción es eficiente en el sentido en que todos los productores son elaborados al menor costo posible, mientras que por el lado del consumo, el valor que un comprador destina para la adquisición de un bien es exactamente igual al costo marginal de producirlo.

De otra parte, un mercado puede no gozar de bienestar debido además a impuestos ineficientes y restricciones en la entrada. Por ello, se sostiene que el equilibrio competitivo no es óptimo cuando un bien valioso carece de precio o se le ha asignado uno incorrecto.

Otro es el problema de las externalidades puesto que en ausencia de regulaciones gubernamentales, las fabricas no pagan por la contaminación que producen, ignorando así el costo que causan a la sociedad en el momento de decidir cuanto producir, entonces se produce mas de lo que es socialmente optimo. Estas distorsiones provenientes de la producción ineficiente luego se revierten e precios inadecuados y posteriormente en fallas de mercado.

CAPITULO III

ATRIBUCIONES DE COMPETENCIA EN EL SALVADOR Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON ESTADOS UNIDOS

La libre competencia representa la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener compradores, la cual tiene una dimensión nacional e internacional.

3.1 Principios Generales de Competencia, Organización Mundial del Comercio (OMC) ⁷⁴

Los Acuerdos de la OMC son extensos y complejos porque tratan de textos jurídicos que abarcan una gran variedad de actividades, como las siguientes cuestiones: agricultura, textiles y vestido, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, normas industriales y seguridad de los productos, reglamentos sobre sanidad de los alimentos, propiedad intelectual y muchos temas más. Ahora bien, todos estos documentos están inspirados en varios principios simples y fundamentales que constituyen la base del sistema multilateral de comercio, los cuales son:

El sistema de comercio debe ser: ⁷⁵

- a) **no discriminatorio** - un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales (se concede a todos, de forma igualitaria, la condición de "nación más favorecida" o NMF); y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o **ciudadanos extranjeros (se les concede el "trato nacional")**.
- b) **más libre** - los obstáculos se deben reducir mediante negociaciones.
- c) **previsible** - las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (que incluyen los aranceles, los obstáculos no arancelarios y otras medidas); un número

⁷⁴ Organización Mundial del Comercio, Principios Generales de Competencia, 154, CH-1211 Ginebra 21, Suiza

⁷⁵ Organización Mundial del Comercio, Sistema de Comercio, 159, CH-1211 Ginebra 21, Suiza

creciente de compromisos en materia de aranceles y de apertura de mercados se "consolidan" en la OMC.

- d) **más competitivo** - se desalientan las prácticas "desleales", como las subvenciones a la exportación y el dumping de productos a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado.
- e) **más ventajoso para los países menos adelantados** - dándoles más tiempo para adaptarse, una mayor flexibilidad y privilegios especiales.

Pero, ¿como se explican estos principios? haremos una breve explicación de cada uno de estos.

a) Comercio sin discriminaciones

a.1) Nación más favorecida (NMF): tratar a los demás de forma igualitaria

En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC.

Este principio se conoce como el trato de la nación más favorecida (NMF), bajo el cual se permiten ciertas excepciones. Por ejemplo, los países que forman parte de una región pueden establecer un acuerdo de libre comercio que no se aplique a las mercancías que proceden del exterior del grupo. O bien un país puede oponer obstáculos a los productos procedentes de determinados países, que se consideran objeto de un comercio desleal. Y, en el caso de los servicios, se permite que los países, en ciertas circunstancias restringidas, apliquen discriminaciones. Sin embargo, los acuerdos sólo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas. En general, el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes.

b.1) Trato nacional: trato igualitario para los nacionales y los extranjeros

Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo se aplica a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales.

Este principio de "trato nacional" (dar a los demás el mismo trato que a los propios nacionales) también figura en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo III del GATT, el artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), aunque también en este caso el principio se aborda en cada uno de ellos de manera ligeramente diferente.

El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual han entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente⁷⁶.

c.1) EXCEPCIONES

⇒ Regionalismo:

Cuando un miembro de la OMC se adhiere a un acuerdo de integración regional en virtud del cual otorga a las demás partes en dicho acuerdo condiciones más favorables en materia de comercio que las que concede a los demás Miembros de la OMC, se aparta del principio rector de la no discriminación definido, en particular, en el artículo I del GATT y el artículo II del AGCS.

Sin embargo, los Miembros de la OMC pueden adherirse a acuerdos de este tipo en determinadas condiciones que se estipulan en tres series de normas:

- Los párrafos 4 a 10 del artículo XXIV del GATT (aclarado por el Entendimiento relativo a la Interpretación del Artículo XXIV del GATT 1994), que contienen

⁷⁶ Ávila Álvarez, Miguel, Política de competencia y política comercial: ¿hacia un acuerdo multilateral? España, 2003

disposiciones relativas al establecimiento y funcionamiento de uniones aduaneras y zonas de libre comercio.

- La denominada Cláusula de Habilitación (es decir, la Decisión de 1979 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo), que se refiere a los acuerdos comerciales preferenciales entre países en desarrollo Miembros; y
- el artículo V del AGCS rige la conclusión de acuerdos comerciales regionales en la esfera del comercio de servicios, tanto para países desarrollados como en desarrollo.

⇒ **Desarrollo:**

Los Acuerdos de la OMC contienen disposiciones especiales que confieren a los países en desarrollo derechos especiales y brindan a los países desarrollados la posibilidad de otorgar un trato más favorable a los países en desarrollo que a los demás Miembros de la OMC. Dichas disposiciones especiales comprenden, por ejemplo, períodos más largos para la aplicación de los Acuerdos y compromisos, así como medidas para aumentar las oportunidades comerciales de los países en desarrollo.

Estas disposiciones se conocen como “disposiciones en materia de trato especial y diferenciado”.

Las disposiciones especiales comprenden:

- períodos más prolongados para la aplicación de los acuerdos y los compromisos;
- medidas para aumentar las oportunidades comerciales de estos países;
- disposiciones que exigen a todos los Miembros de la OMC que salvaguarden los intereses comerciales de los países en desarrollo;
- y ayuda para que los países en desarrollo cuenten con la infraestructura necesaria para la labor de la OMC, puedan intervenir adecuadamente en el sistema de solución de diferencias y apliquen las normas técnicas.⁷⁷

⁷⁷ Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, Cancún 2003. Disponible en Internet desde: www.wto.int/spanish/thewto_s/minist_s/min03_s/brief_s/brief21_s

b) Un comercio más libre, de manera gradual y mediante negociaciones

La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio. Esos obstáculos incluyen los derechos de aduana (o aranceles) y ciertas medidas tales como las prohibiciones de importación o los contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas. Ocasionalmente también se han debatido otras cuestiones, como el papeleo administrativo y las políticas cambiarias.

Desde la creación del GATT, en 1947-48, se han realizado ocho rondas de negociaciones comerciales. Al principio, estas negociaciones se centraban en la reducción de aranceles (derechos aduaneros) aplicables a las mercancías importadas. Como consecuencia de las negociaciones, a fines del decenio de 1980 los aranceles aplicados por los países desarrollados a los productos industriales habían bajado de forma ininterrumpida, hasta llegar a aproximadamente el 6.3%.

Por otra parte, en el decenio de 1980, las negociaciones se habían ampliado para incluir los obstáculos no arancelarios sobre las mercancías, y ciertas esferas nuevas, como los servicios y la propiedad intelectual.

La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero también exige una adaptación. Los Acuerdos de la OMC permiten que los países introduzcan cambios gradualmente, mediante la "liberalización progresiva". Por lo general se concede a los países en desarrollo plazos más largos para cumplir sus obligaciones.

c) Previsibilidad mediante consolidaciones

En algunos casos, la promesa de no aumentar un obstáculo al comercio puede ser tan importante como reducirlo, ya que la promesa permite que las empresas tengan un panorama más claro de sus oportunidades futuras. Mediante la estabilidad y la previsibilidad, se alientan las inversiones, se crean empleos y los consumidores pueden aprovechar los beneficios de la competencia: la posibilidad de elegir y precios más bajos. Por medio del sistema multilateral de comercio los gobiernos tratan de dar estabilidad y previsibilidad a las actividades económicas.

En la OMC, cuando los países convienen en abrir sus mercados de mercancías y servicios, "consolidan" sus compromisos. Para las mercancías, estas consolidaciones equivalen a límites máximos de los tipos arancelarios. En algunos casos, los derechos de importación aplicados son inferiores a los tipos consolidados. Esto suele ocurrir en los países en desarrollo. En los países desarrollados los tipos efectivamente aplicados y los consolidados suelen ser idénticos.

Un país puede modificar sus consolidaciones, pero sólo después de negociarlo con sus interlocutores comerciales, lo que puede significar que tiene que compensarlos por la pérdida de comercio. Uno de los logros de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay consistió en incrementar la proporción del comercio sujeto a compromisos consolidados⁷⁸. En la agricultura, actualmente el 100% de los productos tienen aranceles consolidados. El resultado de todo esto es un grado considerablemente mayor de seguridad de los mercados para los comerciantes y los inversores.

El sistema también trata de mejorar la previsibilidad y la estabilidad por otros medios. Uno de ellos consiste en desalentar la utilización de contingentes y otras medidas empleadas para fijar límites a las cantidades que se pueden importar (la administración de los contingentes puede dar lugar a un aumento del papeleo administrativo y a acusaciones de trato desleal). Otro medio consiste en hacer que las normas comerciales de los países sean tan claras y públicas ("transparentes") como sea posible. Muchos de los Acuerdos de la OMC exigen que los gobiernos divulguen públicamente sus políticas y prácticas en el país o bien notificándolas a la OMC. La supervisión periódica de las políticas comerciales nacionales por medio del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales constituye otro medio de alentar la transparencia, tanto a nivel nacional como multilateral.

d) Fomento de una competencia leal

Algunas veces se describe a la OMC como una institución de "libre comercio", pero esto no es completamente exacto. El sistema autoriza en realidad la aplicación de aranceles y,

⁷⁸ Los Principios del Sistema de Comercio. Organización Mundial del Comercio. Disponible en Internet desde: www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s

en circunstancias restringidas, otras formas de protección. Es más exacto decir que es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones.

Las normas sobre no discriminación -NMF y trato nacional- tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio. Este es también el objeto de las normas relativas al dumping (exportación a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado) y las subvenciones. Las cuestiones son complejas y las normas tratan de determinar lo que es leal o desleal, y cómo los gobiernos pueden responder, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el perjuicio ocasionado por el comercio desleal.

Muchos de los demás Acuerdos de la OMC están destinados a apoyar la competencia leal, por ejemplo, en materia de agricultura, propiedad intelectual y servicios. El Acuerdo sobre Contratación Pública (que es un acuerdo "plurilateral" porque sólo ha sido firmado por algunos de los miembros de la OMC) hace extensivas las normas en materia de competencia a las compras realizadas por miles de entidades "públicas" de muchos países. Y así sucesivamente.

e) Fomento del desarrollo y de la reforma económica

Los economistas y los expertos en cuestiones comerciales reconocen ampliamente que el sistema de la OMC contribuye al desarrollo. También se reconoce que los países menos adelantados necesitan flexibilidad en cuanto al tiempo que necesitan para aplicar los Acuerdos. Y los propios textos de los Acuerdos incorporan las disposiciones anteriores del GATT, que prevén una asistencia especial y concesiones comerciales para los países en desarrollo.⁷⁹

Más de las tres cuartas partes de los miembros de la OMC son países en desarrollo y países en proceso de transición hacia la economía de mercado. Durante los siete años y medio que duró la Ronda Uruguay, más de 60 de esos países aplicaron autónomamente programas de liberalización del comercio. Al mismo tiempo, los países en desarrollo y las economías en transición fueron mucho más activos e influyentes en las negociaciones de la Ronda Uruguay que en ninguna ronda anterior.

