

**Universidad Dr. José Matías Delgado
Instituto de Investigación Jurídica**

**REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS
ENTRE COMPETIDORES
EN EL SALVADOR**

Lilliam Virginia Arrieta de Carsana

Universidad Dr. José Matias Delgado
Instituto de Investigación Jurídica

**REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS ENTRE
COMPETIDORES EN EL SALVADOR**

Lilliam Virginia Arrieta de Carsana

San Salvador, El Salvador, diciembre de 2012.



Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Dr. Enrique Sorto Campbell
Vicerrector

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

**Regulación de los acuerdos entre
competidores en El Salvador**

Lilliam Virginia Arrieta de Carsana

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Coordinación de la edición: Iris Hernández Díaz
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la
Universidad Dr. José Matías Delgado,

Instituto de Investigación Jurídica,
Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II
(Ed. Nte. 2º Nivel) Antiguo Cuscatlán, La Libertad,
El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 Ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 Ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

Sitio web: <http://ij.ujmd.edu.sv>

El contenido del libro es responsabilidad de su autora.
Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido,
por cualquier medio, sin la autorización escrita de la Universidad
o en su caso de su autora.

Hecho el depósito que manda la ley

Derechos Reservados

ISBN: 978-99923-944-5-8

Impreso en El Salvador

*Para Daniel, Pierre, Isabelle y Gabriel,
porque son el centro de todo...*

PRÓLOGO

De la Dra. María Isabel Martínez Jiménez

Catedrática de Derecho Mercantil y Marítimo de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)
Directora del Programa Conjunto de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UAB-UES-UJMD)
Directora del Máster en Derecho de los Negocios (UAB- UJMD)

Entre todas las tareas con las que nos podemos sentir comprometidos en el mundo académico, no cabe duda de que prologar una obra excelente es una de las más satisfactorias y gratificantes, como sucede con la que hoy presentamos, realizada por la Dra. Lilliam Arrieta. Sin riesgo de equivocarnos, podemos anticipar en este momento, que esta obra constituirá una referencia a partir de la cual se tenga que abordar en el futuro el estudio del Derecho de la Competencia en El Salvador. Pero antes de hablar de la obra y de su autora, tenemos que hacer una mención inexcusable a la génesis del trabajo.

El libro que hoy prologamos es el resultado de una investigación científica, *sic* de un trabajo serio, riguroso, objetivo y completo, que sirvió para que su autora alcanzara con la máxima calificación de Matrícula de Honor, Cum Laude, el grado de Doctora en Derecho de la Universidad Dr. José Matías Delgado (UJMD) y de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB), en un Programa Conjunto de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Dicho Programa, en el que también participó la Universidad de El Salvador (UES), fue financiado por la Agencia Española de Cooperación Internacional y Desarrollo (AECID).

Antes de referir los méritos indiscutibles de esta obra, es preciso expresar algunas de las cualidades que caracterizan a su autora en su condición de investigadora, docente y profesional del Derecho. La autora es, además de doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Barcelona y Doctora en Derecho Privado por la Universidad Dr. José Matías Delgado, graduada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Como docente ha venido desempeñando su actividad en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), de El Salvador, desde hace exactamente 10 años. Fruto de la defensa, primero de su tesina y luego de su

tesis doctoral, esta Universidad le confió la primera Cátedra de Derecho de la Competencia del país, materia que imparte desde 2008 en la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y, desde el año pasado, también en el marco de los estudios de postgrado. Sin riesgo de exageración, podemos afirmar que en los últimos tiempos la investigación de la Dra. Arrieta ha contribuido muy positivamente en la formación de un elevado número de estudiantes de ciencias jurídicas en esta nueva rama del Derecho en El Salvador.

A esa labor docente debe añadirse su actividad como capacitadora en temas de Derecho de la Competencia, que ha desarrollado a solicitud de diferentes empresas nacionales. También ha asesorado a empresas multinacionales en temas de control de concentraciones económicas y prácticas anticompetitivas.

Y después de conocer algunos datos sobre la trayectoria de la autora, es momento de referirnos a su gran obra que, sin género de dudas, está llamada a convertirse en una publicación sobre el Derecho de la Competencia en El Salvador de obligada consulta, no sólo para los estudiantes de Ciencias Jurídicas, sino para los profesionales del Derecho y para cualquier estudioso o investigador que, en el futuro, desee profundizar en este ámbito jurídico.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que esta obra no es una publicación más de las que conforman el panorama editorial jurídico. Se trata de una tesis doctoral, es decir, de una investigación científica en el campo jurídico que cumple a la perfección las exigencias de este tipo de trabajos, a saber: es un trabajo riguroso y objetivo que ofrece una sistemática ordenada y clara; las afirmaciones que se realizan tienen un soporte legislativo, o una base en la doctrina científica o en la jurisprudencia; están, además, debidamente contrastadas y razonadas, no siendo una mera recopilación de informaciones o yuxtaposición de datos; las fuentes utilizadas son amplias y actualizadas; hay manejo correcto y una buena interrelación de conceptos; se desarrolla un análisis jurídico coherente y progresivo hasta llegar a unas conclusiones acordes a los razonamientos expuestos a lo largo de todo el trabajo.

En segundo término deben destacarse las importantes aportaciones al estudio del Derecho de la competencia que se realizan en el trabajo. Concretamente caben señalarse las siguientes:

- D) Un estudio exhaustivo de los fundamentos constitucionales de la Ley de la Competencia salvadoreña de 2004, con especial referencia al modelo económico consagrado en la Constitución de 1983, en el que se garantiza expresamente la libertad económica y la libertad empresarial, pero no se hace referencia expresa a la libertad de competencia. Frente a esa omisión, la autora realiza una

interpretación integradora con la finalidad de discernir cuál es la protección constitucional de la que goza la libre competencia en El Salvador. Y no se limita al texto constitucional vigente, sino que rastrea en sus antecedentes, los debates previos de la Asamblea Constituyente que precedieron a la aprobación de aquél y la Constitución de 1950. Su análisis lo completa con un estudio de los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema relativos a las disposiciones de contenido económico.

- II) Un análisis comparativo, legislativo y doctrinal, de los dos modelos básicos de defensa de la competencia, el estadounidense y el de la Unión Europea, que se desarrolla a lo largo de todo el trabajo. No se omite el análisis puntual de leyes sobre Competencia de Latinoamérica y España, que sirvieron también como pautas a los redactores de la Ley salvadoreña. El estudio de esos textos queda completado con algunas referencias a Recomendaciones de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica y la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio Internacional.

- III) Un examen detallado, original y novedoso de los aspectos sustantivos de la Ley de la Competencia salvadoreña, en particular: 1) su objeto (la tutela del orden público económico o buen funcionamiento del mercado) y los fines perseguidos (la eficiencia económica y el bienestar del consumidor); 2) el ámbito subjetivo, respecto al cual se pone de manifiesto cómo la Ley se dirige no solamente a empresarios, sino también a otros agentes económicos, públicos o privados, con o sin finalidad de lucro, que tengan una actividad económica dentro del mercado; 3) se destacan las dificultades que implica la participación de entidades de derecho público, por competir rara vez en igualdad de condiciones; 4) se incide en la problemática que implica la concesión de ayudas o privilegios públicos, no siempre fundados en un interés general compatible con la Ley, lo que lleva a una distorsión de la libertad de competencia por el mejor posicionamiento del que se benefician esos agentes en el mercado; 5) se analizan los pactos colusivos prohibidos por la Ley: los acuerdos entre competidores (acuerdos horizontales) y las prácticas anticompetitivas entre no competidores, poniendo especial énfasis en el estudio de los primeros por ser las conductas que, en la práctica, la Superintendencia de la competencia salvadoreña ha tenido ocasión de examinar en mayor medida; 6) se destacan, asimismo, algunas omisiones referidas a modalidades de conducta que, a juicio de la autora, deberían quedar expresamente prohibidas por la Ley; 7) se realizan, por último, una serie de consideraciones de *lege ferenda* que pueden dotar a la Ley de una mayor claridad y seguridad en su aplicación futura.

No quisiera dejar de mencionar algunos de los reconocimientos que la autora y su trabajo ya han merecido, antes, incluso, de la publicación de este libro. Así, en la Conferencia Anual de 2010 de la Asociación Iberoamericana de Derecho y Economía la autora recibió el Premio Microsoft “Robert Cooter”, por un artículo, que toma como base su investigación, sobre la Ley de Competencia y el análisis económico del derecho, (habiendo sido 80 los ponentes, de toda América Latina y España). La Universidad de Berkeley, California publicó el artículo en su revista digital: “El Objeto y Fines de la Ley de Competencia de El Salvador desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho”, abril 2010. Asimismo, en febrero de 2010, fue invitada por el Centro para los Estudios en Derecho de la Competencia de la Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia), dando lugar a la publicación de un nuevo trabajo “El Control de las Concentraciones Económicas en la Ley de Competencia de El Salvador”, en Revista del Centro de Derecho de la Competencia, Vol. IX, Bogotá, enero-diciembre 2009. En 2010, recibió el tercer premio a la investigación jurídica de la Unidad Técnica del Sector Justicia de El Salvador: “Libertad Económica y Libertad Empresarial en la Constitución de 1983”, en Revista del V Certamen de Investigación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, San Salvador, 2010. En varias oportunidades ha sido ponente invitada por la Superintendencia de Competencia para la Semana de la Competencia. Actualmente, continúa dedicada a la investigación y docencia de esta nueva rama del Derecho en El Salvador.

Finalmente, debe destacarse que la investigación de la Dra. Arrieta ha sido una de las dos tesis propuestas para recibir el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad Autónoma de Barcelona, siendo más de veinte las que se defendieron en su misma promoción.

PRÓLOGO

Del Lic. Carlos Quintanilla Schmidt

Con mucho gusto y satisfacción he aceptado prologar este libro titulado: “Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador”, pues me brinda la oportunidad de comentar tres puntos precisos: el primero que se refiere a su autora, el segundo sobre el contenido del libro y el tercero respecto del entorno bajo el cual nace esta obra.

La autora de este excepcional trabajo de investigación es la doctora Lilliam Arrieta de Carsana, que haciendo honor al linaje de los ilustres abogados que le han antecedido en su genealogía familiar, entrega a la bibliografía jurídica salvadoreña una obra de novedoso y profundo contenido. Podemos afirmar que el apellido “Arrieta” que con gran orgullo identifica a esta joven jurista, es sinónimo en El Salvador de abogados distinguidos, que en el curso de sus vidas han dejado huella en la academia, en la diplomacia, en el campo del derecho procesal, civil, penal, entre otros.

En efecto, su padre Ernesto Arrieta Peralta ha sido un abogado que como diplomático de carrera ha representado a El Salvador en muchos países del mundo, además de haber sido un excelente docente universitario en las ramas del derecho internacional, y que además, representando a gremiales empresariales, defendió los principios de libertad económica y empresarial durante difíciles períodos de nuestra historia nacional. Su abuelo, Ernesto Arrieta Yúdice, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, fue el autor del libro “Comentarios Jurídicos sobre el Matrimonio Civil Salvadoreño”, que se convirtió en una obra de estudio y consulta obligatoria para todos los estudiantes de derecho, que como el que esto escribe, comenzaban el estudio de las principales instituciones del derecho civil salvadoreño. Su bisabuelo, Reyes Arrieta Rossi, fue Ministro de Relaciones Exteriores, Rector de la Universidad de El Salvador en tres ocasiones y reconocido jurisconsulto durante la primera mitad del siglo XX. Sus tíos-abuelos, Francisco y Manuel Arrieta Gallegos, formadores de muchas generaciones de abogados, se destacaron en las áreas del derecho procesal civil y derecho penal, respectivamente.

Lilliam Arrieta representa, entonces, a la siguiente generación de esta ilustre familia, que a lo largo del tiempo, se ha destacado en el campo de la academia, de la diplomacia y del derecho en general. Conocedora de esa herencia familiar, decidió seguir la línea de sus antepasados haciendo del derecho su profesión y su afición; al finalizar sus estudios de pregrado en Ciencias Jurídicas, continuó su formación profesional enlistándose en el programa conjunto de Doctorado en Derecho Privado, de la Universidad Autónoma de Barcelona de España y la Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador. Este libro contiene su tesis doctoral, aprobada “Summa Cum Laude” por ambas casas de estudio. No se trata pues, de una obra más, sino de una investigación jurídica que nace desde sus orígenes, con los más altos reconocimientos y por lo tanto con una muy buena estrella.

El contenido del presente libro se refiere a un tema novedoso dentro del mundo jurídico salvadoreño, como es el Derecho de Competencia. Poco habrán conocido las anteriores generaciones Arrieta sobre esta especialización del derecho comercial, pues se desarrolla en la legislación salvadoreña hasta con la primera Ley de Competencia aprobada a fines del 2004, con vigencia a partir del 2006, a pesar que en Estados Unidos la legislación antimonopolios, como también se le conoce, surge desde el año 1890, con la conocida ley “Sherman Anti-Trust Act”, y en Europa con el “Tratado de Roma” de 1957, que también dio nacimiento a la Comunidad Económica Europea.

Actualmente casi todos los países del mundo tienen leyes que defienden y protegen la libre competencia, puesto que se trata ésta de una premisa indispensable para la existencia de un mercado eficiente, que a su vez promueva desarrollo económico y beneficio para los consumidores. Las leyes de competencia previenen que ocurran prácticas monopolísticas o anticompetitivas, como las que ocurren cuando se producen acuerdos que afectan la libre competencia, tanto entre competidores como entre no competidores, además de los abusos de posición dominante, que tampoco están permitidos pues afectan a los demás competidores del mercado y a los mismos consumidores.

En el primer capítulo de este libro, la autora analiza el orden económico que adopta la Constitución de El Salvador, vigente desde 1983, en el cual se garantiza la libertad económica y empresarial, pero en lo que no se oponga al interés social, prohibiendo además las prácticas monopolísticas en protección a los consumidores. La referencia histórica que se hace de estos apartados de la Constitución no solo es ilustrativa, sino muy educativa para cualquier ciudadano que desee conocer con más detalle estos aspectos constitucionales.

Los capítulos dos y tres analizan aspectos generales de nuestra Ley de Competencia, como son su objeto, sus fines así como el ámbito subjetivo de su aplicación, que sirven como introducción académica y como marco de referencia teórica al lector, sobre el tema de la competencia. Los capítulos cuatro y cinco se abordan con fino análisis, las prácticas anticompetitivas que pueden producirse, tanto cuando hay acuerdos entre competidores como acuerdos entre no competidores, afectando ambos casos la libre competencia.

El libro finaliza con veintisiete conclusiones de su autora, que incluyen recomendaciones para revisar la concesión de ayudas y privilegios que el Estado proporciona a ciertos agentes económicos, que pueden producir un desbalance respecto de los demás competidores y que distorsionan la libre competencia del mercado; pero también se esbozan propuestas para reformar artículos de la ley, con el fin de tipificar conductas prohibidas contra la competencia que no están actualmente consideradas, lo que a juicio de su autora, daría mayor claridad y certeza a los agentes económicos a quienes de manera especial está dirigida la ley.

El Salvador inició una profunda reforma de su modelo económico, a partir de la década de los años noventas, al promover la desregulación del mercado, aprobando trascendentales medidas tales como la simplificación del sistema tributario, la privatización de compañías estatales, la apertura de su economía al mundo entero por medio de una gradual disminución de aranceles y la negociación de tratados de libre comercio con sus principales socios comerciales.

Todo lo anterior produjo importantes inversiones extranjeras en los sectores financieros, de telefonía y comunicaciones, de distribución de energía eléctrica, entre otros, frente a la oportunidad de empresas nacionales e internacionales para ofrecer sus productos y servicios al pujante mercado salvadoreño, que comenzaba una nueva faceta de desarrollo después de la firma de los acuerdos de paz alcanzados en el año 1992, que pusieron fin al conflicto armado de los años ochentas.

Sin embargo, frente a la apertura de la economía y la entrada de agentes económicos extranjeros para competir con los nacionales, hacía falta una regulación en defensa de la competencia y de los consumidores. Porque en un mercado pequeño e imperfecto como el salvadoreño, la libre competencia no puede surgir como consecuencia de la autoregulación, sino que necesita de reglas claras y de una institucionalidad que la proteja y la defienda, investigando y sancionando las prácticas anticompetitivas que surjan en el mercado.

Es así que con retardo de muchos años, se aprobó en El Salvador la Ley de Competencia, para lo cual se hace necesario promover una cultura de competencia, que se inserte en la mente de los agentes económicos que intervienen en el mercado, para que todos sepan con meridiana claridad, cuáles son las conductas que no deben practicar en su quehacer empresarial, porque afectan la competencia y a los consumidores. Este libro de la doctora Lilliam Arrieta de Carsana constituye un valioso material para la promoción de esa cultura de competencia, pues explica con sencillez, estos acuerdos entre competidores y entre no competidores que están prohibidos y que no pueden producirse en el mercado salvadoreño.

Finalmente, señalamos al inicio de este prólogo que el presente trabajo es el resultado de una investigación jurídica, como culminación de los estudios de Doctorado en Derecho Privado de la autora. Celebramos y aplaudimos el inicio de programas de doctorado en derecho en nuestro país, pues estamos seguros que crearán habilidades para hacer investigación jurídica, generarán conocimiento sobre las distintas disciplinas del derecho e incrementarán la bibliografía nacional, desde una visión estrictamente académica. ¡Cuánta falta nos hacía en El Salvador esta clase de estudios superiores!