⁷⁹ El GATT y la OMC. Disponible en Internet desde: www.eumed.net

Esta tendencia destruyó en la práctica la idea de que el sistema de comercio únicamente existía para los países industrializados. Hizo también variar la anterior inclinación a eximir a los países en desarrollo del cumplimiento de determinadas disposiciones y Acuerdos del GATT.

Al finalizar la Ronda Uruguay, los países en desarrollo estaban dispuestos a asumir la mayoría de las obligaciones que se les impone a los países desarrollados. No obstante ello, los Acuerdos les concedieron períodos de transición para adaptarse a las disposiciones -menos familiares y quizás más difíciles- de la OMC, especialmente en el caso de los más pobres, los países "menos adelantados". En virtud de una Decisión Ministerial adoptada al finalizar la Ronda, se da a estos países una mayor flexibilidad para la aplicación de los Acuerdos de la OMC. En esa decisión se establece que los países más ricos deben acelerar la aplicación de los compromisos en materia de acceso a los mercados que afecten a las mercancías exportadas por los países menos adelantados, y se pide que se les preste una mayor asistencia técnica.

En los últimos años, los Estados Unidos, Europa y otras potencias industrializadas han intensificado sus esfuerzos para firmar tratados bilaterales de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión. Este creciente interés en los tratados bilaterales va de la mano con el estancamiento de las conversaciones comerciales internacionales en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Los TLC comprometen a los países no solamente a realizar una liberalización acelerada del comercio de bienes, como es el caso de los productos agrícolas, sino que incluyen nuevas normas para el comercio de servicios, los derechos de propiedad intelectual, la inversión, etc. negociados por fuera del sistema multilateral, incluso alejados del escrutinio público, dan mayor libertad todavía a los gobiernos más fuertes del mundo para presionar a los países en desarrollo y a los países industrializados más pequeños para que adopten políticas que son inferiores a lo acordado en la OMC.

3.2 Tratado de Libre Comercio. Aspectos de Competencia

Hoy día, no se habla más de libre competencia a la manera del liberalismo clásico, sino de competencia imperfecta o de competencia monopolística, en la que cada empresario

posee el monopolio de sus propios productos. De manera que afrontamos un régimen mixto entre la libre competencia y el monopolio. Es prohibir y al tiempo excepcionar ciertos comportamientos; ni la libre competencia es necesariamente un bien, ni el monopolio es necesariamente un mal. Lo importante es conservar un precio para el mercado y que existan productos sustitutos, ya que su relación con la elasticidad de la demanda, esto es, con la capacidad de pago que proviene de la renta, aún existiendo pocos competidores, establece el parámetro adecuada para una competencia practicable y contestable.

La proliferación de los procesos de integración económica, una de las caras de la globalización económica, se ha reflejado en la mayor cobertura y alcance de los acuerdos comerciales.⁸⁰ Los Tratados de Libre Comercio (TLC), no sólo tienden a incorporar áreas como las compras del Estado y el comercio de servicios, sino que incluyen disciplinas relacionadas con los estándares ambientales, laborales y de la propiedad intelectual, más no necesariamente de políticas comerciales y de competencia.

3.3 Las disposiciones generales en materia de libre competencia en TLC's

Principales elementos (Modelo base: Capítulo XV del TLCAN)⁸¹:

- Objetivo: facilitar flujos de inversión y comercio a través de la aplicación de una política de competencia que evite prácticas anticompetitivas de manera efectiva.
- Compromiso de adoptar o mantener medidas que prohíban prácticas contrarias a la competencia.
- Reconocimiento de la importancia de la cooperación y coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación de competencia.
- Independencia de las decisiones de las autoridades de competencia: No aplica el mecanismo de resolución de controversias del TLC.

⁸⁰ ARGÜELLO C., R. "Liberalización comercial, armonización de estándares y la "carrera hacia el fondo". Economía Colombiana, Revista de la Contraloría General de la República, Edición 300, Bogotá Febrero de 2004 pp. 57-67

⁸¹ Ernesto Estrada González. Presentación "Acuerdos comerciales y cooperación bilateral en política de competencia". Marzo 2006

- Derecho de las partes de designar nuevos monopolios y mantener los existentes, así como empresas estatales, siempre que no realicen prácticas anticompetitivas y no discriminen con base en nacionalidad.

3.4 Las disposiciones específicas en materia de libre competencia en el Tratado de Libre Comercio El Salvador-Estados Unidos

Con respecto a los contenidos del TLC entre El Salvador y Estados Unidos, en materia de libre competencia, es necesario destacar aquellos que se consideran los más importantes y que tendrán un gran impacto en el futuro inmediato:

1. Acceso de las mercancías a los mercados: es la normativa mediante la cual se determina la manera en la que se realizará la eliminación de los aranceles y las obligaciones de eliminar las medidas no arancelarias. De acuerdo a lo pactado por Centroamérica y Estados Unidos, el tratado se implementará en un plazo de 20 años, tiempo en el que todos los bienes y servicios negociados entrarán libre de aranceles. Además, se establecieron los siguientes aspectos:

1.1. Régimen de origen y procedimientos aduaneros relacionados con el régimen de origen: se especifican los requisitos mínimos de transformación que deben cumplir los materiales para producir los bienes finales en un país.

1.2 Medidas de salvaguardia: medidas de protección transitorias que se pueden aplicar cuando una determinada industria enfrenta situaciones graves o amenazas de daño grave por el incremento de las importaciones, superiores a las pactadas en cuotas de importación.

2. Las inversiones: fomentar el ingreso de capitales bajo disposiciones que den estabilidad y seguridad a los inversionistas.

3. Acceso a servicios: significa que el mercado de los servicios debe estar abierto a la competencia.

4. Contratación pública: las empresas estadounidenses pueden acceder a las licitaciones públicas en los países centroamericanos y lo mismo podrán hacer las centroamericanas en Estados Unidos.

5. Seguridad en materia laboral y ambiental: la recomendación de cumplir con la normativa laboral y ambiental, de lo contrario el estado puede ser demandado por otro estado.

Con respecto a los temas laborales, ambientales y de propiedad intelectual, debemos decir que en realidad estos no han sido abordados sobre la base de favorecer a la sociedad salvadoreña. En primer lugar no hay interés de salvaguardar nuestro medio ambiente. También con el TLC se abre la posibilidad de que los derechos laborales de los trabajadores sean quebrantados por los sectores empresariales tal y como queda establecido en el capítulo 16 del TLC EU-CA cuando deja a discreción de los gobiernos aplicar de manera circunstancial los códigos laborales y los acuerdos alcanzados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ante una situación dada que afecte la implementación del tratado.

En el tema de Propiedad Intelectual, aunque si bien se cuenta con una legislación aplicable, el TLC no profundiza en esto, ya que en primer lugar porque vendría a constituir lo que jurídicamente se conoce como marco mínimo, es decir, se podrá exigir más de lo que el tratado incorpora, pero nunca menos convirtiendo el capítulo en un marco jurídico transnacional. En segundo lugar porque en la OMC aun se encuentra en discusión la modificación e interpretación del artículo 27.3 sobre el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV por sus siglas en francés) y el acuerdo de los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). Ambos protegen los campos tecnológicos farmacéutico y programas de computadora.

No obstante esta situación, mediante la ratificación del TLC, Centroamérica esta aceptando esa clase de patentes, independientemente del reconocimiento o no por parte de la OMC. Sería un acuerdo bilateral entre las partes y los países centroamericanos estarían obligados a otorgar patentes para microorganismos y procesos microbiológicos y

biotecnológicos. Lo delicado del asunto estaría en las repercusiones del control de semillas en la producción de alimentos y las implicaciones sobre los medicamentos. En efecto, cinco cultivos esenciales para la alimentación (arroz, trigo, maíz, soya y sorgo) han sido patentados en algunas de sus variedades por las transnacionales Aventis, Dow, Dupont, Mitsui, Monsanto y Syngenta, controlando el 70% de la producción mundial. Para el caso de los medicamentos la protección de patentes aceptada es para un plazo de 20 años, durante el cual los genéricos (de menor precio y calidad semejante) no podrán competir. En este caso las transnacionales beneficiadas serían: Pfizer, Eli Lilly Company, Schering Plough y Pharma.⁸²

A fin de tener una idea de los impactos económicos, conviene revisar de manera breve los resultados obtenidos al 2003 con la implementación del tratado de libre comercio El Salvador-México y El Salvador-Chile. El déficit comercial con México se ha incrementado sustancialmente, según el Banco Central de Reserva de El Salvador, las exportaciones al 2003 alcanzaron \$37.4 millones de dólares, contra \$315.6 millones de importaciones procedentes de México. De igual manera en el intercambio comercial entre El Salvador y Chile en el 2003, después de un año de vigencia del TLC, El Salvador importó de Chile \$43.8 millones, exportando a Chile apenas \$674,000.

3.5 El Estado de la Región Centroamericana en Materia de Libre Competencia

Antes de concentrarnos en el caso salvadoreño veamos rápidamente como se encuentran los países de la región Centroamericana en materia de libre competencia.

Los países del Istmo Centroamericano, al igual que muchos otros, impulsaron desde la década de 1980, e incluso con más fuerza desde 1990, un amplio programa de reformas económicas.

En algunos de estos países, los programas de reforma se rezagaron debido a los serios problemas derivados de crisis políticas agudas, que en varios casos terminaron en largas guerras civiles. No obstante, la situación comenzó a normalizarse desde principios del

⁸² El Tratado de Libre Comercio Centroamérica-Estados Unidos (TLC EU-CA) y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Disponible en Internet desde: http://www.recalca.org.co/AAtlccentroamerica/centroamerica_tratado_221204.htm

decenio de los noventa y en todos los países se iniciaron esfuerzos significativos de reforma económica.

En una primera etapa esta política respondió a los problemas que el modelo tradicional de desarrollo había venido experimentando en las últimas décadas, al predominio de un nuevo ambiente intelectual tanto a nivel nacional como internacional, a las presiones ejercidas por los organismos financieros internacionales debido a la crisis de la deuda externa de principios de los años ochenta y, a raíz de ello, a la decisión de los países de la región de buscar una nueva inserción en la economía internacional. Algunas de las reformas realizadas se hicieron sin el marco legal e institucional requerido para garantizar un resultado exitoso.

Aquellas que tenían como propósito descansar en el mercado para la asignación de los recursos y relevar al Estado de este cargo, se hicieron sin crear las condiciones suficientes para que esos mercados funcionaran adecuadamente en el momento de llevar a cabo las desregulaciones, privatizaciones, apertura comercial y financiera. Así, la necesidad de establecer nuevas medidas para superar las limitaciones de las primeras reformas económicas ha sido una preocupación en todos los países estudiados, y una de ellas es la política de competencia, introducida en los años noventa o hacia mediados de la década de 2000, es decir, al menos 10 años después de haberse implementado el primer grupo de reformas.

Hay que notar que los países del Istmo Centroamericano han sido tradicionalmente más abiertos al comercio que otras economías más grandes. Sin embargo, esta mayor apertura no es suficiente para limitar las conductas colusivas de los actores en dichos mercados y, por tanto, asegurar la competencia efectiva en ellos.

Al iniciarse la década de 2000, los países de la región se encontraban en etapas diferentes de avance en materia de competencia y presentaban diversas situaciones. En 2005, algunos de ellos ya estaban revisando leyes que se habían puesto en práctica alrededor de 10 años antes (Costa Rica, Panamá y México), otros aún estaban discutiendo anteproyectos de leyes (Honduras y Nicaragua) pero, dadas las experiencias de los primeros, ya incorporaban algunos avances respecto de sus predecesores y, finalmente, El Salvador acababa de aprobar su ley en diciembre de 2004. Todos estos instrumentos fueron influidos por la ley de competencia y la experiencia mexicanas.