Concluyo estas palabras introductorias augurando que, por la profundidad del contenido de esta obra, se convertirá en un texto obligatorio para todos aquellos que deseen conocer y estudiar las normas de competencia en El Salvador. No puedo dejar de felicitar a la Universidad Autónoma de Barcelona de España y a la Universidad Dr. José Matías Delgado de El Salvador, por la exigencia académica impuesta para las investigaciones jurídicas de sus doctorandos; esta obra lo demuestra con creces. A la doctora Lilliam Arrieta de Carsana, no solo le expresamos el merecido y destacado reconocimiento por su obra, sino que la invitamos para que siga dedicando tiempo y sapiencia jurídica, en crear obras de gran contenido como la presente, que hagan brillar su nombre con luz propia, a la par de sus ilustres antepasados.

San Salvador, en el Día de la Hispanidad del año 2012.

ÍNDICE GENERAL

	Página
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I:	
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE COMPETENCIA DE 2004	
1. Preceptos de la Constitución de El Salvador de 1983 que constituyen el fundamento de la Ley de Competencia	29
2. Regulación constitucional del orden económico	45
3. Libertad económica constitucionalmente garantizada y su relación con la libre competencia	54
4. Regulación constitucional de los monopolios, la libertad empresarial, la protección de los consumidores y su relación con la libre competencia	62
5. Monopolios autorizados y monopolios prohibidos por la Constitución	65
6. Contenido de la libertad empresarial constitucionalmente garantizada ...	74
7. Relación entre la libertad empresarial constitucionalmente garantizada y la normativa de competencia	81
8. Contenido de la protección de los consumidores constitucionalmente garantizada y su relación con la Ley de Competencia	85
CAPÍTULO II:	
OBJETO Y FINES DE LA LEY DE COMPETENCIA	
9. Consideraciones preliminares	91
10. Defensa de la competencia, no del competidor	93
11. Protección del mercado	101
12. Derecho-obligación de competir	109
13. Protección de la competencia real y potencial	114
14. Exclusión de la regulación de la competencia desleal	121
15. Fines de la Ley	131
15.1 La promoción de la eficiencia económica	133
15.2 El bienestar de los consumidores	139

CAPÍTULO III:

ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LEY DE COMPETENCIA	145
16. Aspectos generales	145
17. Concepto de agente económico	147
18. Agentes económicos de derecho privado	152
19. Agentes económicos de derecho público	159
20. Agentes económicos que se benefician con ayudas públicas	174
21. Sujetos excluidos de la aplicación de la Ley	185

CAPÍTULO IV:

PROHIBICIÓN DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES Y NO COMPETIDORES: GENERALIDADES	193
22. Aspectos comunes relativos a los acuerdos entre competidores y entre no competidores	193
23. Necesidad de obligar a los agentes económicos a competir	196
24. Concepto de acuerdo	199
25. Existencia de voluntades independientes	206
26. Tratamiento de las prácticas concertadas o de los acuerdos tácitos	215
27. Tipificación abierta de las conductas prohibidas	232
27.1 Descripción de las conductas punibles	233
27.2 Graduación de la gravedad de las conductas prohibidas	247
28. Omisión de una regla “de minimis” o regulación de los acuerdos de menor importancia	253

CAPÍTULO V:

TRATAMIENTO DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES ...	265
29. Prohibición específica de los acuerdos entre competidores	265
30. Terminología empleada en la prohibición de los acuerdos entre competidores	271
31. Concepto de competidor adoptado por la Superintendencia de Competencia	273
32. Competidores reales y potenciales	278
33. Concepto de acuerdo entre competidores que se desprende de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia	283
34. Modalidades de acuerdos entre competidores expresamente prohibidos ...	286
35. Prácticas horizontales que no se encuentran expresamente prohibidas ...	298
35.1 Modalidades de prácticas horizontales distintas del cártel	299
35.2 Decisiones y recomendaciones de asociaciones de operadores económicos constitutivas de un acuerdo anticompetitivo	314
35.3 Prácticas concertadas o acuerdos tácitos entre competidores	327

36. Reglas de valoración para los acuerdos entre competidores	332
36.1 Acuerdos sometidos a una prohibición absoluta	338
36.2 Acuerdos sometidos a una prohibición relativa.....	349
CONCLUSIONES	361
BIBLIOGRAFÍA	369
ÍNDICES COMPLEMENTARIOS	389
1. LEGISLACIÓN	389
2. JURISPRUDENCIA	395
3. RESOLUCIONES Y DOCUMENTACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR	404
4. OTROS DOCUMENTOS	407

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
ABA	American Bar Association
Ac.	Asuntos Acumulados
AL	Asamblea Legislativa de El Salvador
ANEP	Asociación Nacional de la Empresa Privada de El Salvador
BICE	Boletín de Información Comercial Española
BM	Banco Mundial
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BOE	Boletín Oficial del Estado español
CDC	Centro para la Defensa del Consumidor de El Salvador
CDSC	Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia de El Salvador.
CE	Constitución Española de 1978
CN ELS	Constitución de El Salvador de 1983
CCom. ELS	Código de Comercio de El Salvador de 1970
CPN ELS	Código Penal de El Salvador de 1998
CSJ	Corte Suprema de Justicia
D.D.C.	Corte de Distrito de Washington, D.C.
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de la Unión Europea
DOU	Diario Oficial de la Unión de la República Federativa de Brasil
ELS	El Salvador
E.E.U.U.	Estados Unidos de América
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social
Inc.	Sentencia de Inconstitucionalidad
LC ELS	Ley de Competencia de El Salvador de 2004
LPC	Ley de Protección al Consumidor de El Salvador
LPRCN	Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador 1970
MINEC	Ministerio de Economía de El Salvador
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
RDM	Revista de Derecho Mercantil española
RJ	Recopilación Jurisprudencial Aranzadi

RLC	Reglamento de la Ley de Competencia de El Salvador
SC	Superintendencia de Competencia de El Salvador
S. Ct.	Suprema Corte de los Estados Unidos de América
SCN	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
TC	Tribunal Constitucional Español
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
USC	United States Code (Código de Leyes de los Estados Unidos)

INTRODUCCIÓN

La primera Ley de Competencia de El Salvador –LC– fue aprobada por la Asamblea Legislativa el 26 de noviembre de 2004, después de un periodo de más de 10 años de discusiones *intra* y *extra* parlamentarias y de la consideración de una pluralidad de anteproyectos elaborados por los más variados sectores políticos y económicos del país, que incluían, entre otros, el de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, el estudio conjunto de la Fundación Nacional para el Desarrollo y Centro de Defensa del Consumidor, el del partido FMLN, entonces partido opositor y el del partido ARENA, entonces partido oficialista, así como ocho borradores elaborados por el Ministerio de Economía.

La Ley entró en vigor el 1 de enero de 2006 y hemos constatado que su texto refleja los esfuerzos del legislador salvadoreño por dotar a nuestro país de una normativa de competencia moderna y efectiva que incluya las corrientes doctrinarias más relevantes y las experiencias legislativas más eficaces en materia de defensa de la libre competencia.

Tras un poco más de seis años de vigencia, este trabajo constituye una de las primeras investigaciones que se llevan a cabo sobre la Ley de Competencia nacional. En este orden de ideas, consideramos que el presente estudio puede contribuir a que los operadores económicos, los consumidores, los abogados, la Administración Pública y la sociedad en general se familiaricen con la gran variedad de conceptos que esta normativa introduce.

Además de muchos conceptos novedosos, la normativa de competencia introduce un cambio de paradigma en la regulación de las relaciones económicas en el ámbito nacional, puesto que pretende sustituir una cultura y un modelo de regulación de la actividad económica tradicionalmente proempresario por una legislación promercado de la que puedan seguirse beneficiando los agentes económicos, pero de la que también pueda favorecerse la sociedad en su dimensión de consumidora.

La defensa de la competencia constituye uno de los mejores mecanismos para aportar libertad y equilibrio a las relaciones entre los operadores económicos y al mercado en general. Lo primero, porque las prohibiciones de la Ley de Competencia pretenden evitar que el abuso de la libertad de algunos agentes aniquile la libertad

de los demás. Lo segundo, porque la LC también pretende evitar que los operadores económicos celebren acuerdos que impidan que la dinámica de la competencia o lucha por el mercado cumpla su función de promotora de la eficiencia económica y del bienestar de los consumidores.

Hemos pretendido abordar la mayor cantidad de elementos posibles por dos razones concretas. Primero, porque se trata de temas de mucha relevancia con los cuales la sociedad salvadoreña aun se está familiarizando. Segundo, porque la variedad de aspectos que examinamos en este estudio guardan una vinculación tan estrecha entre sí que deben considerarse de forma integral en el momento de analizar las prácticas anticompetitivas prohibidas.

Además del examen de los aspectos sustantivos generales más relevantes, como el objeto, los fines y el ámbito subjetivo de la Ley, hemos optado por hacer especial referencia a las colusiones entre competidores, puesto que aparte de constituir las prácticas colusivas más dañinas, más enérgicamente combatidas y más duramente sancionadas globalmente, en nuestro país han sido también las más frecuentemente sancionadas por la Superintendencia de Competencia en los primeros años de aplicación de la Ley.

Desde la perspectiva metodológica, nuestro análisis de la primera Ley de Competencia de El Salvador parte de la consulta de los estudios más calificados que sobre el tema existen hasta la fecha, pasando por el examen de los ordenamientos comparados con mayor experiencia en la aplicación de la legislación de competencia, así como de la jurisprudencia que ha ido dando forma a esta normativa.

Cada tema se completa con el análisis de la documentación producida por la Superintendencia de Competencia: guías, opiniones consultivas, ensayos, etc., concluyendo con una revisión analítica de los pronunciamientos que las autoridades de defensa de la competencia de este país han proveído hasta la fecha de terminación de este trabajo y que comienzan a dotar de contenido concreto al articulado de la nueva Ley y a los conceptos que éste incorpora, a efecto de formular nuestras observaciones sobre los aciertos u omisiones más importantes que hemos encontrado en la Ley y en su reglamento de aplicación.

Consideramos que el análisis de los aspectos sustantivos de que nuestra investigación presenta, demuestra tener una utilidad práctica particular en países - como el nuestro- donde la defensa de la competencia se regula por primera vez, ya que se trata de elementos que deben tenerse presentes en el momento de interpretar y de aplicar la Ley de Competencia. Un entendimiento apropiado del tratamiento de las

prácticas colusivas implica una clara comprensión de la protección constitucional de la que goza la competencia, del objeto y fines de la Ley, así como de su ámbito subjetivo de aplicación, puesto que se trata de factores que condicionan la posibilidad de sancionar estas conductas.

Con el fin de dedicar a cada uno de estos aspectos el espacio que ameritan, hemos estructurado esta investigación en cinco capítulos. El primero de ellos examina los fundamentos constitucionales de la defensa de la competencia en El Salvador. El segundo analiza el objeto y los fines de la Ley de Competencia. En el tercero examinamos el ámbito subjetivo de aplicación. En el capítulo cuarto hacemos un estudio de los aspectos generales que los acuerdos entre competidores tienen en común con los acuerdos entre no competidores. El quinto capítulo examina las particularidades de las prácticas horizontales.

El primero de los cinco capítulos que integran este estudio está dedicado a los fundamentos constitucionales de la defensa de la libre competencia, porque en su preámbulo la LC se remite expresamente a varias disposiciones constitucionales, pero, sobre todo, porque a pesar de que el texto de la Constitución vigente refleja un modelo de economía de mercado en el que se garantiza expresamente la libertad económica y la libertad empresarial, el articulado de la Constitución económica salvadoreña no contiene ninguna referencia expresa a la libertad de competencia.

Frente a esa omisión, hemos considerado necesario comenzar con el examen del entramado de cláusulas económicas de la Constitución salvadoreña en vigor con el fin de determinar la protección constitucional de la que goza la libre competencia en El Salvador, ya que la precisión sobre dicho alcance puede servir para orientar al aplicador de la norma en casos en los cuales la normativa de competencia colisione con otras normas o derechos.

Para alcanzar esta finalidad hemos iniciado con una revisión de las transcripciones de los debates de la Asamblea Constituyente que dieron vida a la Ley Fundamental vigente y a su antecedente más significativo: la Constitución de 1950. También hemos consultado los estudios más reconocidos en materia de constitucionalismo económico afines al nuestro sistema y los hemos completado con el examen de los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional de este país relativos a las disposiciones de contenido económico de la Constitución de 1983.

De los capítulos II al V hemos seguido una metodología y una estructura muy similares. Se ha recurrido al estudio comparado de la legislación y de la jurisprudencia de los dos modelos básicos de defensa de la competencia de las economías

occidentales: el anglosajón y el europeo. También se incluyen algunas referencias a las normas de defensa de la competencia de Iberoamérica, en virtud de su mayor afinidad con nuestras tradiciones jurídicas y con nuestra realidad económica. En ambos casos, se trata de legislaciones que, según consta en los documentos de los trabajos preparativos de esta Ley, fueron consultadas durante su elaboración y han servido como referencia para la regulación de muchos de los aspectos incluidos en la LC.

En todos los temas abordados hemos examinado los estudios doctrinarios más relevantes. En los temas en los cuales hemos considerado que nuestro estudio puede enriquecerse con las recomendaciones de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica y/o la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional, también hacemos referencia a las investigaciones más relevantes de estos entes, puesto que se trata de dos de las instituciones con mayor especialidad en esta materia.

En el capítulo II hemos intentado hacer un análisis detallado del objeto y fines del derecho de competencia, no como un mero ejercicio teórico, sino porque el estudio del objeto y de los fines de esta normativa tiene una finalidad práctica muy importante en nuestro país. La claridad sobre estos dos aspectos sustantivos es particularmente importante en esta primera etapa de aplicación de la LC, porque aporta parámetros objetivos que pueden orientar al intérprete y al aplicador de la norma en el análisis de esta nueva normativa, ya que permiten concretar qué se protege y para qué se protege.

La claridad respecto del objeto protegido permite conocer el contenido concreto del bien jurídico tutelado para distinguir con precisión las conductas que son capaces de lesionarlo y las que no lo son. Como ejemplo, constatamos que en nuestro ordenamiento jurídico la defensa de la libre competencia se ha confundido de tal forma con la regulación de la competencia desleal que en estos primeros años de aplicación de la LC la Superintendencia de Competencia ha recibido varias denuncias por conductas constitutivas de competencia desleal que no constituyen conductas prohibidas por la LC.

La determinación de los fines protegidos permite conocer con mayor certeza los valores que inspiran la normativa y que deben ser resguardados con su aplicación. Desde una perspectiva práctica, esta determinación también proporciona criterios objetivos para delimitar las conductas que deben sancionarse y las que no.

El capítulo III está dedicado al análisis del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, ya que la delimitación precisa del conjunto de sujetos contemplado por la

LC constituye un presupuesto indispensable para lograr su efectiva aplicación. Este tema tiene una importancia práctica considerable, porque entre los aspectos más novedosos que la normativa de competencia introduce, se encuentra la ampliación de los sujetos que tradicionalmente se vinculan a la realización de las actividades productivas. El concepto de agente económico introducido por la LC atribuye la calidad de sujeto a una gran cantidad de entes que no han sido habitualmente asociados con el ejercicio de actividades empresariales.

El concepto de agente económico abarca realidades muy amplias y novedosas, por lo que su estudio detallado resulta indispensable para determinar quiénes son los sujetos con capacidad para cometer las conductas prohibidas por la normativa de competencia. Por ello en el Capítulo III, si bien nos referimos al conjunto de entidades que pueden integrar el concepto de agente económico, hemos hecho hincapié en los sujetos menos tradicionales, como las entidades sin personalidad jurídica, las asociaciones sin fines de lucro y particularmente las modalidades de participación estatal en las actividades económicas, ya que de conformidad con la Ley de Competencia, estos sujetos quedan sometidos a la reglas del mercado en igualdad de condiciones que los comerciantes.

Los capítulos IV y V de nuestro estudio se centran en el tratamiento de los pactos colusivos prohibidos por la LC, con una especial atención a los acuerdos entre competidores, puesto que se trata de las conductas colusivas más frecuentemente sancionadas por la Superintendencia de Competencia hasta la conclusión de nuestro estudio.

En el Capítulo IV examinaremos los aspectos generales más relevantes, comunes a los acuerdos entre competidores y a los acuerdos entre no competidores, ya que encontramos una serie de elementos que el legislador reguló de forma muy similar en las prohibiciones de ambos tipos de colusiones, *v.gr.*, un sistema de tipificación abierto o la omisión de la regulación de los acuerdos de menor importancia.

Finalmente, en el Capítulo V examinamos los aspectos específicos relacionados con los acuerdos entre competidores, también denominados acuerdos horizontales, ya que, si bien nuestra investigación incluye otros aspectos de mucha relevancia para la correcta comprensión de las conductas prohibidas por la Ley de Competencia, optamos por hacer especial referencia a las conductas horizontales, porque en un periodo de casi 7 años, la Superintendencia ha resuelto cinco casos de acuerdos entre competidores y ninguno relacionado con acuerdos entre no competidores.

Desde una perspectiva metodológica, el examen de la legislación y de la jurisprudencia comparada, así como de los trabajos especializados más relevantes

que hemos consultado sobre cada aspecto, se presenta en forma sintética en cada capítulo con el propósito de fijar un marco conceptual, legal y jurisprudencial que permita introducir y contrastar los aspectos regulados por la normativa nacional.

El elemento novedoso y medular del presente trabajo, que puede dotarlo de particular interés para la sociedad salvadoreña, está conformado por el examen del correspondiente articulado de la normativa de competencia y de los pronunciamientos de la Superintendencia. Como resultado de nuestro análisis, hemos formulado algunas conclusiones, en las que presentamos nuestros comentarios sobre la normativa de competencia, así como algunas recomendaciones de reformas que pueden contribuir a mejorar la aplicación de la primera Ley de Competencia de El Salvador.

Para resumir, queremos recalcar que hemos intentado realizar una investigación que pueda interesar desde su dimensión teórica, por constituir el primer estudio de esta naturaleza sobre la normativa de competencia salvadoreña- que además recopila la poca bibliografía nacional en materia de derecho económico-, pero también hemos intentado estructurarla de tal forma, que sea útil desde una perspectiva práctica, para que pueda servir, como una herramienta que facilite un mejor conocimiento de la normativa de competencia nacional y como un estudio que oriente al legislador en el momento de elaborar proyectos de reformas que doten a la Ley de Competencia de mayor efectividad.

Actualmente, existe un proyecto de reformas a algunos de los artículos examinados en este trabajo, impulsado por la Superintendencia de Competencia, que aun no ha sido divulgado, por lo que se desconoce su contenido concreto. Sin embargo, la Superintendencia ha informado que se trata de distintas mejoras a la ley, que en materia de conductas horizontales, pretende aportar claridad sobre las conductas que la normativa prohíbe.

La investigación publicada por el Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado incluye cambios respecto de la tesis doctoral depositada en la Universidad Autónoma de Barcelona. Esta versión constituye una profundización de la investigación, que incluye las observaciones y recomendaciones indicadas por los cinco miembros del Tribunal Examinador ante quien se defendió la tesis doctoral el día 6 de enero de 2010 y un análisis actualizado de las resoluciones proveídas por la Superintendencia de Competencia hasta octubre de 2012. También se han incluido los prólogos de dos admirados y queridos profesores: el Lic. Carlos Quintanilla Schmidt, ex Vicerrector y profesor de derecho mercantil de la Univer-

sidad Dr. José Matías Delgado y la Dra. María Isabel Martínez Jiménez, catedrática de derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona y directora de mi investigación doctoral, quienes desde el inicio se entusiasmaron por este trabajo tanto o más que yo.

A mis padres José Ernesto y Virginia, a Emma Dinorah, Yesenia, Francisco Salvador, Sara, Julia, Aldo y tantos amigos que con distintos aportes contribuyeron al buen desenlace de este trabajo, GRACIAS!

Un agradecimiento especial al Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado sin cuyo apoyo la publicación de esta obra no hubiera sido posible, a la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo y a todo el personal de la Superintendencia de Competencia quienes de múltiples formas y en distintas etapas han contribuido con mi investigación.

A los insignes profesores Francesc De Carreras, Ricardo Alonso Soto, George Priest y Rodolfo González, gracias por sus revisiones, críticas y recomendaciones.

A mis compañeros del Departamento de Estudios Legales de FUSADES, gracias por ser ejemplo de integridad y excelencia, y por animarme cada día a tratar de dar lo mejor de mí.

San Salvador, octubre de 2012.

Fundamentos constitucionales de la Ley de Competencia de 2004

SUMARIO: 1. Preceptos de la Constitución de El Salvador de 1983 que constituyen el fundamento de la Ley de la competencia.- 2. Regulación constitucional del orden económico.- 3. Libertad económica constitucionalmente garantizada y su relación con la libre competencia.- 4. Regulación constitucional de los monopolios, la libertad empresarial, la protección de los consumidores y su relación con la libre competencia.- 5. Monopolios autorizados y monopolios prohibidos por la Constitución.- 6. Contenido de la libertad empresarial constitucionalmente protegida.- 7. Relación entre la libertad empresarial constitucionalmente garantizada y la normativa de competencia.- 8. Contenido de la protección de los consumidores constitucionalmente garantizada y su relación con la Ley de Competencia.

1. Preceptos de la Constitución de El Salvador de 1983 que constituyen el fundamento de la Ley de Competencia

Antes de introducirnos directamente en el estudio de los aspectos de la primera Ley de Competencia de El Salvador que guardan mayor relación con el tratamiento de los acuerdos colusivos, hemos considerado indispensable iniciar con un primer capítulo dedicado al examen de los preceptos de la Constitución de 1983, que tienen una vinculación más evidente con la defensa de la libre competencia, por tres razones fundamentales.¹

¹ De forma general, sobre la relación entre economía y Constitución, *vid.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema Económico*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985; CIDONCHA, A., *La Libertad de Empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2006; DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Colección de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; EHMKE, H., “Economía y Constitución”, traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5: la Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, pp. 329-380 y GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas de la Constitución”, en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2855-2874; sobre el orden económico constitucional en

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

En este orden de ideas, nuestro estudio se concentra en el examen de los fundamentos constitucionales citados expresamente en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia.² Comentaremos los preceptos constitucionales en los que se asienta la aprobación de la Ley y a los que el legislador secundario se refirió expresamente, con el fin de analizar el marco establecido por nuestra Constitución, dentro del cual viene a insertarse esta norma de derecho económico.³ Sin embargo,

El Salvador, *vid.* BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992, pp. 792-848 y MAGAÑA, A., “Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña”, en *Cuadernos IEJES*, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996.

² Durante nuestra investigación hemos encontrado que los estudios que ofrecen una definición del derecho de competencia son escasos, no obstante ello hemos optado por mencionar dos que pueden contribuir a aclarar el objeto y los fines de este capítulo. *Vid.* BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 283, quien en síntesis define el derecho de la competencia como el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia. Por otra parte, CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Escola D’Administració Pública de Catalunya-Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 38, señala que el derecho *antitrust* constituye una forma de control de los poderes públicos sobre el mercado para la protección de una competencia adecuada.

³ Además de intentar definir el derecho de competencia - tema en el que profundizaremos en el capítulo II- es necesario precisar que desde un ámbito más amplio, esta rama del derecho se ubica como parte del derecho económico, el cual ha sido definido esencialmente, como el derecho de la ordenación económica. Sobre este último tema, *vid.* IMMENGA, U., “El Derecho del Mercado”, en *Revista de Derecho Mercantil* n. 235, Madrid, 2000, pp. 8 y ss., quien establece que el derecho económico o derecho de la economía comprende una variedad de disciplinas, como el derecho mercantil y de sociedades, el derecho de propiedad industrial y –entre otros más– el derecho de competencia. Este autor agrega que el contenido del derecho económico, se caracteriza por determinar la relación que se establece entre Estado y economía, la cual encuentra generalmente su fundamento en la constitución económica. Por su parte, MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991, pp. 23 y ss., apunta que el derecho económico constituye la ordenación jurídica de la economía, en el cual convergen aspectos de derecho público y de derecho privado, cuya cuestión fundamental radica en determinar el alcance y el ámbito concreto que esta realidad presenta. En sentido similar, ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, 3ª edición,

tanto en ésta como en otras partes de este estudio, tendremos que referirnos también a otros artículos, que si bien no fueron mencionados en las consideraciones preliminares de la LC, tienen una necesaria vinculación con la defensa de la competencia y con la aplicación de la nueva Ley.

Aclaremos que en este capítulo, pretendemos hacer un análisis comparativo entre la defensa de la competencia y las disposiciones constitucionales de orden económico que constituyen su fundamento en El Salvador, por lo que en esta parte de nuestro estudio no hemos realizado un estudio comparativo entre las cláusulas económicas de nuestra Constitución y la Constitución económica de otros países; ni contrastes entre la configuración jurisprudencial de los preceptos económicos de nuestra Ley Fundamental con la jurisprudencia extranjera. Este tipo de análisis será abordado en los capítulos siguientes, donde al examinar el articulado de la LC, haremos las necesarias referencias a otros ordenamientos jurídicos y a los estudios más autorizados y más recientes.

En los apartados que siguen, confrontaremos la Ley de Competencia con los preceptos constitucionales de índole económica citados en su introducción, para determinar el encuadramiento constitucional que regula esta nueva Ley y para verificar su congruencia con el orden económico que la Constitución de 1983 establece. En este orden de ideas, nos hemos concentrado en el origen de los preceptos, que consta en las discusiones de las sucesivas asambleas constituyentes que les dieron vida y en las concreciones y actualizaciones jurisprudenciales que ha realizado la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país.

Es necesario precisar que una parte considerable de nuestro análisis jurisprudencial encuentra su fundamento en dos sentencias de inconstitucionalidad proveídas por la Sala de lo Constitucional- Inc. 8-87 e Inc. 2-92- ya que en muchos casos, estas dos sentencias constituyen el único pronunciamiento existente hasta la fecha sobre temas relacionados con la libre competencia o, en muchos otros, el precedente más relevante que encontramos en la jurisprudencia del máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental, aunque más recientemente, la SCN haya formulado algunas

Granada, 2004, pp. 11 y ss., manifiestan que el derecho económico o derecho de la economía, se sitúa entre el derecho mercantil y el derecho administrativo, para establecer esencialmente las condiciones de actuación del Estado en la economía, sea ésta intervencionista o liberalizadora y ROJO, A., “El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, p. 985, quien apunta que el derecho económico se identifica con el derecho de la ordenación económica.

breves consideraciones sobre la importancia de un régimen de libre competencia para el modelo económico que nuestra Ley Fundamental pretende garantizar.⁴

El examen de las consideraciones preliminares de la LC adquiere una importancia particular, porque pesar de tratarse de una materia sin desarrollo normativo previo en nuestro ordenamiento jurídico, los encargados de su redacción y aprobación no elaboraron una exposición de motivos. Los únicos indicios de los que disponemos sobre las razones fundamentales por las cuales el legislador consideró necesario y útil promulgar una Ley que protegiera la libre competencia, o en los que conste la finalidad y los principios esenciales que inspiran la LC se encuentran en las consideraciones introductorias o preliminares que examinaremos a continuación.⁵

El examen de los fundamentos Constitucionales que se citan en los Considerandos iniciales del Decreto Legislativo n. 528 del 26 de noviembre de 2004, en los que se ha establecido textualmente que la Ley de Competencia fue aprobada con el fin de lograr una economía más competitiva y eficiente, de promover su transparencia y accesibilidad, de fomentar el dinamismo y el crecimiento de la misma para

⁴ Vid. sentencia de inconstitucionalidad 8-87 del 28 de septiembre de 1989, publicada en el D.O. n. 188, Tomo 305 del 11 de octubre de 1989 y sentencia de inconstitucionalidad 2-92 del 26 de julio de 1999, publicada en el D.O. n. 154, Tomo 344 del 23 de agosto de 1999, las cuales contienen los dos pronunciamientos más completos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en materia de libre competencia, por lo que constituyen la referencia jurisprudencial más relevante para efectos del estudio de los fundamentos constitucionales de la aprobación de la Ley de Competencia de El Salvador, tal como constataremos en las páginas que siguen. También puede consultarse la sentencia de amparo 16-2009 del 13 de julio 2011, donde la SCN establece que *“prácticas anticompetitivas hace referencia a una gama diversa de conductas comerciales en las que puede incurrir una empresa o grupo de empresas a fin de limitar la competencia entre sus rivales o impedir el acceso al mercado a nuevos competidores, con el objetivo de conservar o reforzar su posición relevante en el mercado y elevar sus utilidades sin tener que prever precios bajos ni mejorar la calidad de los bienes y servicios que ofrecen, lo cual evidentemente, no solo afecta el modelo de sistema económico que se busca implementar a partir de la Constitución, sino también el bienestar general”*.

⁵ El borrador n. 7 y el borrador n. 8 del Anteproyecto de Ley de Competencia presentados por el Ministerio de Economía, sí estaban precedidos de una breve exposición de motivos. Sin embargo, el anteproyecto final que sirvió de base para la LC, no la incluyó. Sobre este tema, puede consultarse MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el Caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la subregional de la CEPAL en México, México D.F., enero 2007, p. 13, donde se explica que varios partidos políticos y diversas instituciones, además del Ministerio de Economía de El Salvador estuvieron impulsando por muchos años, la aprobación de diversas versiones del anteproyecto de Ley de Competencia y que el anteproyecto definitivo que se sometió a discusión fue el que se presentó oficialmente en julio de 2003. Sobre este aspecto, *vid.* el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia, presentado a los Secretarios de la Asamblea Legislativa por la fracción del partido Alianza Republicana Nacionalista de El Salvador, el 7 de julio de 2003, el cual consta en el expediente 632-1-2001-4 que lleva el archivo de la Asamblea Legislativa.

beneficiar al consumidor, así como para dar cumplimiento a los mandatos contenidos en los artículos 101, 102 y 110 de la Constitución de 1983, también reviste una particular importancia, ya que de conformidad con el principio de supremacía constitucional que rige en nuestro ordenamiento jurídico, estos preceptos fijan el marco dentro del cual los Poderes Constituidos y los particulares pueden y deben actuar.⁶

Todos los artículos que constituyen el marco introductorio de la LC, se encuentran ubicados en el Título V de la Constitución de 1983, dedicado al orden económico. Estas y las demás cláusulas constitucionales de contenido económico- *v.gr.* la libertad de contratación y el régimen de propiedad, constituyen lo que la doctrina ha convenido en denominar constitución económica,⁷ en la medida en que estas disposiciones proporcionan el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica de un país.⁸

⁶ Este principio se encuentra recogido en el artículo 246 de la CN ELS 1983, en el que se establece que: “*Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos...*”, por lo que cualquier norma que se apruebe en este país debe ser congruente con el marco constitucional.

⁷ *Vid.* BASSOLS COMA, M., “La Constitución como Marco de la Legislación Económica”, en *Revista de Economía Industrial*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología, n. 349-350, Madrid, 2003, pp. 17-28, quien señala que la articulación de todos los conceptos relacionados con la actividad económica, insertos en el entramado de la normativa constitucional constituyen lo que convencionalmente se denomina constitución económica. Sobre el uso de la expresión “constitución económica”, GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas...”, *cit.*, pp. 2856 y 2857, cita la obra del profesor de Friburgo, W. Eucken, *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*, Madrid, 1947, atribuyéndole la primicia en el uso del término “constitución económica”, aunque FONTGALÁN, J.I., “Notas sobre el Modelo Económico de la Constitución Española de 1978”, en *RDM*, n. 152, Madrid, 1979, p. 205, se lo atribuye a otro autor alemán, H. BECKERATH. Sin embargo, ambos coinciden con los demás autores mencionados en esta cita, al señalar que se trata de las normas fundamentales a través de las cuales se manifiesta la regulación o configuración constitucional del orden económico. Para distintos análisis sobre la constitución económica en general, *vid.* entre otros, DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución Económica Española: Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Colección de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 17 y ss.; CIDONCHA, A., *La Libertad de Empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2006, pp. 71-120; ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op.cit.*, p. 123; y PAPIER, J.J., “Ley Fundamental y Orden Económico”, en BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 560 y ss.

⁸ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, puede consultarse la sentencia 1/1982 del 28 de enero, publicada en el BOE n. 49 del 26 de febrero de 1982, en cuyos fundamentos jurídicos, el TC señaló que en el texto de la Constitución “...*existen varias normas destinadas a proporcionar*

Nuestra Ley Primaria se divide en 11 títulos, en los que el Constituyente de 1983 pretendió reunir los fundamentos esenciales de la convivencia nacional.⁹ Uno de estos títulos está exclusivamente dedicado al orden económico nacional y en él se encuentran concentradas las cláusulas económicas de nuestra Constitución vigente. Sin embargo, tal como ocurre con otros textos constitucionales y tal como ha apuntado un sector mayoritario de la doctrina, hemos advertido que también completan la constitución económica, los demás preceptos de contenido económico incluidos en la norma constitucional, aunque no estén sistemáticamente ubicados en el Título V.¹⁰

La constitución económica de un Estado generalmente refleja los valores y principios básicos que deben regir las relaciones económicas de un país.¹¹ En algunos

el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica...”.

⁹ Vid. el Preámbulo de la Constitución de El Salvador 1983.-“Nosotros, Representantes del Pueblo Salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la Potestad Soberana que el Pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista, decretamos, sancionamos y proclamamos, la siguiente CONSTITUCIÓN...”. Sobre este mismo tema, *vid.* ARAGÓN, M., “Constitución económica y libertad de empresa”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 166, manifiesta que las constituciones modernas regulan la organización del Estado y la de la sociedad en conjunto, por lo que ya no es sólo la “Constitución política” (del Estado) sino la “Constitución jurídica” (de la Nación). Por ello, la constitución amplía su campo normativo estableciendo los principios rectores del sistema económico. Por su parte, DE LA CUADRA-SALCEDO, T. “Título VII: La Constitución Económica de España”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo X, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 20 y 21, establece que la inclusión de un título específico dedicado al orden económico, implica el reconocimiento que la economía no constituye un fenómeno que se desarrolla “extramuros” del texto constitucional, el cual debe formar parte del pacto social contenido en la norma fundamental.