La respuesta heterogénea a los estímulos y/o exigencias ha dependido de una serie de circunstancias específicas de cada país. Entre ellas hay que mencionar la fuerza de las grandes empresas y el nivel de independencia de los gobiernos respecto de los grupos de poder, así como otras situaciones internas. Incluso en los países que cuentan con leyes y autoridades de competencia, las características de éstas (sus fortalezas y debilidades) dependen del grado de resistencia presentada por diferentes sectores a nivel nacional al momento de la negociación sobre los anteproyectos de ley con distintos grupos. Así, actualmente en la región del Istmo Centroamericano se tienen al menos tres situaciones que se describirán a continuación:

1) Países cuyas reformas económicas han sido muy amplias, incluyendo privatizaciones masivas, así como la promulgación de una ley y la creación de una autoridad de competencia.

Panamá ha estado en esta situación desde 1994, El Salvador ya se encuentra en esta categoría, debido a la aprobación de la ley en 2004, y la Superintendencia de Competencia inició sus actividades a partir de 2006. Honduras también pertenece a esta categoría, pues está en un proceso similar al de El Salvador y, aun cuando sus privatizaciones no han sido tan extensas, debido a que ha tenido algunas dificultades para traspasar algunas de sus empresas al sector privado, sigue teniendo la firme convicción de hacerlo. Panamá, como ya se mencionó, está planeando una reforma a su ley de competencia vigente con el fin de superar una serie de debilidades que se presentan actualmente y, al igual que El Salvador, ha hecho un esfuerzo especial por modernizar su autoridad regulatoria.

2) Países con privatización y liberalización comercial, con regulación débil y sin ley de competencia como Guatemala y Nicaragua. Ambos países tienen anteproyectos de ley de competencia, pero Nicaragua está más cerca de su aprobación que Guatemala debido a que el primero ha logrado algunos consensos en torno a dichas propuestas.

3) Países que han introducido reformas económicas más acotadas en materia de privatizaciones pero que cuentan con ley y comisión de competencia. Éste es claramente el caso de Costa Rica que tiene una ley de competencia, y a la vez mantiene una fuerte presencia estatal en la banca, en infraestructura, en energía eléctrica y en

telecomunicaciones, entre otros servicios de utilidad pública. La ley de competencia, sin embargo, hace múltiples excepciones, dejando fuera de su terreno a las empresas del sector público.

MARCO LEGAL E INSTITUCIONAL: COMPETENCIA Y REGULACIÓN

	México	Costa Rica	El Salvador	Guatemala	Honduras	Nicaragua	Panamá
Ley de competencia	X	X	X		X		X
Comisión de competencia	X	X	X ^a				X
Regulación sectorial	X		X	X	X		X
Regulación unificada bajo una sola entidad		X				X	X

a. Funcionando desde el 2006

En los países donde ha habido un largo proceso para lograr la aprobación de una ley de competencia (El Salvador y Honduras) o donde aún no se alcanza (Guatemala y Nicaragua) han influido los siguientes elementos: la resistencia de los sectores empresariales que han estado protegidos a lo largo de mucho tiempo, o han sido beneficiados por concesiones exclusivas o ventas de empresas estatales en términos muy favorables para ellos; la influencia de estos sectores en los gobiernos; la incorporación muy marginal de este tema dentro de la agenda económica gubernamental; la falta de capacidad técnica local para abordar con seriedad y en profundidad este tema, y la carencia de una cultura de competencia en los países.

En aquellas naciones en las que se promulgó la ley de competencia y se formó la autoridad de competencia a mediados de los años noventa y han podido llevar adelante reformas que ayudan a restringir el abuso de poder de mercado por parte de las grandes empresas, también se perciben limitaciones, lo que refleja la existencia de grupos de poder rebeldes a que haya una política de competencia efectiva; o bien que las leyes han sido formuladas con cierta celeridad a raíz de presiones; que se han inspirado en otras leyes que no se adaptan a realidades como las de los países del Istmo Centroamericano;

que carecen del capital humano y de los recursos necesarios para llevar adelante esta tarea, o una combinación de estos elementos.

3.6 Análisis del contenido de la Ley de Competencia de El Salvador

“La protección de la libre competencia ha sido una obligación constitucional del Estado desde 1950, pero no ha tenido un desarrollo legislativo que la haga efectiva, por lo que la nueva ley, debe de ser considerada un avance en la consolidación del régimen constitucional”⁸³. La ley está dividida en cinco títulos, los cuales se analizarán a continuación.

a) Disposiciones generales (Arts. 1 y 2)

El inciso primero del Art. 1 señala el objeto de la ley, el cual es “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”.

La ley se enmarca así dentro de las tendencias modernas que contemplan este tipo de legislaciones no como un simple mecanismo para la ruptura de monopolios existentes, a diferencia de las legislaciones clásicas, sino como un medio de protección de un valor constitucional en el que se basa un sistema económico.

Por otra parte, el inciso segundo del Art. 1, incluye una prohibición general de actos que limiten o restrinjan la libre competencia; “Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre 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”. De acuerdo con el artículo 2, están sujetos al cumplimiento de esta ley todos los

⁸³ FUSADES (2004), Boletín de Estudios Legales # 48, diciembre de 2004, p. 1.

agentes económicos⁸⁴. La ley establece su no aplicación a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y a los Municipios.

b) Institucionalidad (Arts. 3 a 24)

La aplicación de la ley está a cargo de la Superintendencia de Competencia (se le llamará Superintendencia), creada como institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y con autonomía administrativa y presupuestaria, vinculada al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Economía.

La máxima autoridad de este organismo es el Consejo Directivo, que está integrado por tres miembros: el Superintendente y dos Directores, con sus respectivos suplentes. Las resoluciones de la Superintendencia, deben ser tomadas por la mayoría de sus miembros. El Superintendente preside el Consejo Directivo y tiene como funciones generales la representación de la institución y la coordinación y supervisión de todas sus actividades.

Los miembros del Consejo Directivo y sus respectivos suplentes son designados por el Presidente de la República por un período de cinco años y pueden ser reelectos en sus cargos⁸⁵.

Solamente el Superintendente debe ser un funcionario a tiempo completo y está inhabilitado para ejercer otra actividad profesional a excepción de la docencia universitaria. Los restantes miembros del Consejo Directivo desempeñan sus funciones a tiempo parcial y pueden ejercer otras actividades profesionales, sin embargo, al igual que el Superintendente, quedan sujetos a un régimen de incapacidades y a estrictas causales de remoción sobrevinientes.

⁸⁴ Son considerados agentes económicos todas las personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas.

⁸⁵ Para ser designados como miembros del Consejo Directivo, los candidatos deben ser salvadoreños, mayores de 30 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 deben estar en posesión de sus derechos ciudadanos y no haberlos perdido en los cinco años anteriores a su nombramiento. Los miembros del Consejo no podrán tener entre sí vínculos de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad ni segundo de afinidad.

Es importante destacar, que el personal de la Superintendencia, es sometido a una serie de disposiciones legales para garantizar la transparencia, autonomía e independencia en la prestación de sus servicios. Por ejemplo, el Art. 17 establece que “Todo funcionario, empleado, delegado, agente, que a cualquier título preste servicios a la Superintendencia deberá declarar bajo juramento, por escrito al Superintendente, los cargos que ocupe o haya ocupado y de cualquier actividad económica o comercial en que se encuentre involucrado o se haya encontrado durante los últimos tres años”.

En el contexto de una nueva Superintendencia de Competencia, con las facultades para aplicar disposiciones de un marco regulatorio complejo, en un campo bastante nuevo y desconocido para la mayoría de los salvadoreños, podría en algunos casos ser difícil que los agentes económicos puedan determinar sin asistencia especializada, si están cumpliendo con las disposiciones de la ley o si sus prácticas en los negocios es anticompetitiva. Sobre este tema existen dos posiciones divergentes, una de ellas es que el texto de la Ley de Competencia, de manera similar a la legislación en materia de competencia existente en varios países sudamericanos, debería tener expresamente contempladas facultades preventivas y consultivas para la Superintendencia.

Otra interpretación es que el Art. 1 de la ley de Competencia faculta a la Superintendencia a emitir opiniones para promover, proteger y garantizar la competencia. Además, no obstante que la ley de competencia no contempla expresamente una disposición que considere las facultades preventivas y consultivas los agentes económicos interesados, empleando sus derechos individuales consagrados en la Constitución, pueden solicitar una opinión a la Superintendencia sobre sus prácticas de negocios⁸⁶.

Dicha disposición permitiría a los agentes económicos indagar en la Superintendencia, sin el riesgo de ser sancionado, si sus prácticas de negocios se ajustan o no a las disposiciones de la Ley de Competencia. En caso de incumplimiento ellos quedarían advertidos de la necesidad de suspender las infracciones en que incurrir o correr el riesgo de ser sancionados.

⁸⁶ Art. 9 de la Constitución. “Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto”.

c) Tipificación de conductas violatorias a la libre competencia (Arts. 25 a 36)

En general el texto de la ley ha recogido la mayoría de las conductas, que también en la experiencia de otros países, se consideran como las prácticas anticompetitivas más comunes.

Adicionalmente el inciso segundo del Art. 46 manifiesta “Así mismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas de 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.” Esto último implica que la Superintendencia puede determinar, de acuerdo con criterios técnicos, si una conducta no contemplada en la ley es anticompetitiva.

Prácticas anticompetitivas

i) Acuerdos entre competidores (Art. 25)⁸⁷. El primer tipo de prácticas anticompetitivas proscritas en la ley esta tipificada como “acuerdos entre competidores”.

ii) Prácticas anticompetitivas entre no competidores (Arts. 26 a 29). En este grupo de conductas se incluyen prácticas anticompetitivas realizadas de manera individual o colectiva por empresas que no son competidoras entre sí.⁸⁸

iii) Abuso de posición dominante en el mercado (Art. 30).

⁸⁷ La figura conocida como “pacto de caballeros”, es una practica anticompetitiva que ha estado permitida por la legislación mercantil.

⁸⁸ El Art.27 recoge las condiciones para que se den las prácticas anticompetitivas, tales son: a) que los infractores tengan una posición dominante en el mercado relevante; b) que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate; y c) que dichas prácticas puedan producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores del mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores. En este Art. se contemplan los elementos que la Superintendencia debe analizar para determinar si las prácticas de los agentes económicos producen distorsiones lesivas al régimen de competencia; se recoge lo que se denomina la aplicación de la “regla de la razón”. En ese marco el énfasis de la investigación de la Superintendencia deberá ser analizar en cada caso la conducta de la empresa considerando el poder que tiene en el mercado, y así determinar si la práctica es lesiva o no.

iv) Concentraciones que pueden tener un efecto restrictivo sobre la competencia (Arts. 31 a 36).

La concentración de las empresas, generalmente mediante fusiones y adquisiciones es una práctica común en un mundo globalizado, especialmente en el caso de aquellos países como El Salvador, en donde casi no existen barreras a la inversión transnacional. Una fusión entre empresas no significa necesariamente que existe una mayor concentración en el mercado, ya que por ejemplo la fusión se podría dar entre una empresa nacional con una extranjera o la existencia de una posible práctica anticompetitiva⁸⁹.

Para prevenir potenciales efectos negativos sobre la competencia provenientes de concentraciones económicas, la ley establece la obligación a los agentes económicos de solicitar autorización para proceder a este tipo de operaciones, cuando éstas impliquen la combinación de activos totales que excedan a 50.000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria o cuando los ingresos totales de las empresas involucradas en la concentración excedan los sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria (Art. 33)⁹⁰.

Se establece además (Art. 34) que para determinar con los mismos criterios que en el caso de los acuerdos entre no competidores, la posición dominante que adquirirá la empresa en el mercado, se tomará en cuenta la eficiencia económica que resulte de la fusión y cualquier otro aspecto relevante.