¹⁰ En la Constitución de El Salvador de 1983, también encontramos cláusulas de contenido económico, que no están exclusivamente ubicadas en el Título V, como el artículo 22 CN, en el que se establece la libre disposición de bienes y el artículo 23 CN, en el que se garantiza la libertad de contratación. Sobre la dispersión de la cláusulas de contenido económico en la Constitución, *vid.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema... , cit.*, p. 105, quien señala que en el texto de la CE existe abundancia de preceptos de naturaleza económica dispersos por todo el articulado; ARAGÓN, M., “Constitución Económica...”, *cit.*, p. 166, quien manifiesta que la CE alberga un buen número de disposiciones relativas a la materia económica ubicada en diversos títulos; y, RUIZ-RICO RUIZ, G., “La Libertad de Empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia” en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 215, 1995, p. 224, quien acota que existe una considerable dispersión de la cláusulas económicas contenidas en la CE.

¹¹ Hemos constatado que una gran parte de la doctrina alemana y española concuerda que el término constitución económica aparece históricamente vinculado al constitucionalismo alemán y específicamente a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, en cuya Parte Segunda: Derechos y Deberes Fundamentales de los Alemanes, se encuentra la sección V, relativa a la vida económica

casos, las opciones del Poder Constituyente aparecen expresa y concretamente señaladas,¹² pero en otros, como en el caso de El Salvador, éstas deben poderse deducir del entramado de cláusulas contenidas en la Constitución y de los principios y valores que las inspiran, para dotarlas de contenido, dentro de un margen de flexibilidad permitido por la Ley Fundamental, con el fin de favorecer su perdurabilidad a través de su adaptación a las necesidades de los Gobiernos sucesivos.¹³

(Arts. 151 a 165). Sobre el surgimiento histórico del concepto de constitución económica en la Constitución de Weimar de 1919, puede consultarse entre otros, DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, p. 11; EHMKE, H., *op. cit.*, p. 333; GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas...”, *cit.*, p. 2856 y PAPIER, J.J., *op. cit.*, pp. 562 y 563, quienes coinciden en señalar que el concepto de constitución económica surge en la Constitución de Weimar de 1919, porque dicha Ley Fundamental fue la primera en incluir un título relativo a la regulación de la economía.

¹² *Vid.* PAPIER, J.J., *op. cit.*, pp. 561 y ss., quien comenta que en las democracias modernas, la regla general es contraria a la predeterminación de un modelo económico en la Constitución, con el fin de permitir al legislador [o al Poder Político] una opción libre dentro de los marcos trazados por la Constitución. Sin embargo, en nuestro ámbito geográfico más inmediato, hemos encontrado países en los que si bien la Ley Fundamental no prefija un modelo concreto, sí expresa ciertas preferencias, como en el caso de la Constitución de Guatemala que se decanta por la economía de mercado: artículo 130.- “*Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores*” o como el artículo 38 de la CE, en el que se establece que: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

¹³ Aunque tal como lo hace notar PAPIER, J.J., *op. cit.*, p. 561- y como ha sido desarrollado por hartos estudios- en la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán, esta capacidad de la Constitución para adaptarse a los designios del legislador fue inicialmente denominada neutralidad política-económica de la Ley Fundamental, otros sectores de la doctrina apuntan que la capacidad de la ley fundamental para adaptarse a los distintos momentos políticos de un país, tampoco implica que pueda hacerse cualquier lectura de las cláusulas económicas de la constitución, ni que deba hacerse una interpretación política de la Ley Fundamental. Al respecto, DE LA CUADRA-SALCEDO, T., *op. cit.*, p. 38, previene sobre el peligro que puede existir al tergiversar la labor de hermenéutica jurídica, con las preferencias políticas propias, porque no debe caerse en el error de confundir las posibilidades que se abren a los poderes públicos, con las preferencias ideológicas de cada intérprete. Sobre la flexibilidad de las cláusulas económicas de la Constitución, *vid.* BREWER-CARIAS, A., “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V Economía y Hacienda, coordinado por Sebastián Martín-Retortillo, Civitas, 1ª edición, Madrid, 1991, p. 3842, quien señala que la flexibilidad de la Constitución evita coartar la acción legislativa de los sucesivos gobiernos democráticos, al dejarles cierto margen de libertad para resolver cuestiones e insertar modificaciones que correspondan a la necesidad y a la experiencia de la República, sin tener que apelar a una reforma constitucional.

Siguiendo el orden de ideas expresado, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y la doctrina nacional que existe sobre las cláusulas económicas de la Constitución de 1983 concuerdan que en nuestra Ley Fundamental vigente no aparece expresamente señalado un modelo económico específico,¹⁴ sino más bien una serie de principios fundamentales que el Estado debe garantizar, independientemente del modelo concreto que el legislador o el poder político decidan adoptar en uno u otro momento de nuestra vida nacional, siempre y cuando se mantengan dentro de los contornos que el legislador Constituyente estableció.¹⁵

En sentido similar, BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, cit., p. 93, explica que flexibilidad no implica neutralidad, ni indiferencia de la Constitución respecto del sistema económico.

¹⁴ Vid. la sentencia de inconstitucionalidad de la SCN 15-99/17-99 Ac. del 13 de agosto de 2002, publicada en el Diario Oficial n. 154, Tomo 356 del 22 de agosto de 2002, la 2-2002 del 8 de noviembre de 2004, publicada en el Diario Oficial n. 214, Tomo 365 del 17 de noviembre de 2004 y la 8-2004 del 13 de diciembre de 2005 (sin registro de publicación en el D.O.), en las que la Sala ha manifestado que la “Constitución [de El Salvador] no contiene ninguna norma expresa que defina un determinado sistema económico”. Sobre este mismo punto, MAGAÑA, A., “Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña”, en *Cuadernos IEJES*, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996, p. 46, ha manifestado que nuestra Constitución no establece un modelo económico específico, sino un modelo genérico que no recoge ninguna de las dos soluciones extremas: ni la absoluta libertad económica ni la pura estatización de la economía. Agrega este autor, que no se trata de un modelo neutro ni de dos modelos confrontados. Lo que caracteriza a nuestro texto constitucional es la existencia de ciertos principios que configuran el orden económico y que deben interpretarse sistemáticamente.

¹⁵ En los estudios salvadoreños, vid. BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992, p. 823, quienes relatan que es a partir de la Constitución Política de 1950, que en nuestro país, se dedica un título específico a la ordenación de la economía nacional. A diferencia de la Constitución vigente, en las Constituciones de 1950 y en la de 1962 este título se denominó “régimen económico”. En sentido similar, vid. MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Financiero Salvadoreño*, Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 4, San Salvador, 1989, p. 33, quien refiriéndose a la Constitución de 1950, por medio de la cual se instituye el Estado Social en El Salvador, manifiesta que el constituyente hizo una decisión política fundamental, que habilitó al legislador ordinario para impulsar o restringir la intervención estatal en la economía, es decir que le otorgó una amplia capacidad de reforma al sistema económico, el cual esencialmente recogerá la orientación política que tenga el liderazgo en un momento determinado, pero siempre dentro de los alcances que precisó el Constituyente. También puede consultarse los *Documentos Históricos de la Asamblea Constituyente de 1950*, p. 202, específicamente en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, se estableció que todos los preceptos relativos al régimen económico estaban “concebidos en forma general y elástica, para permitir una nutrida legislación secundaria sobre la materia” y que el orden económico constitucional, se construye a partir de principios que dan pauta para su subsiguiente desarrollo en el programa de gobierno.

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

Ello se colige de la multiplicidad de manifestaciones del principio de libertad económica consagradas expresamente en la Constitución de 1983: Vg. libertad económica, libertad empresarial, libre iniciativa privada, libre contratación, libre disposición de bienes y libre testamentifación, las cuales se erigen como instituciones esenciales de la economía nacional, pero también como verdaderos derechos fundamentales de la población, por cuanto configuran un ámbito de actuación garantizado en materia de actividades económicas.¹⁶

A manera de contrapeso a este amplio margen de libertad económica y a sus muchas manifestaciones, el Constituyente dispuso un modelo económico reiteradamente orientado al bienestar general. En muchas de las disposiciones del Título V de la Constitución de 1983, el Constituyente proclamó que el interés social o interés general, constituye una de las aspiraciones éticas fundamentales de nuestra organización económica:¹⁷ el orden económico, la libertad económica, la iniciativa privada, el derecho a la propiedad privada se establecen con una función social, para la consecución del bien común, para el beneficio del mayor número de habitantes de la República.¹⁸

¹⁶ Estas libertades de índole económico se encuentran previstas en el orden de su enumeración, en el Art. 102 inciso 1º, Art. 110, Art. 102 inciso 2º, Art. 23 y Art. 22, todos de la Constitución de El Salvador de 1983 y reflejan el espíritu de libertad que el Constituyente de 1983 quiso plasmar en el orden económico nacional y aunque los hemos denominado institutos, en la realidad la SCN ha manifestado que constituyen verdaderos derechos fundamentales de los justiciables. Al respecto *vid.* la jurisprudencia citada *infra* en la nota 47 de este mismo capítulo.

¹⁷ *Vid. Informe Único de la Asamblea Constituyente de El Salvador de 1983*, que se denomina “Exposición de Motivos de la Constitución de 1983”, San Salvador, 1983, p. 43, aunque en realidad, a pesar de su nombre, este documento únicamente contiene una síntesis de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983, donde los Parlamentarios señalaron que el conflicto existente entre el derecho de libertad de la persona como individuo y la aspiración igualitaria entre los miembros de la sociedad había sido objeto de reiteradas discusiones, que finalmente había quedado plasmado en la redacción de las distintas cláusulas de la Constitución.

¹⁸ *Vid.* en el orden citado, inciso 1º del Art. 101, Art. 102, Art. 103, en los que se establece la protección del interés social, cuestión que se encuentra relacionada con la parte final del inciso 2º del Art. 246 de la Constitución de El Salvador de 1983, en el que se establece que el interés público tiene primacía sobre el interés privado. Téngase también presente el artículo 1 de la CN de 1983, en el que se establece que uno de los valores fundamentales del Estado salvadoreño es la consecución del bien común (*vid. infra* nota 21).

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

De una parte, porque se garantizan una serie de libertades propias de la economía de mercado, como la libertad de empresa o la libre iniciativa privada, lo que impide que se establezca una economía totalmente planificada o dirigida, pero de otra, la Constitución dispone que toda la actividad económica debe tener una orientación social, por lo que tampoco cabe un modelo de economía de mercado puro, caracterizado por una actitud estatal de “*laissez faire, laissez passer*”.¹⁹

¹⁹ Para estudios nacionales al respecto, *vid.* SOLANO RAMÍREZ, M.A., *Derecho Constitucional de El Salvador*, Tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª edición, San Salvador, 2006, p. 119, en la que el ex - Ministro de Justicia y ex - Magistrado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, señala que el régimen económico actual proviene de la Constitución de El Salvador de 1950, la cual es un reflejo del proceso histórico de las constituciones de la sociedad occidental que, después de analizar las distintas soluciones que fueron propuestas para contrarrestar los efectos del liberalismo y los males que acarrea a las sociedades donde fue aplicado, en El Salvador se aplicó la teoría del carácter social. Por su parte, BERTRAND GALINDO, F. y otros, *op. cit.*, pp. 39 y 40, citan el discurso inaugural del Presidente de la Asamblea Constituyente de 1950, durante el cual, el Dr. Reynaldo Galindo Pohl, manifestó que los Estados democráticos modernos deben combinar la protección de la dimensión individual del hombre con la salvaguarda de su dimensión social. En sentido parecido, MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Financiero...*, *cit.*, pp. 30 y 31, manifiesta que la Constitución de 1950 es la primera en incorporar cláusulas que regulan el sistema económico, con una clara orientación social y el documento de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP), *El Salvador: Institucionalidad, Economía Libre y Desarrollo*, ENADE 2008, San Salvador, septiembre 2008, quienes consideran que si bien el modelo de economía social de mercado, se desprende del orden constitucional, éste fue realmente implantado en nuestro país a partir de 1989. En sentido similar, en la doctrina española más reciente, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 109 y ss., quien haciendo referencia al modelo español - en el cual la Constitución expresamente establece que España es un Estado Social (Art. 1 CE 1978) y donde la Constitución expresamente menciona la economía de mercado (Art. 38 CE 1978) - este autor examina la protección constitucional de la economía de mercado, a partir de sus posibles manifestaciones. Por otra parte, para los fines de este estudio, reviste una particular importancia mencionar los comentarios de FONT- GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L. Ma., “Defensa de la Competencia y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales y Disfuncionales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coordinado por Juan Ignacio FONT-GALÁN y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 12, quienes explican que el postulado moderno en torno al cual se organizan las relaciones económicas es el de una economía de mercado socialmente compatible, en el que cobra especial relevancia el derecho de competencia, tal como comentaremos más adelante.

El orden económico fijado por la Constitución promueve y protege la libre iniciativa privada y la propiedad, como principios rectores de las relaciones económicas, sometidos únicamente a las fuerzas del mercado. Sin embargo, en este mismo entramado, toda actividad económica libre aparece limitada expresamente por los intereses colectivos.²⁰ Es decir que, si bien el texto constitucional favorece la libertad individual de todos los participantes en el mercado, ésta se encuentra expresa y reiteradamente modulada por el bien común.²¹

En las versiones taquigráficas que recogen las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1983, quedaron registrados algunos de los principios básicos entorno a los cuales se pretendió organizar el orden económico nacional. De forma

²⁰ Vid. HÄBERLE, P., “Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado”, traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5 sobre la Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, p. 23, quien afirma que la teoría constitucionalista tiene la tarea de integrar el mercado y sus logros a favor del interés general y sus límites. Por otra parte, PAPIER, J.J., *op. cit.*, pp. 563 y ss., explica que en el régimen alemán, si bien las actividades económicas se encuentran coordinadas por un régimen de mercado, existe cierta orientación social de la economía. Este autor agrega que, además de los límites expresos a la actividad económica, los derechos fundamentales también constituyen un límite implícito a las relaciones económicas, ya que la omisión de garantizar en forma expresa una determinada constitución económica, no debe distraer de la tarea de garantizar la efectividad de las libertades individuales en los procesos económicos. En el mismo sentido, sobre la economía social de mercado en España y los límites impuestos por el interés general y los derechos fundamentales, *vid.* DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, pp. 64-67 y p. 82, donde este autor expresa que el sistema económico socialmente orientado implica que los derechos llevan un función social intrínseca, que habilita restricciones en atención al interés general, siempre y cuando no se viole la esencia de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados.

²¹ El bien común como valor constitucionalmente protegido, se encuentra en el inciso primero del artículo 1 de la CN de 1983: “*El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común*”. Sobre este tema, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “*el mismo se puede comprender como el conjunto de las condiciones materiales y espirituales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo... La necesidad de garantizar iguales derechos para todos, así como la de proteger el bien común y la seguridad jurídica, habilitan al Legislador para limitar los derechos de una persona con el fin de hacerlos compatibles con el ejercicio de los derechos de los demás...en ese sentido, la ordenación tendente al bien común se rige por la justicia general y el mismo bien común se convierte en finalidad del orden social*” (Sentencia de amparo 242-2001 del 26 de junio de 2003 y sentencias de inconstitucionalidad 8-97 del 23 de marzo de 2001, publicada en el D.O. n. 74, Tomo 351 del 20 de abril de 2001 y 3-88 del 3 de septiembre de 1990, publicada en el D.O. n. 216, Tomo 308, del 10 de septiembre de 1990 y 8-87). En forma complementaria, en jurisprudencia relevante para los fines de este estudio, *vid.* el amparo 432-2005, donde la SCN ha manifestado que toda la actividad estatal deberá estar encaminada a la consecución del bien común, en los términos siguiente “*Ahora bien, cabe recordar que la libertad de empresa no es una libertad absoluta e ilimitada ya que la misma, al igual que otras libertades, opera con sujeción a una serie de limitaciones legales y constitucionales encaminadas a asegurar su ejercicio armónico, en concordancia con el resto de categorías jurídicas consagradas en la Norma Primaria a favor de los gobernados y el bien común*”.

general, aparece en primer lugar, que la configuración del régimen económico fue fruto de la conciliación inter partidaria, con el fin de adoptar un modelo que aportara equilibrio al conflicto social que vivía nuestro país en ese momento. En segundo lugar, también se consignó que el legislador Constituyente optó por una redacción que fuera lo suficientemente amplia para garantizar la perdurabilidad del texto.

En la transcripción literal de las discusiones, también encontramos que la idea central que atraviesa todo el articulado económico, fue la aprobación de un régimen que favoreciera el crecimiento económico y el aumento de la riqueza nacional, sin desprender el bienestar general de la población.²²

Por otra parte, aunque éste no es el lugar para examinar a fondo el tipo de Estado que las Constituciones salvadoreñas han venido determinando a partir de la Ley Fundamental de 1950, es necesario precisar que fue la Constitución Política de 1950 la que instituyó el Estado Social en nuestro país.²³ Si bien en todo el articulado no existe una mención expresa que así lo proclame, la idea del Estado Social sí se estableció en la exposición de motivos del artículo 2 de la Constitución de 1950, donde los Constituyentes expresamente consignaron que ésta había sido su intención al momento de incluir y redactar esta disposición de la Ley Fundamental.²⁴

²² Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente*, Tomo VI, San Salvador, 1983. En el acta de la sesión del 6 de octubre, aparecen registradas las intervenciones de varios parlamentarios, quienes expresaron que los principios rectores de nuestro ordenamiento económico constitucional, fueron el fruto del consenso partidario y que básicamente se ha buscado el equilibrio entre la productividad económica y el interés social. Los diputados concordaron que las actividades económicas no solo deben promover la riqueza de los empresarios, sino que también la de todos los sectores nacionales.

²³ Vid. MAGAÑA, A., “El Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, p. 81, donde este autor expresa que “a partir de 1950, las últimas Leyes Constitucionales Salvadoreñas, concretan principios característicos de un Estado con clara orientación social”. Sobre este mismo tema, SOLANO RAMÍREZ, M.A., *op. cit.*, p. 48 y 51, considera que si bien del texto de la Constitución de El Salvador se deduce que Estado es un Estado Social, en realidad los derechos sociales carecen del desarrollo y de la protección constitucional necesaria para hacer de la letra una realidad. Por su parte, BERTRAND GALINDO, F. y otros, *op. cit.*, p. 1048, manifiestan que la Constitución de 1950 fue criticada de “hibridez ideológica debido a la coexistencia de instituciones, unas que pertenecen al Estado Social de derecho y... otras propiamente liberales”.

²⁴ Vid. Documentos Históricas, *cit.*, p. 41, donde los Diputados Constituyentes manifestaron que “esta disposición...perfila con singular vigor, el Estado con que la Constitución de 1950 sustituirá el Estado individualista y liberal de 1886”. En forma retrospectiva, los Diputados de la Asamblea Constituyente de 1983, consideraron que esta configuración del Estado como Estado Social, también puede deducirse del texto del artículo 135 de la Constitución de 1950, en el que se establecen los principios inspiradores del orden económico. Sobre esto último, puede consultarse la *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente*, Tomo VI, sesión del 6 de octubre de ese año.

Además del texto del artículo 2, en el cual el Constituyente manifestó que era obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social,²⁵ manifestaciones concretas de este rasgo del Estado Social de Derecho aparecen reflejadas en reiteradas disposiciones del texto de la Constitución en vigor. El Estado de El Salvador es un Estado que no sólo proclama derechos y libertades, y que en materia económica no solo deja hacer y deja pasar, sino que asume un cúmulo de obligaciones que pretenden garantizar un mínimo de condiciones vitales para sus habitantes.²⁶

Esta configuración del Estado salvadoreño que con distintos matices ha permanecido invariada desde ese momento histórico, puesto que la misma disposición fue reproducida en términos idénticos en el artículo 2 de la Constitución de 1962, e integrada en el inciso 3º del artículo 1 de la Constitución de 1983,²⁷ constituye otro condicionante que el legislador y el Gobierno deben respetar y garantizar al momento de configurar el orden económico nacional, ya que el Estado Social como

²⁵ Vid. la CN ELS 1950, Art. 2, en el que se declara por primera vez, que incumbe al Estado garantizar un mínimo de condiciones de existencia de su población, a partir del texto siguiente: “*Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*”.

²⁶ Aunque un *ex cursus* sobre el Estado Social en El Salvador superaría en volumen y contenido los fines de este trabajo, hacemos notar que en el texto de la Constitución de 1983, esta configuración del Estado salvadoreño, las obligaciones que se derivan, así como los derechos de prestación que se reconocen a favor de la población, se encuentran especialmente recogidos en el Título II: Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capítulo II: Derechos Sociales, Sección Primera: Familia (Arts. 32-36), Sección Segunda: Trabajo y Seguridad Social (Arts. 37-52), Sección Tercera: Educación Ciencia y Cultura (Arts. 53-64) y Sección Cuarta: Salud Pública y Asistencia Social (Arts. 65-70). Sobre este tema, puede consultarse, MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Presupuestario...*, cit., p. 47, quien manifiesta que la orientación del Constituyente de 1950, se mantiene en la Constitución vigente y probablemente se acentúa notoriamente. Su preámbulo y el consiguiente artículo 1 constituyen una declaración elocuente de fe en el Estado humanista social, reforzados por otras disposiciones de su Título II, que establecen principios por su naturaleza general orientados a caracterizar postulados típicos de un sistema o modelo de Estado Social.

²⁷ Esta disposición fue retomada en términos idénticos en la CN de 1962, Art. 2.-“*Es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*”, mientras que en la CN de 1983, pasó a formar parte del inciso tercero del Art. 1.-“*...En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*”, reiterando la configuración social del Estado salvadoreño y desarrollando en su articulado los derechos de los que son titulares los habitantes de este país y respecto de los cuales el Estado asume una obligación prestacional. Sobre la continuidad del modelo de Estado instituido por la Constitución de 1950, vid. MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Financiero...*, cit., p. 38, donde el ex Presidente de la República manifiesta que desde 1950, el Constituyente salvadoreño adopta el precepto “principalista” contenido en el artículo 2, con el cual se inicia la aceptación de los principios de un Estado de orientación social, reafirmado en 1983, cuando se copia el mismo precepto como inciso 2º del artículo 1.

forma de organización, representa el marco exterior dentro del cual deben operar los poderes constituidos, que se traduce en la práctica en un principio orientador de toda la actividad del Estado, que impone determinada forma de actuar a los poderes públicos.²⁸

En los apartados que siguen, determinaremos si el encuadramiento económico constitucional vigente al momento de aprobarse la primera Ley de Competencia ha sido respetado y adecuadamente desarrollado por el legislador secundario y si se han tomado en cuenta los imperativos y las limitaciones establecidas por el Título V y por el marco general proporcionado por la Ley Fundamental, el cual se caracteriza por ser un sistema mixto,²⁹ en el que se garantiza la participación privada y se habilita

²⁸ Sobre las obligaciones que se derivan del Estado Social en El Salvador, *vid.* MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Presupuestario...*, *cit.*, p. 47, quien señala que las disposiciones del Título V de la CN de 1950, por medio de la cual se instituye el Estado Social, recogidas en los Arts. 101 a 103 de la CN en vigor, deben instrumentalizar las directrices generales que se derivan de esta forma de organización. Estos preceptos no sólo autorizan, sino que vinculan y comprometen al Estado, obligándolo a actuar para realizar los propósitos fundamentales del Estado Social. Para consideraciones generales sobre las obligaciones del Estado Social, puede consultarse FORSTHOFF, E., “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y otros, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 48 y 49, quien apunta que el surgimiento del Estado Social implica la competencia del Estado para adoptar medidas que aseguren a los ciudadanos su subsistencia, conforme a un mínimo de condiciones. En sentido similar, GARCÍA-PELAYO, M., “El Estado Social y sus Implicaciones”, *cit.*, pp. 1593 a 1647, donde a partir de un análisis de las diversas implicaciones del modelo de Estado Social contemporáneo, el Dr. García Pelayo concluye que esta configuración implica una actitud activa de parte de la estructura estatal para que las libertades y derechos garantizados en la Constitución, no se limiten a meras declaraciones y puedan materializarse en situaciones concretas. Por su parte, ARAGÓN, M., “Los Problemas de Estado Social”, en *Libertades Económicas y Estado Social*, 1ª edición, McGraw-Hill, Madrid, pp. 124-127, considera que el Estado Social, no significa un modo específico de ser del Estado, sino una manera de actuar por parte del poder público. En igual sentido, CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 87 y ss., manifiesta que el Estado Social no implica un cambio en su naturaleza, cuanto en sus funciones. Desde una perspectiva mercantilista, ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 169-180, Madrid, 1983, p. 317, también considera que la configuración del Estado como social, no sólo habilita a los poderes públicos a intervenir, sino que los obliga, condicionando el sentido axiológico de sus intervenciones.

²⁹ *Vid.* SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *Economía*, McGraw-Hill, 18ª edición, México, 2006, pp. 7 y ss., renombrados economistas, quienes explican que una economía de mercado es aquella en la que los individuos y las empresas privadas toman las decisiones más importantes acerca de la producción y consumo. En cambio, una economía centralizada es aquella en la que el Estado toma todas las decisiones importantes sobre la producción y la distribución. Sin embargo, aclaran que ninguna sociedad contemporánea encaja perfectamente en estas categorías extremas y que en la realidad todas las economías son mixtas, con elementos de economías de mercado y de economías centralizadas. En sentido idéntico, *vid.* FISCHER, S., DORNBUSCH, R. Y SCHMALENSEE, R., *Economía*, traducido por Luis Toharia y Esther Rabasco, Mc. Graw-Hill, 2ª edición, Madrid, pp. 15-17. Sobre el modelo salvadoreño, *vid.* MAGAÑA, A., “Consideraciones...”, *cit.*, p. 59, donde este autor señala que el modelo salvadoreño, no es neutral ni de libre mercado plenamente, sino una economía mixta o dualista, porque admite diversos grados de intervención

la participación estatal en la economía,³⁰ no como la regla, sino como la excepción, ya que sobre este tema, la Sala de lo Constitucional ha dicho que las medidas ordenadoras de la actividad económica deben ser razonables y moderadas, fundadas en claros fines de interés general y orientadas por el principio de subsidiariedad, según el cual el Estado debe ayudarlas, pero no absorberlas.³¹

Para concluir este apartado introductorio, consideramos necesario precisar que al momento de configurar el régimen u orden económico, la mayor parte de las Constituciones – y la nuestra no es excepción- hacen naturalmente referencia a

estatal en la economía. Desde la perspectiva constitucionalista, *vid.* PAPIER, J.J., *op. cit.*, p. 564, quien concuerda en señalar que en los países occidentales, el régimen real de la economía debe ser caracterizado como mixto, en el que se combinan con mayor o menor peso, elementos de mercado y de planificación. En el mismo sentido, BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, *cit.*, pp. 164 y 165, explica que el modelo de economía mixta, reflejado por la CE, es el mismo que caracteriza la mayoría de Estados modernos democráticos, donde pueden existir diversos grados de participación pública y privada en la economía.

³⁰ *Vid.* ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, p. 318, quien más que sistema mixto, lo denomina co- iniciativa económica, porque supone la concurrente intervención pública y privada en la economía. Por su parte, MARTIN-RETORTILLO B., S., *op. cit.*, p. 250, lo denomina sistema de economía dual. A título de ejemplo, podemos referirnos a dos de los artículos de la Constitución de El Salvador de 1983, en los que la intervención estatal en la vida económica aparece con más fuerza: inciso 4 del Art. 110.- “...El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan ... También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas ...” e inciso 1 del Art. 112.- “El Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la continuidad de los servicios, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social...”.

³¹ *Vid.* Inc. 2-2002 y 8-2004 en las que el Tribunal manifestó que “la ideología de libertad que inspira y da contenido a la Constitución obliga a sostener que en materia económica debe existir un espacio suficiente de libertad para la actividad privada..., pero que una presencia estatal razonable o subsidiaria para la gestión de la política y de la actividad económica es admitida por la Constitución”. Sin embargo, MAGAÑA, A., en “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 57-60, expresa que el sistema económico constitucionalizado en El Salvador está caracterizado por un acentuado intervencionismo, que no está restringido por el criterio de subsidiariedad [como ha señalado la Sala de lo Constitucional en la jurisprudencia citada en esta misma nota], aunque quepa precisar que en nuestro ordenamiento constitucional, tal como lo ha reconocido un sector de la doctrina española, respecto de las cláusulas económicas de la CE de 1978, los títulos de intervención en actividades económicas conferidos al Estado, constituyen una posibilidad de actuación, mientras que la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, constituyen derechos fundamentales reconocidos por la CN a favor de los justiciables. Sobre este tema, *vid.* DE LA CUADRA-SALCEDO, T., *op. cit.*, pp. 26 y ss., donde el autor concluye que la planificación económica, la iniciativa económica estatal y la reserva al sector público de servicios esenciales, son una simple posibilidad otorgada al Estado y no una imposición, mientras que la libertad de empresa se erige como libertad reconocida a favor de los particulares. En sentido parecido, CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 95 y 96, manifiesta que los instrumentos de intervención económica proporcionados por la CE de 1978 al Estado, constituyen normas de competencia facultativas, que constituyen opciones puestas a disposición del poder político de turno.

conceptos propios de la ciencia económica: Vg. eficiencia, productividad, monopolios, así como a una serie de conceptos indeterminados, como el interés social, sobre los cuales existe una gran diversidad de opiniones.³² En igual forma como sucede en los Estados democráticos con la mayoría de los preceptos constitucionales de contenido económico, cada Legislatura y cada Gobierno poseen cierto margen para darles determinada orientación, al desarrollarlos en un momento y en una realidad específica, por medio de su regulación normativa y del diseño e implementación de las políticas económicas.³³

Esta particularidad dota de especial relevancia la concreción actualizada del significado de las disposiciones constitucionales que se alcanza a través de la interpretación que hace la Sala de lo Constitucional; sobre todo en sistemas como el nuestro en el que este Tribunal es el único que puede interpretar la Ley Fundamental en forma general y obligatoria.³⁴

Este conjunto de circunstancias, nos ha llevado a centralizar nuestro análisis del contenido específico de los preceptos constitucionales que constituyen el fundamento

³² Vid. BASSOLS COMA, M., *Constitución y...*, cit., pp. 102 y ss., quien explica que el lenguaje constitucional está lleno de conceptos económicos preformados o configurados por la teoría económica, cuya interpretación está lejos de ser pacífica, puesto que cada escuela doctrinal les da un contenido y dimensión distinta. En sentido parecido, CIRIANO VELA, C.D., *Principio de Legalidad e Intervención Económica*, Atelier Administrativo, Barcelona, 2000, p. 39, agrega que términos como economía de mercado, productividad, libertad de empresa pueden tener un significado técnico propio de la ciencia económica, pero que no se trata de un significado absoluto, ya que en las ciencias sociales no se estudian áreas del conocimiento cuantificables con exactitud. Por otra parte, MARTIN-RETORTILLO, S., “Principios del Sistema Económico en la Constitución Española”, en *La Intervención Administrativa en la Economía*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004, Consejo General del Poder Judicial VII, Madrid, 1996, p. 14, señala que lo verdaderamente importante es extraer la operatividad jurídica de los términos económicos contenidos en la Constitución.

³³ Vid. GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas...”, cit., p. 2871, quien concluye que la apertura de los conceptos, les permite servir objetivos y modelos distintos, así como su actualización por el desarrollo del sistema político, de las coyunturas económicas y de otras variables. En sentido parecido, vid. CIRIANO VELA, C.D., *op. cit.*, pp. 48 y ss., quien apunta que la interpretación de los preceptos económicos contenidos en la Constitución no es una cuestión fácil, sobre todo porque muchos de ellos entran en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados. Es por ello que en la práctica, el legislador dispone de cierto margen para alcanzar su concreción, puesto que en muchos casos no existe una interpretación unívoca de los mismos, ni una única solución. No obstante, ello también agrega que, por tratarse de conceptos expresados en la Constitución, dicha concreción estará sometida a control del Tribunal Constitucional.

³⁴ En nuestro ordenamiento jurídico, esta atribución de la Sala para determinar el contenido actual de los preceptos constitucionales, se deriva del mismo texto constitucional de 1983, en cuyo artículo 183 quedó establecido que “*La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano*”.

constitucional de la Ley de Competencia, en la voluntad del legislador Constituyente y en la jurisprudencia que el máximo intérprete de la Constitución ha proveído sobre cada uno de ellos hasta la fecha.

2. Regulación constitucional del orden económico

En los considerandos preliminares de la Ley de Competencia, el legislador secundario se remitió únicamente al inciso segundo del artículo 101 de la Constitución de 1983, ya que éste tiene una vinculación más evidente con la materia regulada. Sin embargo, durante nuestra investigación advertimos que este artículo fue diseñado por el Poder Constituyente para asentar el marco introductorio del régimen económico nacional, por lo cual estimamos que se vuelve relevante transcribir el texto del artículo completo y examinarlo íntegramente, ya que los Parlamentarios Constituyentes dispusieron que ambos incisos debían proporcionar los principios aplicables al orden económico en general:³⁵

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

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

El orden económico nacional está configurado por ese conjunto de principios y reglas contenidas en la Constitución, que constituyen el marco de la totalidad de actividades a través de las cuales se desarrollan las relaciones económicas en el país.³⁶ La primera parte del precepto transcrito reproduce literalmente el texto del

³⁵ Vid. *Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente* celebradas entre el 12 de mayo y el 1 de septiembre de 1950, Legajo 3: actas n. 38 a n. 57, San Salvador, 1951. En el acta n. 48 de la sesión celebrada en la tarde del 26 de julio de 1950, pp. 10, consta que el el inciso primero de este artículo fue originalmente introducido en el artículo 135 de la Constitución de 1950 (repetido con idéntico número y redacción en la de 1962). En la *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., acta de la sesión del 6 de octubre, quedó registrado que el inciso segundo fue introducido por los Constituyentes de 1983, con el fin de formar un solo cuerpo con el inciso primero para constituir una introducción al Título V y para completar los principios aplicables a todo el régimen económico nacional.