⁸⁹ Para efectos de esta ley el Art. 31 considera que existe concentración: a) cuando 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 en partes; y b) cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquiera por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.

⁹⁰ Un salario mínimo anual urbano del sector industrial es equivalente a 1.857,6 dólares. 50 mil salarios mínimos es equivalente a 92,9 millones de dólares. Un umbral de esa dimensión implica que el legislador ha considerado que únicamente las fusiones de las grandes empresas necesitan autorización de la Superintendencia.

d) Sanciones (Arts. 37 a 39)

Según el Art. 38, las infracciones a la ley serán sancionadas con multas, cuyo monto se determinará a partir de la gravedad de la infracción, el daño ocasionado, la duración de la práctica anticompetitiva, el efecto sobre terceros, las dimensiones del mercado y la reincidencia. En todo caso, las multas no podrán exceder el valor máximo de 774.000 dólares.

Asimismo, existen multas por cada día de atraso, a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida y por denuncias maliciosas.

Sobre el tema de las sanciones existen dos posiciones disímiles, una de ellas considera que uno de los aspectos más controvertidos de la ley de competencia y posiblemente uno de los vacíos más notorios es que la única sanción que puede imponerse a los agentes económicos infractores de la misma es una multa.

Según la Constitución (Art. 14), únicamente el Órgano Judicial tiene la facultad de imponer otro tipo de penas, las autoridades administrativas, incluyendo la Superintendencia, pueden únicamente imponer multas y arresto hasta por cinco días. Si la única sanción a que puede hacerse acreedor el infractor es a una multa podría dar lugar a varios problemas. Por ejemplo, la experiencia de otros países señala que la mayoría de las conductas anticompetitivas de los agentes económicos que violan el régimen de libre competencia no se resuelve con la imposición de una multa sino con una resolución vinculante de la autoridad competente que ordena tomar medidas correctivas, incluyendo el cese de tales actos, y la modificación de la práctica violatoria.

La segunda interpretación es que la Superintendencia, además de la facultad de multar a una empresa que no cumple con la ley, tiene otras facultades. Dicha posición se fundamenta principalmente en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, existen sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se ha declarado no ha lugar a recursos presentados por empresas contra actuaciones del Comisionado para la Defensoría del Consumidor, relacionadas con resoluciones del CDC que imponen a las empresas la reparación del daño o el resarcimiento del bien.

En ese contexto, se podría interpretar que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con resoluciones del CDC, una autoridad administrativa, ha abierto la

posibilidad que puedan expandirse las facultades de la Superintendencia para que pueda dictar medidas que rectifiquen las violaciones a la libre competencia. En el contexto de la Ley de Competencia estas atribuciones se podrían fundamentar, en el Art. 14, inciso d) que establece que el Consejo Directivo esta facultado para ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas.

La clasificación de las multas establecidas es la siguiente:

- ▲ Multas de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. (aproximadamente US \$800,000.00) para agentes económicos que realicen prácticas anti-competitivas.
- ▲ No habrá aplicación de sanciones en aquellos casos en que el agente económico realice por primera vez una práctica anticompetitiva y brinde garantías de suspenderla o de modificarla.
- ▲ Multas de hasta 10 salarios mínimos mensuales urbanos de la industria diarios a personas que deliberadamente o por negligencia no colaboren en investigaciones.
- ▲ Multas a denunciante cuyas peticiones sean declaradas improcedentes y se compruebe que la intención del denunciante fue efectuar un daño a las condiciones de competencia en el mercado, de hasta por el monto que hubiera correspondido pagar al denunciado sí se hubiera comprobado la infracción a la ley.⁹¹

e) Procedimientos y recursos (Arts. 40 a 49)

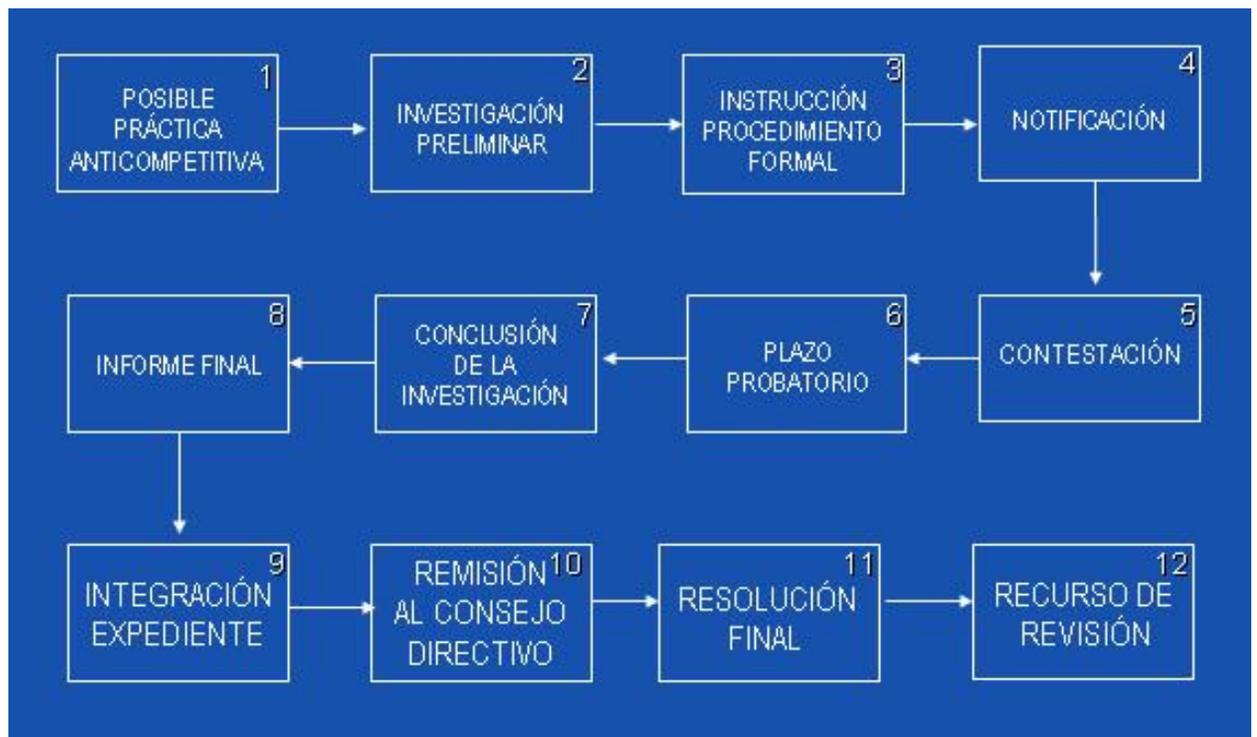
El procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia.

El Art. 41 establece que el Superintendente podrá efectuar con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio acciones previas con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley. Dichas acciones podrían motivar la iniciación del proceso de oficio. Por otra parte, en ese mismo Art. se establece que en ningún caso el resultado de las actuaciones previas podrá constituir prueba dentro del procedimiento. Es difícil comprender una disposición, especialmente, desde el punto de vista del costo de oportunidad y el uso eficiente de los recursos, que se

⁹¹ Martínez, Julia Evelin, Condiciones Generales de Competencia de El Salvador, 2005

permita la iniciación de la investigación con anterior al proceso sancionatorio, y al mismo tiempo se prohíbe que los resultados puedan utilizarse como prueba.

Para ejemplificar mejor como se desarrolla el procedimiento veamos el siguiente flujograma:⁹²



Dentro del procedimiento administrativo sancionador que puede llevarse a cabo ante la Superintendencia de Competencia, por la supuesta práctica anticompetitiva de alguna persona o agente económico, el Superintendente (SI) y el Consejo Directivo (CD) pueden emitir una serie de resoluciones.

En efecto, presentada una denuncia, esta puede ser declarada inadmisibles o improcedente por el SI, según el caso, y de conformidad a los arts. 47 y 13 “b” de la Ley de Competencia (LC). Además, de conformidad con su art. 46, el CD es quien emite la

⁹² Procedimiento de Investigación por denuncia u oficio. Disponible en internet desde: www.sc.gob.sv/Servicios/index.htm

resolución definitiva dentro del procedimiento. En el primer caso, estamos en presencia de terminaciones anormales del procedimiento y, en el segundo, de una terminación normal; en ambos supuestos, las resoluciones deben ser motivadas y razonadas, de acuerdo al art. 46 (LC).

En las terminaciones anormales (improcedencia e inadmisibilidad), la sede administrativa queda agotada inmediatamente. Para el caso de la resolución definitiva (terminación normal), existe la posibilidad de optar a un recurso de REVISIÓN, de conformidad al art. 48 LC.

A partir de lo anterior, puede manifestarse que la persona o agente económico que se considere agraviado con la resolución de que se trate, en términos generales, pudiera acudir inmediata y directamente a la sede judicial para controvertir legal o constitucionalmente aquél agravio.

Legalmente, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en cuyo caso el análisis será de estricta legalidad procedimental y material.

Constitucionalmente, ante la Sala de lo Constitucional, en donde el análisis será a partir de los derechos establecidos en la Constitución.

h) Principales efectos anticompetitivos de la legislación económica salvadoreña y posibles efectos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos sobre las condiciones de competencia

El artículo 110 de la Constitución de la República de El Salvador establece que no podrán autorizarse monopolios, sino a favor del Estado o de los Municipios cuando el interés social lo haga imprescindible. Salvo estas excepciones, la constitución prohíbe las prácticas monopolísticas con el fin de garantizar la libertad empresarial y proteger el interés de los consumidores.

Esta prohibición general contenida en la Constitución se contradice en la práctica con algunas disposiciones de la legislación mercantil que han permitido la existencia de prácticas anticompetitivas y algunas de las cuales han sido derogadas de forma

simultánea a la aprobación de la Ley de Competencia, como por ejemplo los artículos 489, 490 y 491 del Código de Comercio.⁹³

Otra disposición jurídica que permitía la existencia de elementos anticompetitivos, y que han sido derogadas de manera simultánea a la aprobación la Ley de Competencia es el Artículo 8 de la Ley de Transporte y Distribución de Productos de Petróleo.⁹⁴

Con relación a los convenios comerciales y su impacto en la competencia, según el Instituto CATO (2004), el CAFTA-RD contribuirá a profundizar y a consolidar la liberalización de las economías centroamericanas y dominicana, a fortalecer y hacer más transparente y eficientes los marcos regulatorios que rigen la provisión de servicios, en muchas áreas de gran importancia para la economía como: en el sector de telecomunicaciones, servicios financieros, comercio electrónico y energía.

El CAFTA-RD “También remueve ciertas restricciones onerosas en la distribución de productos importados en Centro América. Bajo los supuestos regímenes de protección al negociante, la distribución de exportaciones norteamericanas a la región está entorpecida por relaciones ineficientes, exclusivas y prácticamente permanentes con distribuidores locales, sin importar el desempeño de las compañías locales. Las reglas nuevas proporcionarán a las compañías norteamericanas mayor amplitud en escoger distribuidores y para negociar los términos de la relación”⁹⁵. Todo lo cual podría incentivar la inversión e impactar positivamente el crecimiento y el empleo en la región.

⁹³ El artículo 489 de este Código reconocía la validez de los pactos entre empresas que restringieran la actividad mercantil de un comerciante respecto de una plaza o de una región o bien con relación a una determinada especie de comercio, siempre que su duración no hubiese sido superior a 10 años y que no hubiese contrariado alguna garantía constitucional. Por su parte, el artículo 490 establecía como válidos los pactos que reglamentaban las modalidades referentes a la cantidad y calidad de la producción o a las características de los servicios prestados al público. Finalmente, el artículo 491 consideraba la competencia desleal de una manera bastante sui generis: la definía como la realización de actos encaminados a atraer la clientela de manera indebida, principalmente perjudicando directamente a otro comerciante, faltando a los compromisos contraídos en un pacto de limitación de competencia.

⁹⁴ Que establecía la no-autorización de la construcción de una estación de servicio, sino mediante de la más próxima una distancia prudencial que evitara la concentración excesiva y que no podía ser inferior a 600 metros de radio en la zona urbana y de 10 km en la zona rural.

⁹⁵ Instituto CATO (2004). El CAFTA: Consolidando la revolución de la libertad en Centro América.

Sin embargo, los beneficios no serán automáticos, en particular, la existencia de sustanciales subvenciones al sector agropecuario de Estados Unidos plantea ingentes desafíos para los países de la región; tanto desde el punto de vista del menoscabo en la competitividad de la producción agrícola centroamericana, en productos que la región podría tener ventajas comparativas para exportar al mercado de Estados Unidos (azúcar y algodón); como del impacto negativo que un aumento en las importaciones agrícolas subsidiadas podrían tener en la producción y empleo del sector agropecuario Centroamericano.

Enfrentar el problema del impacto de los subsidios exige para los países centroamericanos el planteamiento de una estrategia de dos vías; que por una parte incluya la implementación de un plan de apoyo efectivo a los productores de bienes “sensibles” (arroz, productos lácteos) de los países centroamericanos, para que durante el proceso gradual de desgravación contemplado en el CAFTA-RD se puedan ajustar al nuevo entorno; y por otra parte, apoyar en los foros internacionales, especialmente en la OMC, las iniciativas conducentes al desmantelamiento de las medidas y políticas de subsidios⁹⁶.

Un informe reciente del Banco Mundial (2005)⁹⁷ señala que “los compromisos del CAFTA-RD prometen asegurar muchos de los cambios en políticas y normas implementados en años recientes relacionados con la apertura de la competencia en sectores anteriormente protegidos (por ejemplo: telecomunicaciones, servicios financieros, energía) y la modernización de regulaciones y procedimientos clave en áreas como las compras gubernamentales, los derechos de propiedad intelectual y el trato de inversionistas extranjeros, al garantizar los niveles existentes de acceso de inversionistas (y licitadores) de otros países”.

La experiencia en El Salvador en el área de la apertura a la inversión privada nacional y extranjera en el área de distribución de energía eléctrica y telefonía fija, señalan que la

⁹⁶ Para un análisis del impacto del CAFTA-RD en el sector agrícola, véase FUNDE (2004). “Análisis preliminar de resultados del sector agropecuario salvadoreño en las negociaciones del tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos”.

⁹⁷ Ver Banco Mundial (2005). “CAFTA-RD: Desafíos y oportunidades para América Central”

apertura es una condición necesaria pero no suficiente para incrementar la competitividad y la eficiencia en el sector.

En ese contexto para que se den los resultados esperados los países de la región tendrán que acompañar la implementación de los compromisos del CAFTA-RD con una agenda complementaria de políticas para responder a las restricciones a la competencia, y poder así gozar de mejores resultados sociales y económicos con esta iniciativa.⁹⁸

3.7 Órganos de Competencia

La existencia de principios de no-discriminación y transparencia es una característica común a muchos de los acuerdos comerciales del ámbito multilateral. Algunas materias de este ámbito, que involucran acciones de carácter jurídico, contemplan además el principio del debido proceso.

Es importante señalar que todos estos principios se han explorado en la discusión sobre política de competencia desarrollada en los últimos años en la OMC.

Respecto de instituciones específicas en el ámbito de la política de competencia, son muy pocos los acuerdos que establecen requisitos de imparcialidad y autonomía para establecer o mantener las autoridades de competencia (casos de Costa Rica-Canadá y Chile-EEUU). Algo menos de un tercio de los acuerdos prevén establecer un órgano o comité asesor, ya sea para buscar los medios de aplicación de los compromisos de cooperación y el desarrollo de capacidades, o para estudiar la relación entre comercio y política de competencia.

Algunos contemplan asimismo la designación de funcionarios responsables para atender las consultas. La importancia de estos aspectos radica en que la eficaz aplicación de estos acuerdos requiere de una coordinación entre los organismos de negociaciones en cada país y los responsables técnicos de la política doméstica.

⁹⁸ Una línea de acción podría ser una inyección de competencia. La tecnología permite, en una gran parte de los servicios públicos tradicionales (e.g. electricidad y teléfonos), que el consumidor final tenga opciones, no obstante que subsistan los monopolios naturales en las redes físicas (líneas de transmisión). Para ello es indispensable iniciar un proceso de apertura para que los agentes económicos puedan brindar servicios múltiples por una misma red.

Defender pues la Libre Competencia significa investigar las conductas atentatorias a la libre competencia, y a su vez sancionar, prevenir o corregir dichas conductas.

Aun cuando las autoridades de competencia de los países centroamericanos presentan diferencias sustanciales, existe un relativo consenso en el debate internacional respecto de las características que debe tener la agencia de competencia para garantizar su eficiencia y eficacia. Entre dichas características, destacan la necesidad de que la entidad goce de autonomía frente al poder ejecutivo; que disponga de fuentes presupuestarias estables; que los comisionados cumplan requisitos de idoneidad, sean especialistas en las materias de competencia, sus nombramientos reflejen una amplia aceptación, tengan un período predeterminado de permanencia en el cargo y puedan ser destituidos sólo por razones fundadas y precisadas en la ley. Se ha recomendado, además, que el cambio de comisionados tenga lugar en forma escalonada de manera que se asegure la consistencia en las decisiones de la entidad y una visión más amplia que la que garantiza personal nombrado por la misma autoridad.

En el caso de El Salvador, los tribunales de lo mercantil son los que conocen los casos de “limitaciones de la actividad mercantil” que son llevados al sistema judicial, y de éstos la totalidad de los casos se tipifican como prácticas de competencia desleal y son juzgados sobre la base de lo estipulado en los artículos del 487 al 497 del Código de Comercio de Salvadoreño. De estos casos, los más frecuentes corresponden al uso indebido de marcas, falsificación de productos, falsificación de envases, y desviación fraudulenta de clientela.

A solicitud de la parte demandante, el juez puede dictar una orden provisional de cese de los actos de competencia desleal, pero siempre que el demandante rinda una fianza establecida por el juez, para resarcir daños y perjuicios en caso que no se llegara a comprobar la existencia de una práctica de competencia desleal⁹⁹.

⁹⁹ En los casos en que se determina la existencia de este tipo de prácticas, el juez ordena el cese de los actos, las medidas necesarias para impedir la consecuencia y/o para evitar su repetición y determina el resarcimiento de daños y perjuicios. En los casos en que se comprueba reincidencia del infractor, el juez puede proceder a la cancelación de la matrícula de comercio.

Los juzgados de lo mercantil salvadoreños emiten sus resoluciones con base en las pruebas aportadas por la parte demandante, las cuales son verificadas mediante inspecciones o peritajes, pero sin que el juez ordene la realización de investigaciones especializadas.¹⁰⁰

Una evaluación general de la capacidad institucional que presenta actualmente el sistema judicial salvadoreño para atender las demandas en materia de competencia desleal, indica rezagos importantes en los procesos¹⁰¹.

La situación de los tribunales mercantiles coincide con el estado general del sistema judicial salvadoreño en materia no penal: los casos civiles suelen demorar entre 3 y 4 años, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, los jueces dedican la mayor parte de su tiempo al desempeño de labores administrativas, los casos se manejan de forma inadecuada, además emiten resoluciones exclusivamente en base a pruebas presentadas por las partes interesadas, faltan estadísticas judiciales, y los procedimientos de ejecución son lentos¹⁰².

Según algunos conocedores del tema las prácticas anticompetitivas más comunes en El Salvador se pueden tipificar como de competencia desleal¹⁰³. Generalmente la competencia desleal es uno o varios actos individualizados dirigidos a una empresa en particular.

Para satisfacer las pretensiones de los afectados por dichas prácticas es indispensable seguir procesos contenciosos para un gran número de casos; y cada caso afecta

¹⁰⁰ Si en el transcurso de un juicio, el juez de lo mercantil advierte hechos que puedan constituir un delito, como por ejemplo prácticas desleales “dolosas”, el juez que conoce del caso debe informar a la Fiscalía para que tome las medidas pertinentes y se inicie un proceso con base a lo estipulado en el Código Penal.

¹⁰¹ Así por ejemplo, los tribunales de lo mercantil se encuentran actualmente saturados de juicios de ejecución de empresas comerciales y bancarias que ha dado origen a una mora judicial que no aseguran agilidad en los juicios en materia de competencia. Por otra parte, se reconoce que la mayor parte de los jueces mercantiles no están preparados para desenvolverse en el área de competencia desleal, ya que han sido formados en otras áreas y/o tienen una experiencia profesional distinta.

¹⁰² Ver: Banco Mundial (2003), Memorando Económico El Salvador, Washington, D.C., p. 23.

¹⁰³ Se considera competencia desleal la realización de actos encaminados, por ejemplo a atraer consumidores con engaños y a perjudicar directamente a otros comerciantes, entre otros, por el uso indebido de nombres comerciales y propagación de noticias capaces de desacreditar los servicios de una empresa.

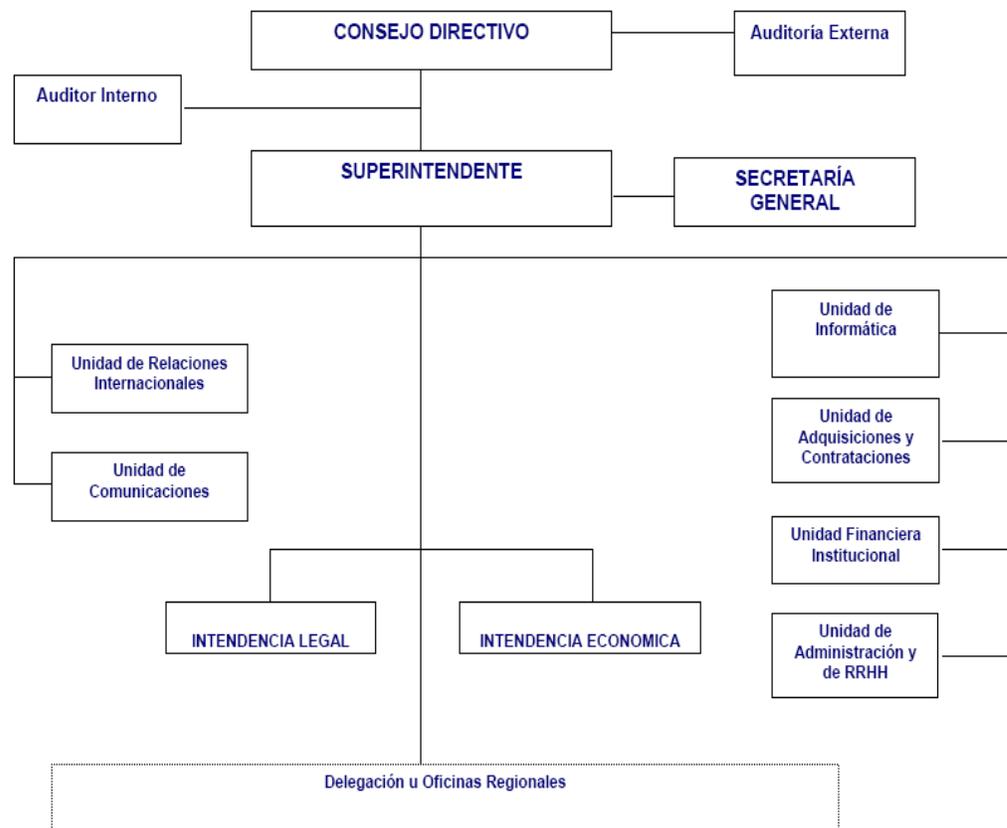
generalmente a un agente económico en particular. Por ello es muy probable que la mayor parte de las conductas que el Código de Comercio califica como “competencia desleal”, sigan siendo atendidas por los tribunales de lo Mercantil.