³⁶ Vid. Inc. 8-2004, en la que la SCN manifestó que *“la Constitución proporciona el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, lo cual se conoce como contenido económico de la Constitución y que tales preceptos tienen por objeto regular...en general, el conjunto de actividades que conforman el ámbito dentro del cual ha de desarrollarse la vida económica del país”.*

artículo 135 de las Constituciones de 1950 y de 1962.³⁷ Históricamente, es procedente mencionar que fue el Constituyente de 1950 quien introdujo por primera vez un título regulador del orden económico y quien determinó que éste debía responder a principios de justicia social, que contribuyeran a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano.³⁸

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

Para los fines de este trabajo, considerando las particularidades del derecho de competencia, resulta apropiado adoptar un enfoque que combina la dimensión jurídica con la económica, a partir del cual se reconoce que la justicia social no es un resultado natural de la actividad económica, puesto que ésta se encarga del proceso productivo y no de la distribución de la riqueza. En este orden de ideas, incumbe al Estado adoptar los medios necesarios que contribuyan a alcanzarla, ya que si bien su contenido es de dificultosa concreción, la justicia social constituye uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento económico reconocidos por la Constitución.³⁹

³⁷ Vid. Artículo 135 de la Constitución Política de El Salvador de 1950 y Art. 135 de la Constitución de El Salvador de 1962.-“*El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano*”, ubicado en ambas Constituciones, en el título IX relativo al régimen económico. Sobre la reproducción de muchos artículos de las Constituciones de 1950 y de 1962, en la Constitución de 1983, BERTRAND GALINDO, F. y otros, *op. cit.*, p. 1049, han precisado que esto se debió a que los conceptos políticos, sociales y económicos en que se fundamentaban las Constituciones de 1950 y de 1962 tenían general validez para las circunstancias imperantes en 1983. En la Sesión Inaugural celebrada el 22 de julio de 1983, para aprobar la Constitución de ese año, recogida en la *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente, cit., Tomo I*, consta que los parlamentarios manifestaron que el orden social y económico conservaría los lineamientos trazados por las Normas Fundamentales de 1950 y 1962.

³⁸ Vid. *Documentos Históricos, cit.*, p. 202, en los que se expresa que en ese momento histórico, el título relativo al régimen económico aporta una novedad para nuestra legislación, aunque muchos de sus preceptos ya figuraban dispersos en la Constitución de 1886. Al respecto, *vid.* BERTRAND GALINDO, F. y otros, *op. cit.*, p. 823, quienes comentan que la Constitución Política de 1950 introduce por primera vez una regulación constitucional de la vida económica nacional en su Título IX y que en la Constitución de 1983, se cambió su denominación y su ubicación, pasando a ocupar el Título V y a llamarse orden económico. También encontramos esta misma referencia histórica en SOLANO RAMÍREZ, M.A., *op. cit.*, p. 119, quien señala que respecto de las Constituciones nacionales anteriores, la CN de 1950 agregó un régimen de derechos sociales y económicos y en sentido idéntico, MAGAÑA, A., *Derecho Constitucional Financiero..., cit.*, p. 30.

³⁹ Vid. THUROW, L., “Hacia una definición de Justicia Económica”, en *Revista de Estudios Públicos*, n. 24, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1986, pp. 91- 116, ensayo en el que desde la

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

Para concretar el contenido del concepto de justicia social adoptado por el constitucionalismo salvadoreño, debemos referirnos a las intenciones del legislador Constituyente y a los pronunciamientos que sobre el tema ha proveído la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de este país. En primer lugar, en la historia del artículo 101 de la Constitución de 1983, hemos constatado que a pesar de introducir un concepto que expresa un verdadero principio rector del régimen económico, el artículo 135 de la Constitución Política de 1950, no fue objeto de polémicos debates.

En las Actas que transcriben las discusiones de la Asamblea Constituyente de ese año, consta que ese artículo fue aprobado por unanimidad, en la sesión del quince

perspectiva económica, este autor precisa que el término justicia social es sumamente amplio y difícil de definir, ya que puede entenderse como una mejor distribución de la riqueza, como un mayor bienestar económico, como un mayor ingreso o mayor distribución del mismo con base en los aportes individuales al crecimiento económico o como una mayor satisfacción de necesidades, entendida como satisfacción de deseos. Por otra parte, siempre desde una perspectiva económica, uno de los autores que más líneas ha dedicado al concepto de justicia social, HAYEK, F., en su artículo “El atavismo de la justicia social” en *Revista de Estudios Públicos* N° 36, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1989, pp. 182 y ss., expresa que si bien el término justicia social es frecuentemente identificado con el concepto de justicia distributiva, es un error esperar que ésta sea un resultado natural de la economía de mercado, ya que el mercado se encarga de la producción de los bienes, pero no de su distribución y que en todo caso, la frase “justicia social” es de difícil concreción, ya que ello varía en cada tiempo y lugar. En sentido similar, ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op. cit.*, pp. 17-18, quien citando esencialmente a Stuart Mill- uno de los pilares del pensamiento económico moderno- establecen que para comprender la relación entre derecho y economía, siempre es necesario partir de la distinción entre leyes de producción y leyes de distribución. Las primeras se rigen esencialmente por leyes inamovibles, mientras que las segundas dependen de la voluntad humana. Por su parte, CIDONCHA, A., *op. cit.*, p. 70, acota que el capitalismo de mercado, comunitarista o social, además de una función pro capitalismo de mercado asigna al Estado un importante papel a favor de la equidad distributiva. Esta función no la puede cumplir el mercado porque sencillamente no está pensado para ser equitativo, sino que para ser eficiente. En sentido parecido, FONT-GALÁN, J.I., “Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y Desafío Ético del Ordenamiento del Mercado Competitivo”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1316-1333, establece que son los economistas quienes hacen notar que la actividad económica dejada a sí misma, no traerá resultados que concluyan en la maximización del bien común. La consecución de la justicia económica codificada en la constitución económica lleva a mutaciones en la base axiológica del derecho mercantil y a una adecuación del sistema jurídico.

de agosto de 1950 y que, si bien la justicia social constituye una finalidad primordial de nuestro régimen económico, su contenido específico no fue discutido ni precisado por el legislador Primario.⁴⁰ Sin embargo, del estudio de otros documentos- además del espíritu general que imperó durante las discusiones de la Constituyente- puede inferirse la intención del legislador originario.

Por una parte, encontramos algunas alusiones concretas al orden económico que constan en el discurso inaugural de la Asamblea Nacional Constituyente, pronunciado por el Dr. Reynaldo Galindo Pohl, quien expresó que: “en ningún caso debe descuidarse el desarrollo económico del país; pues la técnica y la industria aseguran el éxito inmediato de las reformas sociales, pero por otro lado, el desarrollo económico a secas, sin justicia, compromete la estabilidad de las instituciones”.⁴¹

Por otra, en las actas de discusión del Título IX relativo al Régimen Económico, se establece que muchos de los conceptos utilizados son complejos y que si bien requieren desarrollo legislativo, tienen su base filosófica en la persona humana, ya que “el hombre y su vida constituyen el valor supremo y las cosas un valor instrumental”,⁴² por lo que podemos concluir que, si bien el Constituyente de 1950

⁴⁰ *Vid. Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950, cit.* En las actas n. 47 y 48 de las sesiones celebradas en la mañana y tarde del 26 de julio de 1950 respectivamente, consta que el texto de este artículo fue tomado de la Constitución de Bolivia vigente en ese momento y que los Diputados votaron sin discutir el alcance de los términos empleados, aunque sí manifestaron reiteradamente la intención de consignar en este artículo, la obligación que el Estado adquiere de proteger los intereses de la colectividad. Durante la discusión de este artículo, también existió una propuesta de consignar en el texto que correspondía al Estado organizar la un modelo de economía social. En las sesiones para la aprobación de la Constitución de 1983, el término justicia social aparece reiteradamente mencionado como el principio rector de todo nuestro ordenamiento económico. El Diputado Ricardo González Camacho precisó que éste es un elemento esencial de un Estado democrático. Sobre esto último, *vid. Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente*, Tomo VI, sesión del 6 de octubre de ese año.

⁴¹ *Vid. Documentos Históricos, cit.*, pp. 29-34, palabras del discurso pronunciado el 11 de mayo de 1950, por el Doctor Reynaldo Galindo Pohl, durante la Inauguración de la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la Constitución Política de 1950, quien además desempeñó un papel determinante en la discusión y redacción definitiva de los preceptos del régimen económico de la Constitución aprobada ese año.

⁴² *Vid. Documentos Históricos, cit.*, p. 202, en el que el Dr. Galindo Pohl textualmente dijo: “Este Título, dedicado especialmente al Régimen Económico, es nuevo en nuestra legislación, pero muchos de sus preceptos figuran dispersos tanto en la Constitución de 1886 como en el anteproyecto. Otros son introducidos por primera vez. Todos están concebidos en una forma general y elástica, que permite una nutrida legislación secundaria sobre materia tan compleja. Del texto de algunos de ellos se desprende que para tener eficacia necesitan de reglamentación; pero dan la pauta para un programa de gobierno cuyo desarrollo requiere cierto tiempo. La base filosófica consiste en que el hombre y su vida constituyen el valor supremo, y que las cosas son un valor instrumental”.

no sometió a discusión el contenido de algunos de estos conceptos fundamentales de la nueva Ley Primaria, dejó bien claro que todo el orden constitucional debía interpretarse como un instrumento para la dignificación de la persona humana.

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

Este precepto eminentemente axiológico ha permitido deducir que los forjadores de nuestra Constitución vigente,⁴³ la concibieron como una norma personalista e igualmente concibieron al orden económico como un conjunto de relaciones instrumentales, que deben contribuir a la realización de la persona humana en su dimensión económica.⁴⁴ Del examen de los debates de la Asambleas Constituyentes de 1950 y de 1983, podemos concluir que la orientación social del régimen económico

⁴³ La importancia de la concepción personalista del Estado y de la Constitución, se encuentra reflejada en su ubicación en el articulado de la CN de 1983, puesto que ésta aparece mencionada en el artículo 1 de la Constitución vigente, cuyo texto textualmente señala que: *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”*.

⁴⁴ La concepción personalista de la Constitución de 1983, también aparece reflejada en la jurisprudencia de la SCN. En particular, *vid.* sentencia de amparo 241-2001 del 26 de junio de 2003 y la Inc. 9-2003 del 22 de octubre de 2004, publicada en el D.O. n. 206 Tomo 365 del 6 de noviembre de 2004, en las que la SCN ha manifestado que el artículo 1 de la CN de 1983 opera como *“directriz general de la actividad estatal, la cual debe obedecer a una concepción personalista”* y que la *“actual Constitución se construye sobre un sustrato personalista”*. En la Inc. 25-2004, del 25 de julio de 2007, publicada en el D.O. n. 161 Tomo 376 del 20 de agosto de 2007, el Tribunal textualmente agregó que *“el régimen constitucional es ante todo un régimen personalista”*. Sobre este tema, FONT-GALÁN, J.I., *“Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil...”*, *cit.*, p. 1315, señala que se trata de una corriente ideológica típica del constitucionalismo occidental moderno, denominada *“nuevo humanismo”*, que sitúa al *“ser del hombre”*, es decir a la personalidad como objeto de la *dignitas*, como el valor normativo supremo que debe ser asegurado a través del derecho. Por su parte, DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, p. 79, señala que el personalismo surge como una superación del individualismo y forma parte del sustrato filosófico de la mayoría de los grupos sociales representativos de las democracias occidentales, el cual se resume en la primacía del interés general sobre el individual, dejando a salvo los derechos fundamentales de la persona humana.

constitucional impone al Estado la obligación de garantizar que toda la actividad económica esté encaminada a proporcionar el mayor bienestar económico para la mayoría de habitantes de nuestro país.⁴⁵

En segundo lugar, esta conclusión también encuentra sustento en las sentencias que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre el tema, en las cuales se ha manifestado que justicia social, bienestar social e interés general, en términos económicos, significan “el derecho que tienen las mayorías a satisfacer sus necesidades materiales básicas”,⁴⁶ calificando a los derechos económicos de la población como verdaderos derechos fundamentales.⁴⁷

Además de la jurisprudencia nacional citada, consideramos provechoso hacer referencia a algunas reflexiones sobre la relación entre orden económico e interés social, formuladas por el Dr. Álvaro Magaña, ex Presidente de la República y reconocido estudioso del derecho constitucional económico en nuestro país. En un ensayo de 1996, sobre la Constitución de 1983, el Dr. Magaña señala que para guardar la debida coherencia con nuestra Constitución vigente, las cuestiones económicas deben resolverse atendiendo a criterios de eficiencia, pero también tomando en consideración el bienestar de la población en general. Para este autor, todo el ordenamiento contenido en la Ley Fundamental representa una limitante para cual-

⁴⁵ Por su parte, SOLANO RAMÍREZ, M., *op. cit.*, p. 119, comenta que, si bien no tiene una opinión propia sobre el término justicia social empleado por primera vez en la Constitución de El Salvador de 1950, aun después de 50 años de vigencia de los principios de justicia social que sustentan el régimen económico constitucional salvadoreño, éstos generan reacciones exageradas de los liberales de vieja factura, quienes erróneamente han querido ver en el nuevo régimen económico expresión de ideologías marxistas. Sobre las connotaciones del vocablo “social”, GARCÍA-PELAYO, M., “El Estado Social y sus Implicaciones”, *cit.*, p. 1620 y ss., manifiesta que este término se carga a mediados del siglo XIX, de terroríficas representaciones para unos y de esperanzadoras visiones para otros. Inicialmente asociado con las capas más desamparadas de la sociedad e inspiradora de movimientos obreros, actualmente este vocablo se asocia libremente como realidad o como *imago sine re*, a las distintas tendencias políticas y estructurales estatales del tiempo presente.

⁴⁶ Esta definición aparece reflejada en la jurisprudencia de la SCN, en la Inc. 8-87 e Inc. 2-92, en las que el Tribunal ha proporcionado una definición jurisprudencial de justicia social, a partir de la cual se entiende que “*cuando se habla de justicia social, interés social, bienestar social e interés general dentro de un régimen económico, en la práctica se reduce al derecho de las mayorías a satisfacer sus necesidades materiales básicas*”.

⁴⁷ En uno de los escasos pronunciamientos de la Sala sobre esta categoría de derechos, la jurisprudencia de la SCN ha caracterizado a los derechos económicos como verdaderos derechos fundamentales. En la Inc. 8-2004, la Sala ha expresado que “*en relación con el tema de los derechos económicos, es necesario mencionar que éstos – como derechos fundamentales que son, elementos por tanto de una Constitución que contiene un heterogéneo contenido- son susceptibles de entrar en conflicto con otros bienes jurídicos de rango constitucional*”.

quier medida o programa de política económica que el Gobierno quiera impulsar, que debe ser tomado en consideración al momento de diseñar y aplicar las normas.⁴⁸

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

Este segundo inciso no tiene su origen en la CN de 1950, puesto que fue agregado por los Constituyentes de 1983, para resaltar la obligación que incumbe al Estado de coordinar la actividad económica estatal, con el fin de incrementar la riqueza nacional y de garantizar que ésta sea aprovechada por la mayor parte de la población. Al leer ambos incisos, observamos que se trata de un precepto principialista, en el que los Constituyentes pretendieron plasmar lineamientos generales aplicables a toda la economía nacional, tomando como base la búsqueda del equilibrio entre el crecimiento económico y el bienestar de la población.⁴⁹

Además del marco general trazado por el inciso primero del artículo bajo examen, este segundo inciso es particularmente relevante para la interpretación y para la aplicación de la Ley de Competencia, ya que el incremento de la eficiencia

⁴⁸ Vid. MAGAÑA, A., “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 23-25, quien opina que los problemas económicos deben resolverse atendiendo cuestiones de eficiencia, pero también tomando en consideraciones el bienestar general. Todo el ordenamiento constitucional contenido en la Constitución es una limitante para cualquier medida o programa de política económica que vulnere principios fundamentales. Ello constituye un principio rector que deberá considerarse al momento de diseñar y aplicar las normas. No obstante ello, en las pp. 73-74, de ese mismo ensayo, el autor agrega que el interés social o interés general, es un concepto mítico, de contenido indeterminado que hace posible múltiples utilidades.