La Superintendencia de Competencia es la institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de sus deberes y atribuciones.

3.7.1 Estructura de La Superintendencia de Competencia de El Salvador

Como se dijo anteriormente la institución salvadoreña, responsable de velar por el cumplimiento de la norma, es La Superintendencia de Competencia, la cual esta estructurada de tal como lo ejemplifica el siguiente organigrama:

ORGANIGRAMA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA



3.7.2 Funciones de la Superintendencia de Competencia de El Salvador¹⁰⁴

La Superintendencia cumple con las siguientes funciones:

- 1 Contribuir en la promoción y protección de 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;
- 2 Coadyuvar en el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad, la racional utilización de los recursos, así como la defensa del interés de los consumidores;
- 3 Contribuir al desarrollo de la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social, fomentando y protegiendo la iniciativa privada dentro de las condiciones que acrecienten la riqueza nacional, pero que aseguren sus beneficios al mayor número de habitantes del país;
- 4 Lograr una economía más competitiva y eficiente, promoviendo su transparencia y accesibilidad, fomentando el dinamismo y el crecimiento de la misma para beneficiar al consumidor.
- 5 La Superintendencia previene y elimina las prácticas anticompetitivas; asimismo, la referida autoridad cuenta con la facultad de autorizar, condicionar o denegar concentraciones económicas de agentes económicos que superen los umbrales establecidos en la Ley de Competencia.

Por otra parte, las prácticas anticompetitivas que son el centro principal de atención de la Superintendencia, como los problemas monopolistas de competencia (prácticas horizontales y verticales), son de naturaleza diferente a la de los problemas tradicionales

¹⁰⁴ *Ibíd*em

de competencia desleal; y para resolverlo la Superintendencia deberá de seguir un proceso administrativo que se enfoca en el interés general y no en el interés particular. En ese marco de referencia la tipificación de la conducta anticompetitiva, será determinante para establecer las competencias de las entidades fiscalizadoras del Estado.

La resolución de la Superintendencia, que impone sanción, admite recurso de revisión ante el mismo Consejo de la Superintendencia y además estas resoluciones pueden ser apeladas ante la Sala de lo Contencioso y Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Por excepción, también puede apelar ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Se espera que parte de los casos sean resueltos por la Superintendencia, sin necesidad de que los agentes económicos afectados por la resolución interpongan un recurso judicial.

Por ejemplo, es probable que parte de los casos en que la multa por la práctica anticompetitiva no sea considerable, los agentes económicos perjudicados por la sanción desistan de presentar un recurso judicial, ya que los costos adicionales que ello implica podrían ser significativos (costos de abogados, entre otros). Por otra parte, es de esperarse que en aquellos casos, en que la resolución de la Superintendencia indique que el daño causado por la práctica anticompetitiva es grave y la multa sea cuantiosa, los agentes económicos afectados por la decisión podrían utilizar todos los recursos a su alcance.

Es así como ha empezado a funcionar la Superintendencia de Competencia de El Salvador y aunque tiene poco tiempo de estar trabajando ya se han identificado otros tipos de obstáculos como por ejemplo:

1. Falta de Cultura de la competencia.
2. Cambio de “Visión” de la intervención en los mercados.
3. Independencia del órgano supervisor de la competencia
4. Falta de Cultura de la competencia.
5. Limitada independencia del órgano supervisor de la competencia

Estos obstáculos se esperan superar a través de la elaboración de un plan estratégico 2006-2010, habría que esperar si los resultados son efectivamente como se han planeado.¹⁰⁵

Hasta enero de 2007, la Superintendencia de Competencia ha admitido 8 denuncias, de las cuales seis se encuentran en investigación preliminar, mientras que de las otras una fue suspendida por cumplimiento al Art. 39.- “Durante los trámites de la investigación, el Superintendente podrá ordenar la suspensión o terminación de la misma cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la presunta práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. En este caso no habrá imposición de sanciones. Lo anterior no será aplicable cuando el infractor sea reincidente”.

Mientras que la otra denuncia interpuesta por la sociedad PROVEEDORES DE CARNES, CUEROS Y SUS DERIVADOS, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE (PROCACUDE, S.A. DE C.V.), en contra de la sociedad DIKA SOCIEDAD ANONIMA SUCURSAL EL SALVADOR, Administradora del Rastro Municipal de San Salvador, ubicado en el Municipio de Soyapango, por supuestas violaciones a la Ley de Competencia; se declaró como improcedente

¹⁰⁵ *Ibíd*em

	INDICADORES	Meta 5 años	Meta 2006	Meta 2007	Meta 2008	Meta 2009	Meta 2010
1	Número de casos recibidos sobre prácticas anticompetitivas	200	20	30	40	50	60
2	Número de casos resueltos sobre prácticas anticompetitivas	170	10	25	35	45	55
3	Número de solicitudes atendidas de concentración económica	20	2	4	4	4	6
4	Número de estudios sectoriales de mercado	40	5	8	8	8	10
5	Reportes para la recomendación de adecuación pro competencia de leyes o reglamentos	60	12	12	12	12	12
6	Atención de consultas escritas sobre alcance de la Ley	150	30	60	30	20	10
7	Actos para la divulgación y difusión de la política de competencia	260	100	80	30	25	25
8	Capacitación de funcionarios y empleados	37	12	10	5	5	5
9	Presentación de ensayos sobre competencia	100	20	20	20	20	20
10	Foros internacionales	25	5	5	5	5	5

Fuente: Superintendencia de Competencia de El Salvador

En relación a las otras denuncias admitidas y que se encuentran en investigación preliminar, se puede mencionar que en el caso de MUVIE CABLE, S.A. de C.V.- Salazar Romero y Boss Vision, se encuentra en el proceso de investigación preliminar ya que la denuncia presentada es por prácticas anticompetitivas establecidas en el artículo 26 letra c) “la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer dicha práctica”. y 30 letras a) y b) de la Ley de Competencia, este último establece que, se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos:

DENUNCIAS ADMITIDAS		
REFERENCIA	FECHA RECEPCIÓN	CASO
SC-017-D/PA/NR-2006	19/12/2006	MUVIE CABLE, S.A. DE C.V. - Salazar Romero y Boss Vision
SC-011-D/PA/R-2006	26/09/2006	AVIASA, S.A. de C.V. - Asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva
SC-006-D/PA/R-2006	21/04/2006	ASDPP- TEXACO CARIBBEAN INC.
SC-005-D/PA/R-2006	21/04/2006	ASDPP- ESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED
SC-004-D/PA/R-2006	21/04/2006	ASDPP- SHELL EL SALVADOR, S.A.
SC-003-D/PA/R-2006	20/04/2006	AVILA BAUMAN – SHELL EL SALVADOR, S.A.
SC-002-D/PA/R-2006	15/03/2006	PROCACUDE- DIKA
SC-001-D/PA/R-2006	28/02/2006	TRANSAE - MIDES

Fuente: Superintendencia de Competencia

- a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes;
- b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado.

Uno de los casos más sonados y que ha dado mucho de que hablar en los últimos días es el caso de las distribuidoras de petróleo salvadoreñas, ya que el país ocupa el segundo lugar en C.A. con margen de ganancia más alto en la industria petrolera.

Los distribuidores de productos del petróleo acusan a las petroleras de incidir cada vez más en los precios del combustible. Las petroleras acusan a las gasolineras de aparentar defender los intereses del consumidor. Al final, sin cifras que sustenten sus quejas, ambas partes sostienen que el aumento en el precio de combustible no se traduce en mayores ganancias para ellos.

Una de las razones que contribuyen a este factor es la falta de información a la sociedad, ya que los precios de referencia (información sobre los precios del barril de petróleo a nivel internacional) no están siendo publicados, esto genera que las distribuidoras de producto del petróleo establezcan precios que están por encima del costo de adquisición; a esto agreguémosle que en América Latina los consumidores en una estación de servicio siempre pagan tres grandes rubros al momento de cargar combustible: pagan el costo del producto, pagan la intermediación o la comercialización; y pagan la carga impositiva. El precio de referencia permitiría al usuario hacer un cálculo económico entre el costo de barril de combustible y el precio al que se ofertará en el mercado local.

Desde el importador al mayorista, y luego al gasolinero, en promedio por cada galón de especial o regular \$0.37 van para las ganancias de estos tres actores, o para uno solo, cuando la petrolera es dueña de toda la cadena, al contrario, en diesel El Salvador ocupa el último lugar en acumulación de márgenes. Son solo \$0.21 del costo del galón de este combustible que van para el importador, mayorista y gasolinero¹⁰⁶.

El establecimiento de precios entre competidores es algo sancionado por la ley de libre competencia, sin embargo, la Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Petróleo (ASDPP), ha sostenido que no hay tal acuerdo sino más bien quienes controlan el precio de toda la cadena son las petroleras, quienes controlan el 17% de las 388 gasolineras del país, es por esta razón que no se ha podido bajar el precio salvadoreño sostienen los miembros de ASDPP. Sin embargo un estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo en el 2005, reveló que una de las razones del encarecimiento de los precios de los combustibles, esta dada por la forma en que las compañías locales establecen el precio, ya que estas toman el precio del mercado internacional y luego se van sumando los distintos gastos de internación, hasta llegar a los precios finales, es decir que el precio se forma “para adelante” mejor conocido como “pass through”, es decir que si se diera que algunos costos aumentan, el mayorista intentará transferirlos “hacia adelante” buscando incrementar el precio mayorista.

¹⁰⁶ Presentación realizada en la Asamblea Legislativa, Enero 2007, Dirección de Minas e Hidrocarburos, Ministerio de Economía de El Salvador.

Toda esta confusión de quien realmente controla los precios de los combustibles viene dada sin embargo por lo que ya se menciono antes no se esta dando los precios de referencia, el Ministerio de Economía, a través de su Dirección de Minas e Hidrocarburos, no esta reportando sobre los precios que mantiene el mercado internacional, durante los últimos años, la sociedad realmente no esta informada, sobre el precio al que se esta vendiendo en el mercado internacional y a como debería comprarse en el mercado local, esto es lo que puede estar generando el acuerdo de precios, a pesar de las denuncias establecidas ante la superintendencia de competencia la entidad todavía se encuentra en la etapa de investigación preliminar, haciendo las averiguaciones respectivas como lo demanda el proceso. Sin embargo algunas de las medidas que se comentan y que están siendo estudiadas por el órgano ejecutivo podrían provocar un efecto contrario al que se espera, ejemplo de ello es la Paridad de Precio de Importación (PPI) la cual estuvo vigente en el país de 1994 a 2000, ya que esta podría generar que los distribuidores locales se vayan hasta el máximo precio, ocasionando peores efectos en la economía salvadoreña.

Es en este tipo de casos que las instituciones responsables deben de tomar un papel determinante acorde a su razón de ser, en casos como el de los hidrocarburos es jurisdicción de la Dirección de Minas e Hidrocarburos del Ministerio de Economía, también de la Defensoría del Consumidor y obviamente de la Superintendencia de Competencia quien tiene que ser la primera en pronunciarse sobre este tipo de distorsiones, más sin embargo esta ultima ha mantenido una participación muy pasiva, lo cual deja en duda si realmente esta respondiendo a los objetivos por los cuales fue creada, o si más bien están siendo parte de las acciones del delito de cuello blanco, por que realmente el problema de los hidrocarburos no es nuevo en nuestro país, lleva alrededor de 2 años, presentando una serie de irregularidades y variaciones que no han sido tratadas a fondo, y no solo en el tema de los combustibles, sino también en el tema de las compañías de cable, sector que ha sido monopolizado por AMNET y que ha desplazado del mercado a pequeñas compañías que se interesaron en participar en esa prestación de servicios.

Vemos pues que hasta el momento la apertura de la economía salvadoreña conjuntamente con la instauración de nuevas instituciones reguladoras, no han logrado establecer las condiciones necesarias y suficientes para que el mercado opere

adecuadamente, ya que los sectores productivos, presentan problemas en el funcionamiento del mercado de diversos orígenes.

No obstante que la legislación aprobada en El Salvador puede ser considerada como una legislación moderna y bastante completa, ésta presenta algunas debilidades que deberán ser tomadas en cuenta para asegurar la efectiva supervisión de las condiciones de competencia en los mercados, y aún más para atraer inversión extranjera, la cual exige reglas claras.

Las principales debilidades de la ley aprobada consisten en: 1) el proceso de nombramiento y/o remoción de la autoridad de competencia se sujeta a la decisión del Órgano Ejecutivo; 2) la falta de dedicación exclusiva a sus cargos, por parte de la mayoría de miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia; 3) la poca capacidad disuasiva que tiene el sistema de sanciones previsto en la ley; 4) la falta de mecanismos de coordinación que la ley establece entre la Superintendencia de Competencia y el resto de agentes reguladores sectoriales. Por otro lado, encontramos las debilidades operativas, ya que habría que ver, la independencia de actuación de la Institución en la aplicación de la Ley.

El tema de la Institucionalidad y la importancia de que las Instituciones funcionen también es necesario abordarlo conjuntamente con otras entidades, pues abundan reclamos sobre la pobre actuación de la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), así como de la Centro de la Defensoría al Consumidor para salvaguardar adecuadamente los intereses de las empresas y los consumidores al punto que en el caso de la CDC se convencieron de la necesidad de elaborar una nueva Ley, y de crear una Institución independiente, la Defensoría del Consumidor. En todo caso está claro que es necesario que exista una efectiva regulación.

En el caso de la ELECTRICIDAD, el costo de la energía eléctrica ha sido el reclamo del sector industrial desde hace un tiempo, no solo el costo por Kw/Hora, sino también la calidad del suministro.

Sobre este punto primero, se ha hecho un llamado de atención a la SIGET ya que son muchas las quejas de empresas y hogares por cobros excesivos, como por ejemplo al

salir del país por 15 días y encontrarse con la misma factura del mes anterior. Pareciera ser, que empresas y hogares se encuentran en manos de lo que disponga la Compañía Eléctrica, y esto no debe ser así, el ente regulador (SIGET) debe velar porque se cobre lo efectivamente consumido, ni más ni menos.

Un problema más serio tiene que ver con la falta de una Política Energética, y es que actualmente la demanda de energía eléctrica, creciendo a un ritmo del 4% anual, está casi equiparando (estrecho margen) a la oferta. Con tendencia además de un encarecimiento del servicio por el creciente uso de energía de fuentes térmicas que utilizan como insumo el petróleo.

Si viene Taiwán Park con 80 Mw. de demanda pudieran presentarse problemas de abastecimiento, ya no se diga si con CAFTA se lograra dinamizar la economía.

Para lograr un suministro regular de energía eléctrica a precios competitivos con respecto a competidores se debe generar condiciones legales para que la CEL, empresas privadas existentes, y otras potenciales tengan incentivos para invertir en el aumento de la generación de energía eléctrica de fuentes más baratas (Hidro, solar, gas natural).

Este tema de asegurarse un suministro más holgado de electricidad a tasas competitivas se vuelve prioritario para lograr el establecimiento de nuevas empresas exportadoras.

En el caso de los servicios financieros, según una encuesta reciente de la Cámara de Comercio e Industria, una razón importante por la cual un gran número de empresas pequeñas y grandes no están invirtiendo, es por las altas tasas de interés, altas comisiones, es decir servicios financieros caros (a pesar de la dolarización) y por problemas de exigencias excesivas de garantías. Esto nos lleva a la necesidad de insistir en una banca de desarrollo con líneas de crédito que premien la inversión en nuevas tecnologías o innovación, y la creación de fondos de garantía.

Refiriéndonos a las telecomunicaciones, específicamente en las posibilidades de acceso a Internet, se cuenta actualmente con 11 proveedores y los costos de Internet, al menos a nivel Corporativo, se han reducido fuertemente en los últimos años por la competencia. En el ámbito residencial los precios sí son muy similares, la Superintendencia de

Competencia deberá de realizar los estudios pertinentes para determinar el grado de competencia existente.

Además un punto importantísimo en todo este análisis es la reforma laboral para mejorar la competitividad, existe la necesidad de avanzar en las discusiones que permitan flexibilizar las condiciones de contratación facilitando la contratación a tiempo parcial o temporal, y reducir uno de los factores de costos de las empresas.

A continuación se presenta un cuadro diagnostico del estado de la Libre Competencia en El Salvador desarrollado por el Ministerio de Economía de El Salvador (2006):

G.1 MARCO LEGAL – LIBRE COMPETENCIA	
Definiciones Principales	
1	El país cuenta con legislación que regula la libre competencia
2	Los procesos para la emisión de reglamento requeridos bajo la legislación sobre libre competencia, incluyendo la regulación de licitaciones públicas, son efectivos, transparentes y no arbitrarios.
3	La legislación sobre la libre competencia claramente define que se considera y como se combate a: <ul style="list-style-type: none"> a. Los monopolios; b. Los carteles y oligopolios; c. Normativa sobre prácticas, comportamientos e instituciones prohibidas incluyendo la imposición de precios similares fijos (inmunes a las leyes de oferta y demanda para productos o servicios por parte de monopolios o carteles u oligopolios); d. Comportamiento anticompetitivo por parte de los entes gubernamentales tendientes a la monopolización de los diversos sectores en colaboración con monopolios, carteles u oligopolios provenientes del sector privado; y e. Excepciones permisibles a los comportamientos prohibidos.
4	La legislación sobre libre competencia específicamente prohíbe: <ul style="list-style-type: none"> a. La fijación de precios inmunes a las leyes de la oferta y

	<p>demanda por parte de los participantes en el mercado o sector en cuestión;</p> <p>b. La corrupción en las licitaciones producto del favoritismo y venalidad administrativa;</p> <p>c. Las asignaciones a determinados clientes;</p> <p>d. Las asignaciones geográficas;</p> <p>e. Restricciones a la producción encaminadas a manipular al mercado y a la fijación de precios</p> <p>f. Contratos de trato especial destinados a restringir la competencia;</p> <p>g. Los contratos que obligan a distribuidores a comprar toda una gama de productos y servicios del vendedor – productor a cambio del derecho a distribuir un producto o renglón de productos más populares (“tying contracts”); y</p> <p>h. Los carteles de importación y exportación</p>
5	Las leyes sobre libre competencia distinguen entre acuerdos que restringen la competencia en forma vertical (al permitirle al productor – distribuidor producir los insumos o componentes de sus productos o servicios) y en forma horizontal (al permitirle al productor-distribuidor restringir la competencia con otros productores-distribuidores y posibles competidores.)
6	Las leyes sobre libre competencia establecen un mayor nivel de escrutinio de contratación o negociación cuando hay fusiones verticales y horizontales de aquellas empresas que controlan mayores porciones o cuotas del mercado, que de las contrataciones o negociaciones entre empresas que controlan una pequeña porción o cuota de mercado.
Aplicaciones y Sanciones	
7	La legislación sobre libre competencia confiere el derecho de terminar prácticas prohibidas, tanto a la empresa privada como al gobierno.
8	El marco legal promueve la protección de los consumidores.
9	Las sanciones por violación de la ley (por ejemplo, sanciones civiles, responsabilidad penal) son lo suficientemente serias o punitivas como para inducir su observancia, siempre y cuando se apliquen debidamente.

10	La legislación sobre libre competencia específicamente permite el desmembramiento de empresas privatizadas que abusan de su posición tradicionalmente predominante o no adopten practicas competitivas poco tiempo después de su privatización (se refiere a las antiguas o ex empresas del Estado)
11	El marco legal permite el procesamiento judicial de organismos estatales por realizar actos anticompetitivos.
12	La legislación sobre libre competencia tiene normas claras y simples para el examen de posibles fusiones y adquisiciones.
13	La legislación sobre libre competencia permite la excepción de logro de la mayor eficiencia del mercado a aquellas fusiones y adquisiciones de empresas o a las asociaciones en participación, que, a juicio de los funcionarios públicos a cargo de esta determinación, logren la deseada eficiencia.
14	El marco legal reconoce al derecho a la protección de la propiedad intelectual en forma internacionalmente aceptada, como una excepción a prohibición de las prácticas anticompetitivas.
Monopolios Naturales	
15	Existe una estructura legal para identificar y regular los monopolios naturales (se refiere a aquellos monopolios que ocurren sin la intención del monopolista, como por ejemplo, cuando el mercado esta tan limitado que una sola compañía productora satisface toda la demanda.)
16	El marco legal establece agencias especializadas para la supervisión de los monopolios naturales.

Prácticas del Gobierno	
17	El marco legal restringe el derecho y la capacidad de las autoridades centrales y locales de establecer y respaldar monopolios ya sean en forma directa o en contubernio con el sector privado.
18	El marco legal promueve la libre competencia en la contratación y en especial en la licitación y adquisiciones por parte del Gobierno.
19	En general, el marco legal no requiere licencias o autorizaciones superfluas o innecesarias ni permite restricciones a la entrada en los mercados, favoreciendo así a los actuales participantes en el mismo.
Definición de Instituciones de Implementación	
20	La ley define claramente: <ul style="list-style-type: none"> a. La institución o instituciones responsables por la aplicación de las leyes relacionadas con las inversiones, incluyendo las extranjeras; y b. Las funciones, obligaciones y procedimientos operativos de las instituciones involucradas en regular la libre competencia
21	La ley requiere que las instituciones de implementación del derecho de la libre competencia funcionen dentro de un marco de legalidad y que sus decisiones estén basados en criterios especificados por la normativa aplicable: <ul style="list-style-type: none"> a. En función de leyes, reglamentos y normas publicadas en publicaciones oficiales fácilmente asequibles; y b. Mediante decisión escrita debidamente motivada estableciendo los fundamentos de cada decisión.
22	La ley contempla la apelación y revisión judicial de las decisiones emitidas por la agencia para la protección de la libre competencia.