⁴⁹ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, *cit.*, sesión plenaria del 6 de octubre, en la que la Diputada María Julia Castillo expresó que el contenido de este artículo logró generar consenso en las diversas fuerza políticas que participaron en la Asamblea Constituyente de 1983, al propiciar un régimen económico que favoreciera a los diversos sectores de la población- grupos empresariales y población en general. Este artículo se aprobó con 58 votos, de un total de 60 Diputados Constituyentes. Comparte esta visión holística de la economía nacional, MAGAÑA, A., “Consideraciones...”, *cit.*, p. 23, quien expresa que no puede ignorarse que si bien es deseable el crecimiento de la economía, como objetivo del esquema mencionado de desarrollo económico, fundamentalmente la solución de los problemas económicos tiene además de la dimensión de la eficiencia, un ingrediente esencialmente humano de justicia, que coadyuve al bienestar de la generalidad o que al menos debería preocuparse que las políticas económicas no agraven la difícil situación económica de grandes sectores de la población que confrontan serias dificultades para satisfacer necesidades fundamentales.

productiva y la correcta utilización de los recursos que pueden lograrse en un régimen de libre competencia empresarial, es uno de los fines perseguidos por la LC y uno de los mayores provechos que la competencia puede aportar en beneficio de la sociedad, tal como profundizaremos en el capítulo siguiente.⁵⁰

Con la aprobación de la Ley de Competencia, el legislador salvadoreño ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, un instrumento normativo que puede contribuir a dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el artículo 101 CN,⁵¹ puesto que la regulación de defensa de la libre competencia empresarial fomenta la eficiencia productiva y la mejor utilización de los recursos, así como la puesta a disposición de la sociedad, en su dimensión de consumidora, de más y mejores productos, a menor precio, con el consiguiente incremento de la riqueza, que se obtiene tanto para el empresario como para el consumidor.⁵²

⁵⁰ Entre los muchos autores que resaltan los beneficios de la libertad de competencia, *vid.* FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000, p. 23, quien explica que la competencia es una fuerza muy favorable para los consumidores, porque obliga al empresario a mejorar la calidad de sus productos, sus prestaciones, su presentación, a idear productos nuevos, a inventar formas más baratas de producir, a mejorar la atención al cliente y finalmente, a invertir en imaginación o innovación para seducir al cliente. En sentido similar, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2006, p. 274, apunta que la pugna por la conquista del mercado, hace prevalecer la eficiencia y constituye el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo adecuado sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes. Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5th edition, Los Angeles, 2004, p. 57, sostienen que el derecho protege la competencia, porque este proceso obliga al empresario a satisfacer las necesidades de los consumidores, al menor precio y con el mínimo uso de recursos.

⁵¹ *Vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales*, N. 48, San Salvador, diciembre, 2004, p. 1, donde se establece que la protección de la libre competencia ha sido una obligación constitucional del Estado desde 1950, pero carente del desarrollo legislativo que la hiciera efectiva, por lo que la nueva Ley de Competencia debe ser considerada un avance en la consolidación del régimen constitucional. En este mismo sentido, el Centro de Estudios Jurídicos, “Condiciones Jurídicas que Debe Contemplar una Ley de Competencia en El Salvador”, en *Consideraciones Jurídicas en Torno a una Ley de Libre Competencia en El Salvador*, Documentos de Trabajo de FUNDAUNGO, Serie Análisis de la Realidad Nacional, 2001-3, San Salvador, septiembre 2001, p. 12, expresa que nuestro país la aprobación de una Ley de Libre Competencia, se ha vuelto impostergable, ya que ésta constituye un instrumento indispensable para la protección del régimen económico garantizado por la Constitución, a través de la promoción de alternativas en el mercado y del uso eficiente de los recursos escasos. En la jurisprudencia de la SCN, véase el amparo 16-2009 del 13.07.2011, en el que se concluye que un régimen de libre competencia es necesario para garantizar el bienestar general.

⁵² *Vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I)”, *cit.*, p. 274, quien explica que la competencia constituye el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo adecuado sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes. La competencia acrecienta la eficacia del sistema al conseguir que los recursos productivos se asignen de la mejor manera

En este punto, cabe señalar que el derecho de competencia ha sido concebido como una de las manifestaciones del poder ordenador del Estado del mercado, para fomentar una sana rivalidad empresarial.⁵³ Esta forma de intervención indirecta en la economía contribuye a realizar las aspiraciones del Constituyente contenidas en el artículo 101 CN, puesto que implica una forma de injerencia estatal compatible con los límites autorizados por la Ley Suprema. La legislación de defensa de la competencia pretende contribuir a promover simultáneamente el desarrollo económico y el social, por constituir una normativa que permite proteger ambas vertientes del mercado: aporta equilibrio a las relaciones entre empresarios y protege a los consumidores.⁵⁴

posible, que solo sobrevivan las empresas más eficientes y que los consumidores tengan a su alcance más y mejores productos y a menor precio. En el mismo sentido, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2nd edition, Los Angeles, 2006, p. 12 y ss., manifiestan que el proceso competitivo da lugar a la mejor distribución de los bienes y servicios, evitando una desproporcionada transferencia de la riqueza del consumidor al productor, así como al mantenimiento de la posibilidad de elección por parte de los consumidores. Aunque estos autores también agregan que el derecho *antitrust* también promueve el progreso tecnológico, la equidad en el mercado y controla el excesivo poder de mercado. En sentido similar, CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Heliasta, 2^a edición, Buenos Aires, 2005, pp. 39 y ss.

⁵³ *Vid. supra* nota n. 2 de este mismo capítulo donde transcribimos la definición propuesta por CASES PALLARES, L., *op. cit.*, p. 38, quien señala que se trata de una normativa que constituye, una forma de control de los poderes públicos sobre el mercado para la protección de una competencia adecuada, que permita una mejor asignación de la riqueza, una mayor eficiencia en la producción y un incremento de la innovación. En sentido similar, *vid.* ALONSO SOTO, R., *op. cit.*, p. 274, quien, tal como hicimos notar anteriormente, explica que la competencia entendida como la pugna por conquistar el mercado, de modo que prevalezca la eficiencia, se convierte en un elemento básico del modelo económico.

⁵⁴ *Vid.* IMMENGA, U., *op. cit.*, pp. 23 y 24, quien expresa que el derecho de la competencia constituye una normativa que protege a todos los agentes que intervienen en el mercado- empresas y consumidores- porque garantiza la libertad económica de todos los participantes en el mercado. La libertad de competencia brinda libertad de elegir, permite que oferentes y demandantes tengan diversas posibilidades de organizar libremente sus distintos parámetros de acción. En igual sentido, ALONSO SOTO, R., *op. cit.*, p. 276, señala que la tendencia evolutiva seguida por el derecho de competencia lleva a la protección de los intereses de todos los partícipes en el mercado. *Vid.* también MAGAÑA, A., “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 55 y 56, donde el autor explica que los poderes públicos tienen que intervenir en la ordenación de las relaciones económicas porque el mercado en sí solo refleja demandas, pero no toma en consideración las necesidades de los trabajadores, de los consumidores y de los usuarios de los servicios públicos. Cabe precisar que si bien hemos optado por ofrecer un enfoque jurídico-económico moderno, tomando en consideración que el derecho de la competencia es una rama del derecho regulador de la economía, hemos de reconocer que se trata de una regulación que también produce beneficios de tipo social o político, como la igualdad, la libertad, la dispersión del poder, como fue inicialmente interpretado y aplicado en el modelo de los Estados Unidos. Sobre este último punto, pueden consultarse los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en los casos *Standard Oil of New Jersey v. United States* 221 US 1 (1911) y *Chicago Board of Trade. v. United States* 246 US 231 (1918).

Tal como habrá oportunidad de desarrollar más adelante en otras partes de este estudio, el derecho de competencia promueve los comportamientos empresariales que conducen a la eficiencia productiva y al bienestar de los consumidores, en los términos consignados en el inciso 2 del artículo 101 CN, ya que obliga al productor a mejorar sus técnicas de producción y a optimizar el uso de los recursos de los que dispone, para producir variedad de bienes y servicios mejores y más baratos, con el propósito de captar la mayor porción de la demanda posible.⁵⁵

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

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

3. Libertad económica constitucionalmente garantizada y su relación con la libre competencia

Al igual que el artículo comentado anteriormente, el artículo 102 también forma parte del título que concentra las cláusulas económicas de la Constitución de 1983, el cual transcribimos textualmente para facilitar su análisis y consulta:

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

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

Este precepto constituye uno de los principales fundamentos constitucionales mencionados en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia, ya que su texto establece el marco específico de protección constitucional a las libertades individuales en el ámbito económico. La Constitución en vigor garantiza un

⁵⁵ Vid. Capítulo II *infra*, donde examinamos con mayor detalle los motivos por los cuales el proceso de libre competencia constituye el objeto protegido por LC, así como el estímulo que este proceso aporta a las relaciones económicas.

derecho general de libertad aplicable a prácticamente todas las esferas de la vida de los habitantes de este país, conforme al cual las personas son libres de hacer todo lo que la Ley no prohíbe.⁵⁶ Sin embargo, el artículo 102 CN refleja la preocupación de los Constituyentes por garantizar de forma específica la tutela de las libertades económicas individuales.

El texto del artículo 102 CN es una reproducción exacta del texto del artículo 136 de la Ley Fundamental de 1950, retomado luego con el mismo número y redacción por la Constitución de 1962, por lo que correspondería buscar su génesis en las sesiones que dieron lugar a la aprobación de la Constitución Política de 1950. Sin embargo, al consultar estas discusiones, constatamos que el contenido de los principales conceptos incorporados en el inciso primero de este artículo, como el significado de libertad económica o de interés social- en el ámbito de las relaciones económicas- no fueron objeto de análisis o de debate. En las transcripciones literales de las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1950, figura que el texto del artículo 136 en la CN de ese año – ahora Art. 102 CN– fue aprobado, sin mayor discusión o análisis del contenido de conceptos que se incorporaban por primera vez en los textos constitucionales nacionales.⁵⁷

En las discusiones de ambos incisos del artículo 136 CN, consta que más allá de la redacción o contenido del mismo, la preocupación de los Constituyentes se centró en la organización de un régimen económico equilibrado. Se pretendió que la Constitución garantizara la libertad económica, entendida como libertad individual de los particulares, siempre y cuando no se descuidara el interés de la colectividad o interés social.

El inciso segundo básicamente desarrolla estos principios, al expresar que corresponde al Estado proteger y respetar la iniciativa privada, para que ésta contribuya

⁵⁶ Nuestra Ley Fundamental vigente contiene una variedad de artículos que garantizan diversos ámbitos concretos de libertad. Sin embargo, todos se derivan del derecho general de libertad, expresamente reconocido en el Art. 8 CN en el que se establece que los particulares gozan de una esfera de libertad sumamente amplia, que les permite hacer todo aquello que no esté prohibido por la Ley: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”.

⁵⁷ Vid. *Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950, cit.*, en las que consta que las discusiones se centraron en la separación en varios artículos de lo que inicialmente se propuso como primer artículo del régimen económico, así como en otros aspectos que no tienen que ver con la redacción final del artículo 136, como la prohibición de la usura. El texto de este artículo fue aprobado por unanimidad en la sesión n. 47, aunque en la n. 57, se introdujeron algunos cambios leves, sin ninguna discusión y se votó nuevamente. En las actas de las discusiones ha quedado registrado que para la configuración del régimen económico, los Constituyentes se inspiraron principalmente en los textos de las Constituciones de países de América del Sur.

a la generación de la riqueza nacional, en beneficio de la mayor parte de habitantes del país.⁵⁸ Esta segunda parte del artículo complementa el contenido del inciso primero, al reiterar que la actividad económica empresarial debe desenvolverse en beneficio de las mayorías y no para beneficio exclusivo de quien la ejerce.⁵⁹

Al no poder concretar adecuadamente el contenido del artículo 102 de la Constitución de 1983 a partir de los debates que le dieron origen o que dieron origen a sus antecedentes, es necesario completar nuestro examen, remitiéndonos a la jurisprudencia que la Sala de lo Constitucional ha proveído y que ha permitido determinar el alcance de algunos de sus aspectos más relevantes.⁶⁰

Sobre la naturaleza de la libertad económica, el máximo intérprete de la Constitución ha dicho que se trata de un derecho subjetivo que debe entenderse como una manifestación del derecho general de libertad, que en este caso, implica la posibilidad de obrar o no obrar en el ámbito económico. El contenido de la libertad económica se concreta en el derecho de intervenir en las tres etapas que conforman el proceso económico: producción, distribución y consumo de bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades humanas.⁶¹

⁵⁸ El estudio de este precepto puede complementarse con el examen de la aparte inicial del texto del artículo 113 de la CN ELS de 1983, en el que se establece que “*Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades...*”.

⁵⁹ Vid. *Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950*, cit., acta n. 47 del 26 de julio de ese año, Acta n. 47, donde encontramos las diversas intervenciones de los Diputados Constituyentes y en especial las del Presidente, el Dr. Galindo Pohl, quienes pretendieron aprobar un artículo introductorio redactado en términos genéricos, para configurar un régimen económico que propiciara la libertad económica individual, sin descuidar los intereses de las mayorías. Se acordó que la organización de la economía nacional debía generar beneficios para los empresarios, como para los trabajadores.

⁶⁰ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., sesión plenaria del 6 de octubre, en la que aparece que el texto del artículo fue aprobado por 58 votos y que el legislador Constituyente de 1983 únicamente se interrogó sobre el cambio de redacción originalmente propuesta por el Dr. Galindo Pohl durante la sesión n. 47, ya que el artículo inicialmente aprobado en esa ocasión decía “**Se reconoce** la libertad económica...” y sin que conste ningún debate al respecto, durante la sesión n. 57 de la Asamblea Constituyente de 1950, se acordó cambiarlo por “**Se garantiza** la libertad económica...” (resaltado nuestro).

⁶¹ Vid. Inc. 15-99/17-99 y 8-2004, y 24-98 del 26 de febrero de 2002, publicada en el D.O. n. 46, Tomo 354 del 7 de marzo de 2002 y sentencias de amparo 140-2000 del 12 de noviembre de 2002 y 969-2003 del 9 de febrero de 2005, en las que la SCN ha expresado que “*la libertad económica se manifiesta en tres etapas: (i) la primera referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; (ii) la segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y, (iii) la tercera, el consumo, uso, disposición, utilización, y aprovechamiento de esos bienes...*”.

El criterio más frecuentemente adoptado por la Sala reconoce que la libertad económica implica una esfera de actuación garantizada por la Constitución, que permite el ejercicio de actividades económicas lícitas, dentro de un espacio suficientemente amplio para que la actividad económica privada se desarrolle libre de toda intervención estatal.⁶²

Sin embargo, hemos constatado que en pronunciamientos más recientes, el Tribunal ha mostrado cierta tendencia a identificar la libertad económica con la libertad empresarial, manifestando que de la libertad económica establecida en el artículo 102 CN, se deriva la libertad de empresa, la cual desde una perspectiva subjetiva implica que se pueden emprender actividades económicas lícitas y libres de prácticas monopólicas, mientras que desde una vertiente institucional, implica el no sometimiento a limitaciones que la vuelvan impracticable.⁶³

A pesar de la estrecha vinculación que pueda existir entre una y otra libertad, esta postura más reciente nos parece criticable, ya que desde una perspectiva formal, el artículo 110 de la Constitución –que desarrollaremos en los apartados que siguen– protege específicamente la libertad empresarial, siendo innecesario que se recurra a identificarla con la libertad económica o a derivarla del artículo 102 CN y, porque desde una perspectiva material, al momento de elaborar la Constitución de 1983, el legislador Constituyente identificó el contenido de la libertad empresarial con la libre competencia, pero no con la libertad económica en general.⁶⁴

La Sala de lo Constitucional ha agregado en reiterada jurisprudencia, que la libertad económica no puede ni debe concebirse como una libertad absoluta e ilimitada. La libertad económica como manifestación de una libertad jurídica debe

⁶² Vid. sentencias de inconstitucionalidad 2-92, 15-99/17-99, 24-98, 2-2002, 8-2004 y sentencia de amparo 446-2003 del 9 de noviembre de 2004, en las que la Sala ha dicho: “...la libertad económica como manifestación del derecho general de libertad, se encuentra garantizada por la Constitución, en el sentido que no puede ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular; y, en caso de intentarse su vulneración, deben ponerse en marcha los mecanismos de protección de tal manifestación de la libertad...”.

⁶³ Vid. sentencias de amparo 391-2004 del 16 de febrero de 2006 y 432-2005 del 12 de septiembre de 2006, en las que la SCN manifestó que “en relación a la libertad económica en su modalidad de libertad de empresa derivada del artículo 102 de la Constitución, ésta se puede analizar desde una doble vertiente...”.

⁶⁴ Vid. apartado 4 *infra* y Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983..., cit., acta de la sesión plenaria del 6 de octubre, donde consta que durante las discusiones sobre el artículo 110, se manifestó que la libertad empresarial podía entenderse como libre competencia o como libre iniciativa privada.

ser congruente con la libertad de los demás y con los fines perseguidos por la Ley Fundamental.⁶⁵

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

Sobre el alcance y contenido del interés social en el marco de las relaciones económicas, la Sala de lo Constitucional ha manifestado que el interés social debe entenderse simplemente como el interés de la sociedad o como el interés de la colectividad.⁶⁶ Sin embargo, la Sala también ha precisado que el interés social no puede entenderse como el interés de absolutamente toda la población, sino únicamente como un interés representativo de los intereses de las mayorías.⁶⁷

En este sentido, consideramos que la Ley de Competencia aporta una herramienta de suma utilidad para dotar de efectividad al mandato contenido en el artículo 102 de la Constitución, ya que uno de los principales efectos de una adecuada regulación de la rivalidad empresarial es la consecución del equilibrio entre la libertad de iniciativa económica que asiste al individuo y los intereses de la sociedad, en su dimensión de destinataria de la actividad económica.⁶⁸

⁶⁵ Vid. sentencias de inconstitucionalidad 24-98, 15-99/17-99 y 2-2002 y sentencias de amparo 446-2003 y 432-2005, en las que la Sala de lo Constitucional ha expresado esencialmente que “...la libertad económica de cada uno en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás, y con el interés y el bienestar de la colectividad...”.

⁶⁶ Vid. Inc. 8-87, en la que el tribunal expresó que “...debe buscarse la armonía de ambos intereses: el individual con el social, para lograr así el bien común. En ese orden de ideas, no caben interpretaciones que sacrifiquen el interés de la sociedad en beneficio del interés egoísta de un individuo, pero tampoco puede sacrificarse uno solo de los derechos de la más modesta persona en aras del interés social...” e Inc. 8-2004, en la que la Sala agregó que “...el concepto de interés social o público, hace referencia a la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos”.