G3	INSTITUCIONES DE APOYO – LIBRE COMPETENCIA
Entidades de Gobierno	
1	<p>Los ministerios u organismos oficiales con responsabilidades en las siguientes áreas asisten y respaldan la labor de la institución de implementación en cuanto a la regulación de:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. El crecimiento y desarrollo económico b. La administración de justicia c. El comercio y la política comercial d. Las inversiones extranjeras directas; y e. Las ventas al gobierno
2	<p>La entidad responsable por llevar a cabo privatizaciones colabora con la institución de implementación de la ley de libre competencia con el fin de asegurar privatizaciones competitivas, transparentes y honestas.</p>
Asociaciones Profesionales	
3	<p>Las asociaciones profesionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Vigilan las prácticas anticompetitivas; b. Han establecido mecanismos para denunciar prácticas anticompetitivas a la institución de implementación correspondiente: y c. Ofrece información al público sobre temas de libre competencia a fin de lograr un ambiente comercial más competitivo
4	<p>Los economistas regularmente publican artículos respaldando las políticas anticompetitivas de las economías de mercado.</p>
5	<p>Los colegios de abogados cuentan con grupos especializados dedicados a los asuntos relacionados con la legislación de libre competencia.</p>
Servicios Especializados	
6	<p>Existen servicios independientes de seguimiento que estudian las tendencias económicas según el sector o industrial.</p>
7	<p>Las universidades, fundaciones y centros de investigación publican informes y opiniones acerca de la aplicación de la ley sobre la libre competencia</p>
8	<p>Las universidades ofrecen cursos sobre el derecho de libre competencia antimonopolios o cursos de economía y derecho que discuten la implementación del principio de la libre competencia en las economías de mercado.</p>

9	Firmas de consultores de administración y gerencia asisten a las compañías en el cumplimiento de las restricciones de la legislación de libre competencia.
Grupos Comerciales y Cámaras Gremiales	
10	La prensa nacional reporta acerca de: <ul style="list-style-type: none"> a. Las prácticas comerciales anticompetitivas y su impacto; b. Las funciones de la institución de implementación y desempeño de las mismas; y c. Medios con los que cuentan los consumidores para denunciar o ayudar a detener prácticas anticompetitivas.
11	Organizaciones no gubernamentales (incluyendo organizaciones de protección a los consumidores), asociaciones comerciales y cámaras de gremiales: <ul style="list-style-type: none"> a. Vigilan las prácticas anticompetitivas y la aplicación de la legislación sobre libre competencia; b. Interactúan activamente con la institución de implementación para denunciar violaciones y preocupaciones del sector de negocios o de los consumidores; y c. Han establecido mecanismos formales con los encargados de la adopción de políticas a fin de intercambiar puntos de vista sobre cuestiones relacionadas con la libre competencia
12	Las asociaciones de empresarios e inversionistas vigilan el mercado y denuncian al gobierno las barreras anticompetitivas al ingreso en los mercados.
G2	INSTITUCIONES DE IMPLEMENTACION –LIBRE COMPETENCIA
	Instituciones de Implementación –Organización.
1	La Legislación sobre la libre competencia contempla la creación de Instituciones de Implementación encargadas de aplicar dicha legislación y las mismas se han creado y están operando en el país.
2	Las Instituciones responsables de la aplicación de la legislación sobre la libre competencia cuentan con las siguientes características: <ul style="list-style-type: none"> a) Funciones claramente definidas para la aplicación de la ley sobre libre competencia. b) Suficiente personal profesional y administrativo para llevar a cabo sus

	<p>funciones.</p> <p>c) Suficiente autoridad y respaldo para llevar a cabo sus funciones, incluyendo declaraciones de políticas claras y apoyo por parte del gobierno.</p> <p>d) Suficiente financiamiento previsto en el presupuesto estatal o federal, bien por medio de tasas o de apropiaciones presupuestales, o una combinación de ambos, para el mantenimiento de sus equipos y prestación de sus servicios.</p> <p>e) Funciones claramente definidas y autoridad potestad administrativa frente a otros organismos del gobierno cuyas acciones y decisiones afectan directamente las políticas de competencia y su ejecución.</p> <p>f) Regulaciones internas y procedimientos de operación detallados y un activo programa de entrenamiento y desarrollo de su personal, utilizando material didáctico , guías o manuales de procedimientos apropiado para mejorar la competencia y servicios del personal.</p>
3	<p>Existe un consenso general entre el gobierno, la Institución de implementación y la comunidad de hombres de negocio incluyendo a los presentes y futuros participantes en el mercado, en cuanto a las funciones de dicha Institución y a la importancia económica de la existencia de normas claras sobre libre competencia y su correcta implementación dentro del país.</p>
4	<p>La agencia de Implementación tiene:</p> <p>a) Un enfoque de orientación hacia el usuario en el cumplimiento de sus funciones</p> <p>b) Una pagina Web activa, al día, que incluye información de contactos, y material legal relevante.</p> <p>c) Acceso economista con suficiente experiencia como para aportar análisis económicos apropiados y</p> <p>Acceso a estadísticos con suficiente experiencia como para aportar análisis estadísticos apropiados.</p>
Instituciones de Implementación –Operación-	

5	La Institución de implementación ha adoptado mecanismos y procedimientos formales para recibir, evaluar e investigar las quejas del sector privado relativas a actividades anticompetitivas.
6	La institución de implementación mantiene contactos activos con organizaciones similares en otros países, a fin de asegurar el cumplimiento con los estándares internacionales.
7	La institución de implementación distribuye copias de los procedimientos, leyes, regulaciones gubernamentales, listas de costos y otra información relacionada con la aplicación de la legislación sobre libre competencia.
8	La Institución de implementación efectivamente hace velar la legislación y las políticas de protección y promoción de la libre competencia.
9	Al hacer valer la legislación sobre libre competencia, la comunidad de hombres y de negocios y los consumidores perciben que la institución de implementación opera: <ul style="list-style-type: none"> a) Consistentemente de acuerdo con la ley publicada que rige sus operaciones b) En forma transparente c) En forma no discriminatoria d) Honestamente e independientemente de influencias políticas indebidas y e) Eficientemente
10	La Institución de implementación recolecta datos relativos a sus funciones y los pone a disposición de los usuarios finales.
11	La institución de implementación cuenta con un programa de educación al público sobre temas de libre competencia; tanto para el sector privado como para el oficial, que incluye boletines noticiosos periódicos, programa y presentaciones.
Reguladores Independientes	
12	Existe y está funcionando una institución independiente encargada de regular los monopolios naturales (es decir aquellos monopolios necesarios dadas las pequeñas dimensiones del mercado, sector económico, o renglón comercial en

	cuestión).
13	Al regular los monopolios naturales, la comunidad de hombres de negocios y los consumidores perciben al regulador operando en forma: <ul style="list-style-type: none"> a) consistente de acuerdo a la ley publicada que rige sus funciones. b) Transparente. c) No discriminatoria. d) De forma honesta e independiente de influencias políticas indebidas. e) Eficientemente.
14	El regulador tiene suficiente financiamiento y personal para llevar a cabo sus funciones.
Tribunales	
15	Los tribunales constantemente deciden de forma transparente e imparcial las demandas que involucran a la Institución de implementación.
16	Los tribunales toman decisiones con relación a temas de libre competencia con total independencia, sin tomar en cuenta presiones políticas impropias o consideraciones no judiciales.

3.8 Recomendaciones y Conclusiones

A continuación se exponen algunas recomendaciones y conclusiones que se derivan de la investigación realizada, y que pueden contribuir al fortalecimiento de la política de competencia en El Salvador:

1) Definición precisa de la jurisdicción competente y mecanismos de coordinación que existirá entre la Superintendencia y las agencias reguladoras sectoriales.

Esta actividad debe comprender no sólo la revisión de los marcos jurídicos que determinan las competencias, funciones y relaciones de los reguladores sectoriales, y de éstos con la Superintendencia de competencia, sino también, la definición de la autoridad que prevalecerá en las decisiones relativas a la competencia en el plano sectorial.

2) Mecanismo transparente y competitivo de selección de la autoridad de competencia.

Uno de los temas que más desconfianza genera entre la oposición política y algunos sectores empresariales salvadoreños, no vinculados a los grupos económicos dominantes, es el proceso de selección de los titulares que estarán al frente de la Superintendencia de Competencia.

Para generar mayor confianza en la capacidad e independencia de los funcionarios que serán electos es recomendable, que la Presidencia de la República, ponga en marcha un proceso de convocatoria y selección de los funcionarios, transparente y competitivo. La integración de una comisión de personas notables, provenientes de diversos sectores y/o ajenas a presiones políticas, para analizar expedientes de candidatos y para realizar las pruebas de capacidad y conocimientos de los mismos, podría contribuir al éxito de este proceso.

3) Armonización del marco legal con el contenido de la Ley de Competencia.

Desde antes de la entrada en vigencia de la Ley de Competencia, se recomendó realizar un esfuerzo de revisión de todo el marco legal vigente en el país, a efecto de armonizarlo con los objetivos y disposiciones contenidas en la Ley de Competencia. Sin embargo no se llevo a cabo, ahora que esta ha empezado a funcionar y que se han identificado algunas debilidades legales, es el momento indicado para realizar esta revisión.

4) Fortalecimiento institucional de la agencia nacional de competencia.

El Salvador cuenta ya con una estructura funcional y profesional de la Superintendencia, que tiene la responsabilidad de aplicar en forma efectiva la Ley de Competencia. Su primera etapa de funcionamiento será esencial para hacerse merecedora del respeto y de la credibilidad de los agentes económicos, principalmente de aquellos que serán objeto de supervisión. Se requiere en consecuencia, destinar los recursos necesarios y suficientes para el entrenamiento y capacitación del personal técnico, para la elaboración de manuales y guías de procedimientos, para la adquisición de tecnología apropiada, entre otros.

5) Avanzar en el diseño de mecanismos de cooperación bilateral y regional.

Las autoridades salvadoreñas deben proceder de manera inmediata al establecimiento de acuerdos de cooperación bilateral con agencias de competencia de los países en los cuales residen las principales empresas extranjeras y multinacionales que realizan inversiones en el país.

Asimismo, estos esfuerzos deben también enfocarse hacia la conformación de una instancia regional que permita el intercambio de información, experiencias y acciones conjuntas en materia de competencia, con el resto de países de Centroamérica.

6) Inyección de competencia.

Por otro lado hay que mencionar que ante la presencia de mercados cautivos, vale la pena una política de inyección de competencia, principalmente en los mercados que prestan servicios de utilidad pública como la electricidad y telefonía fija, y en los que hasta ahora reina el monopolio o existen problemas de concentración.

La tecnología permite, en una gran parte de los servicios públicos tradicionales (electricidad y telefonía fija), que el consumidor final tenga opciones, pese a que subsistan los monopolios naturales en las redes físicas (líneas de transmisión). Para ello es indispensable iniciar un proceso de apertura para la utilización de esas redes, la separación de las actividades de transmisión y comercialización y la posibilidad de que los agentes económicos puedan brindar servicios múltiples por una misma red. Hasta que eso suceda en El Salvador será posible incrementar la competencia en la prestación de los servicios públicos y que el usuario tenga un mayor menú de opciones.

Finalmente si El Salvador, quiere abordar a fondo el problema de competitividad, también debemos de corregir distorsiones de precios de bienes como el azúcar que como insumo está impactando sobre los costos de la industria alimenticia y de bebidas. Con CAFTA y los beneficios para el sector, parece que hay un acuerdo de reducir los precios en el mercado interno gradualmente.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Competencia desde el 1 de enero del presente año, se marca un punto de partida para el estudio de los efectos de la Competencia en los mercados.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la competencia es un proceso de largo plazo, y no solamente una consecuencia de corto plazo de la emisión de una ley o de la aplicación de la misma por parte de la autoridad correspondiente, la Superintendencia de Competencia. Es así, que el efecto del llamado régimen de competencia anhelado por los consumidores por los beneficios asociados, tal como la reducción en los precios sin menoscabo de la calidad, son la consecuencia de un delicado proceso coordinado entre regulación y defensa de la competencia.

Por otro lado, la competencia no es un concepto unidimensional, esto implica que cada mercado, cada caso y el efecto en cada agente económico es diferente y especial y, por lo tanto, cada mercado evoluciona a diferente velocidad en esta materia.

Además no se debe dejar de lado que la competencia es un aspecto en el cual la innovación tecnológica y la diferenciación de los productos en calidad y diseño, son elementos decisivos en el desempeño y éxito de las empresas, sin importar su tamaño. Sin embargo, se advierte, de acuerdo a la experiencia internacional en algunos mercados, que uno de los efectos de la competencia en el largo plazo, es la reducción del número de competidores y la consolidación de empresas líderes con productos de buena calidad.

Como efecto derivado del proceso de consolidación, las empresas menos eficientes han salido del mercado. Es en este punto donde la autoridad de competencia debe mantener una vigilancia constante sobre los nuevos agentes con poder de mercado, para que éstos no lo utilicen en prácticas restrictivas a la competencia y, de esta forma potenciar que los llamados beneficios de la competencia sean percibidos por la población en general.