⁶⁷ Vid. sentencias de inconstitucionalidad 5-93/2-96/3-96/11-96/12-96 Ac. del 2 de julio de 1998, publicada en el D.O. n. 136, Tomo 340, del 22 de julio de 1998, en la que la SCN dijo que “el interés social... tiende a satisfacer por medio de medidas legislativas o administrativas, las necesidades de las que adolecen los grupos mayoritarios del Estado...”. Sin embargo, cabe precisar que en la 8-87 y en la 2-92, citadas en la nota 46 *supra*, la SCN considera que el concepto de interés social puede entenderse como sinónimo de justicia social, por cuanto se refiere al derecho que tienen las mayorías para satisfacer sus necesidades básicas.

⁶⁸ Vid. sentencias de amparo 140-2000 del 12 de noviembre de 2002 y 969-2003 del 9 de febrero de 2005, donde la SCN ha expresado que: “La libertad económica manifestada en estas etapas,

La protección de la libre competencia impide que el ejercicio irrestricto de la libertad económica de unos, aniquile la libertad económica de los demás: tanto en las relaciones entre empresarios competidores, como respecto de los efectos de sus comportamientos en los consumidores.⁶⁹ El derecho de competencia protege indirectamente la capacidad de obrar del empresario con el fin de garantizar una real y sana competencia por la demanda, ya que éste proscribiera aquellas prácticas, como el abuso de la posición dominante, que al mismo tiempo restringen la libertad de los competidores, distorsionan el buen funcionamiento del mercado.⁷⁰

En la Inc. 2-92, la SCN manifestó que la libre competencia es parte esencial de la libertad económica, ya que no puede considerarse que exista libertad económica en un sistema caracterizado por ser unos pocos los productores o distribuidores de la mayoría o de todos los bienes.⁷¹ La libertad económica implica que todos los participantes en los procesos productivos deben poder competir libremente entre sí para aprovecharse de las oportunidades que el mercado ofrece.⁷²

construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido. En el mismo sentido este Tribunal ha dicho que... Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe libertad económica”.

⁶⁹ Vid. OECD and The World Bank, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, cit., p. 3, donde, retomando los fines y objetivos del derecho de competencia, se menciona que uno de los propósitos de esta rama del derecho es el mantenimiento de un orden que permita que las fuerzas competitivas actúen libremente para generar beneficios al empresario y al competidor. En igual sentido, vid. Inc. 2-2002 y 8-2004, en las que la Sala ha expresado que “...la distribución razonablemente igualitaria de la libertad permiten inferir que el mercado irrestricto y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugna valores como la justicia, la igualdad, el bienestar general y la misma libertad...”.

⁷⁰ Vid. Art. 30 de la Ley de Competencia de 2004, en el que como parte de un listado no taxativo de prácticas proscritas, se prohíben diversas manifestaciones del abuso de posición de dominio de los agentes económicos, con el fin de preservar la libertad de competencia en el mercado.

⁷¹ Vid. Inc. 2-92, donde la Sala manifestó que “...no existe libertad económica cuando el proceso económico que vive un Estado se caracteriza por ser unos pocos los productores y distribuidores de todos o de la mayoría de bienes y servicios que se consumen, sin que exista la posibilidad de que otros sujetos puedan ofrecerlos. La referida manifestación de la libertad parte por desechar la idea del exclusivismo en una función económica, y tiende a la prohibición de los monopolios o toda práctica relacionada con estos, siendo parte esencial la libre competencia que se desarrolla a merced del libre juego de las fuerzas económicas...”.

⁷² Vid. Centro de Estudios Jurídicos, “Condiciones Jurídicas que Debe Contemplar una Ley de Competencia en El Salvador”, cit., p. 11, donde este instituto expresa que la aprobación de una Ley de Libre Competencia en El Salvador, encuentra su justificación en la disposición constitucional relativa a la libertad económica, ya que el artículo 102 CN 1983, protege la libertad de decisión de

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

Es menester precisar que un sector mayoritario de la doctrina apunta que la protección jurídica de la libre competencia es uno de los mecanismos más aptos para tutelar los intereses económicos de la sociedad en general, ya que el derecho de competencia resguarda los intereses de todos los partícipes en el mercado y garantiza el orden público económico.⁷³ En este sentido, la Ley de Competencia constituye una forma de intervención estatal en la economía que preserva simultáneamente la libertad económica y el interés social, tal como mandan las cláusulas económicas de la Constitución de 1983.

Además de los aspectos anteriormente mencionados, el derecho de la competencia protege la libre iniciativa privada garantizada en el inciso segundo del artículo 102 CN, ya que promueve el buen funcionamiento del mercado en una forma menos invasiva que los sistemas basados en una regulación directa del comportamiento empresarial.⁷⁴ Además, si bien existe actualmente cierto consenso al señalar que

todos los agentes económicos y busca impedir el uso irrestricto de esta libertad por algunos. Ambos fines pueden ser alcanzados a través de un régimen de defensa de la libre competencia, en el que se promueva la concurrencia entre agentes económicos y se prevengan los perjuicios que el ejercicio irrestricto de la libertad económica de algunos individuos pueda causar.

⁷³ Sobre la protección de todos los intervinientes en el mercado, *vid.* FONT-GALÁN, J.I. y MIRANDA SERANO L.M., *op. cit.*, p. 13 y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 29ª edición actualizada y ampliada, Navarra, 2007, p. 169, quienes coinciden en manifestar que el derecho de la competencia debe tomar en consideración tanto los intereses de los competidores como los de los consumidores – y usuarios, agregan los primeros. Los segundos, expresan que también debe considerarse el público en general. En cambio, en la concepción más tradicional, se ha venido considerando al derecho de la competencia, como el derecho meramente regulador de la actividad de los empresarios competidores. En sentido similar, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., “El Derecho Mercantil”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 39, señalan que la tendencia moderna del derecho mercantil en general es convertirse en un derecho del mercado, en el que además de la tradicional subjetividad empresarial cobra mayor protagonismo el consumidor. Sobre la protección del interés general, *vid.* también ALONSO SOTO, R., *op. cit.*, p. 274, quien haciendo referencia al derecho de la competencia, señala que éste protege la institución de la competencia y por lo tanto, el buen funcionamiento del mercado, a todos los que en él intervienen y al orden público económico.

⁷⁴ *Vid.* BASSOLS COMA, M., *op. cit.*, pp. 140 y ss., quien expone que los presupuestos indispensables para el funcionamiento del mercado han sido tradicionalmente ofrecidos por el derecho privado, pero que esto ha conducido a disfunciones que han determinado la introducción de una acción correctora del Estado y que ha tenido su reflejo en la aparición de una disciplina pública de la economía. En sentido parecido, SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, pp. 38 y ss., opina que el dere-

el derecho de la competencia protege la competencia y no al competidor,⁷⁵ consideramos que la libertad económica individual también resulta protegida indirectamente, ya que al prohibir todos aquellos comportamientos empresariales que distorsionan la libre competencia o que impiden el acceso al mercado a cualquier agente económico, la LC también protege la libertad económica de los protagonistas en los procesos productivos.⁷⁶

Finalmente, reiteramos lo expuesto en los acápites anteriores, donde hemos señalado que la regulación de la competencia constituye una normativa conciliadora de los mandatos constitucionales, puesto que a pesar de imponer algunos límites a la libertad económica y específicamente en la libertad empresarial, fomenta el bienestar del consumidor al mejorar sus oportunidades para satisfacer sus necesidades materiales, con el consecuente incremento de la riqueza que se genera para toda la población.⁷⁷

cho de competencia viene a ser una reglamentación poco o menos restrictiva e invasora que aquella basada en órdenes y controles directos, como la fijación de precios y cuotas de mercados. En la doctrina anglosajona, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 12-16, consideran que el primero de los fines del derecho *antitrust* debe ser la protección del mercado, ya que su correcto funcionamiento, asegurado con esta normativa, evita intervenciones estatales más intrusivas. Sin embargo, el bienestar de los consumidores viene a constituir también uno de los fines más importantes de esta rama del derecho. En sentido similar, en los estudios nacionales, *vid.* MAGAÑA, A., “Consideraciones...”, *cit.*, pp. 54 y 55, quien apunta que el derecho de competencia pretende garantizar la autorregulación de la libre iniciativa privada y de la libertad de empresa. La intervención estatal en la economía se justifica con el fin de corregir los fallos del sistema que provocan situaciones que perjudican a quienes se encuentran en una posición económica menos ventajosa.

⁷⁵ Para un estudio del objeto del derecho de la competencia, nos remitimos al Capítulo II, donde en síntesis, establecemos que en los modelos estudiados – EE.UU., la Unión Europea y varios países de América Latina, existe consenso en torno a la idea que la defensa jurídica de la competencia constituye una protección objetiva del interés general, que se concentra en el buen funcionamiento del mercado. Esto se refleja en las exposiciones de la doctrina mayoritaria, en las normas de competencia y en la jurisprudencia extranjera examinada en ese capítulo, quienes coinciden que se trata de una normativa tuitiva de la competencia y no del competidor.

⁷⁶ La primera Ley de Competencia de El Salvador, establece el expresamente el objeto protegido, en el inciso 2º del Art. 1.-“*El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*”.

⁷⁷ *Vid.* BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 2nd Edition, New York, 1993, p. 90, donde este autor señala que el derecho de la competencia trata sobre los efectos de los comportamientos empresariales en los consumidores y que desde esta perspectiva es posible concluir que el incremento en el bienestar del consumidor es igual al incremento de la riqueza de la nación, ya que el bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos de la sociedad son distribuidos en forma que las personas puedan satisfacer sus necesidades, tanto como los avances tecnológicos lo permitan. En este sentido, para el juez Bork, el bienestar del consumidor es sólo otro término para designar la riqueza de la nación (*Consumer welfare is greatest when society's economic*

Antes de concluir este apartado, consideramos necesario recordar que en el inicio de este estudio, hemos precisado que el derecho de competencia forma parte del derecho ordenador de la actividad económica y que conforme a esta premisa, nuestra Ley de Competencia es una norma que incide sobre las posibilidades de actuar de los agentes económicos. Sin embargo, luego de analizar el contenido de la libertad económica constitucionalmente garantizada, encontramos que la SCN ha señalado que la libertad de competencia es un elemento esencial de la libertad económica que lejos de restringirla, ayuda a preservarla.⁷⁸

Por lo tanto, si bien la LC impone límites a libertades económicas concretas constitucionalmente protegidas, como la libertad empresarial o la libertad de contratación- Art. 110 y Art. 23 CN, respectivamente- puesto que prohíbe o condiciona ciertas conductas o ciertas estructuras empresariales, en realidad, tal como hemos venido reiterando, la libertad de competencia y su defensa, constituyen un principio consustancial del modelo económico que se inscribe en nuestra Ley Fundamental, que contribuye a dar plena vigencia a los derechos contenidos en la misma, así como también contribuye a garantizar el bienestar general.⁷⁹

4. Regulación constitucional de los monopolios, la libertad empresarial, la protección de los consumidores y su relación con la libre competencia

De todas las cláusulas económicas de la Constitución de El Salvador de 1983, mencionadas por el legislador en las consideraciones preliminares de la Ley de Competencia, el artículo 110 es el que tiene mayor relación con esta materia, según habrá oportunidad de constar más adelante, al examinar las discusiones que le dieron origen y las actualizaciones que la Sala de lo Constitucional ha efectuado de este precepto. Los incisos 1 y 2 citados en la introducción de la LC, se refieren –entre otros– a la prohibición de los monopolios y de las prácticas monopolísticas, a las

resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation). En el mismo sentido, *vid.* Inc. 8-87 donde la SCN ha dicho que “...*Es conocido el fenómeno de que la libre competencia produce como consecuencia el estímulo, el afán de superación y el mejoramiento por parte de los individuos que compiten. Y fundamentalmente es conocido también que por la competencia los precios bajan y se intensifica la actividad económica nacional y particular...*”.

⁷⁸ Sobre los pronunciamientos de la SCN sobre la relación entre la libre competencia y la libertad económica, *vid. supra* nota 72 en la que se transcribe la parte pertinente de la sentencia de inconstitucionalidad 2-92, citada tantas veces en este capítulo.

⁷⁹ Los aspectos relativos a la libertad de empresa serán considerados con mayor detalle al final del apartado 6 de este capítulo. Sobre la relación entre libre competencia y bienestar general, véase la nota 4 en la que se transcribe la parte pertinente del amparo 16-2009 del 13.07.2011.

excepciones admitidas y a la protección constitucional de la libertad de empresa y del interés de los consumidores.

Este artículo de nuestra Carta Magna vigente también debe mucho de su contenido a la Constitución Política de 1950, aunque la prohibición de los monopolios haya igualmente existido en las constituciones nacionales anteriores.⁸⁰ En los orígenes del precepto examinado, el artículo 142 de la Constitución Política de 1950 contenía únicamente dos de los cuatro incisos que conforman el artículo 110 de la Constitución de 1983. Los incisos originales correspondían a los actuales incisos 1 y 3- y al igual que los demás artículos que integraron el régimen económico introducido por primera vez en forma sistemática en nuestros textos constitucionales, éste se aprobó sin mucha discusión sobre su contenido específico.⁸¹ En las Actas de la Asamblea Constituyente de 1950, consta que existió consenso respecto de la necesidad de conservar la prohibición de los monopolios en este nuevo título relativo al régimen económico, pero que se acordó matizar esta prohibición al permitir su autorización por ministerio de Ley, cuando su existencia fuere imprescindible para el interés social.⁸²

⁸⁰ Vid. en orden cronológico decreciente, artículo 142 de las Constituciones de 1962 y de 1950, “No podrá crearse ni autorizarse ningún monopolio a favor de particulares. La ley podrá otorgar privilegios por tiempo limitado a los inventores o perfeccionadores de industria. Pueden establecerse estancos o monopolios en favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social así lo demande...”; Constitución de la República de 1939, Art. 55.-“... No habrá monopolios de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria; pero la ley podrá conceder privilegios por tiempo limitado a los inventores o a los perfeccionadores de inventos y a los que establecieren alguna industria nueva en el país...”; Constitución de la República de 1886, Art. 34.-“...No habrá monopolio de ninguna clase. ni prohibiciones a título de protección a la industria. Exceptúanse únicamente los relativos a la acuñación de moneda y a los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley a los inventores o perfeccionadores de alguna industria...”.

⁸¹ Vid. *Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950*, cit., en las que consta que la parte inicial del texto del artículo 142 propuesto, se refería la libertad de comercio e industria, la cual podía ser limitada cuando los intereses sociales lo demandaren. Se consideró que el término “intereses sociales” no reflejaba claramente que se trataba de los intereses de todos y no solo de ciertos grupos, por lo que se acordó cambiar por “interés social”. Sin embargo, este primer inciso fue suprimido del texto definitivo.

⁸² Vid. *Versión Taquigráfica de las Actas de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1950*, cit., en las que consta que el texto aprobado por unanimidad en la sesión n. 49 fue el siguiente: “El comercio y la industria son libres. La ley podrá limitar su ejercicio cuando el interés social así lo demande. No podrá crearse o autorizarse ningún monopolio a favor de particulares. La Ley podrá otorgar por tiempo limitado privilegios a los inventores o perfeccionadores de industrias. Los monopolios que existen de hecho podrán ser regulados por el Estado. La Ley podrá establecer estancos o monopolios en favor del Estado y de los municipios cuando los intereses sociales así lo demanden. Tales estancos o monopolios podrán ser administrados directamente o por medio de empresas estatales o municipales”. Sin embargo, la versión definitiva de este artículo fue aprobada con algunas modificaciones, en la sesión n. 57 del 14 de agosto de 1950, sin que conste registro de las razones que motivaron estos cambios.

De todas las disposiciones constitucionales examinadas en este capítulo, el artículo 110 es el que ha mostrado mayor evolución respecto de las constituciones anteriores. Este precepto contiene una serie de innovaciones introducidas por el Constituyente de 1983, entre las que consideramos más relevante mencionar la protección de la libertad de empresa y del interés de los consumidores, consignados en el inciso que sustituye el antiguo inciso segundo.

El inciso uno y dos del artículo 110 CN integran el último fundamento constitucional expresamente citado por el legislador secundario al momento de aprobar la Ley de Competencia, que analizaremos en este capítulo, sin perjuicio de tener que hacer referencia a otras cláusulas constitucionales de contenido económico, en otras partes de este estudio.⁸³

El aspecto más relevante que debemos destacar es que en las Actas de la Asamblea Constituyente de 1983 y en las actas de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución consta que existió una propuesta para reformar el texto de este artículo, para que protegiera expresamente la libre competencia.⁸⁴ El Diputado Constituyente Ricardo González Camacho sugirió perfeccionar la redacción del artículo, ya que éste no hacía más que reproducir el texto del artículo 142, idéntico en las Constituciones de 1950 y de 1962.

⁸³ Los incisos 1 y 3 del artículo 110 reproducen el texto del artículo 142 de la CN de 1950. El Constituyente de 1983 intercaló un inciso entre ambos, en el que agregó que se protege la libertad de empresa y el interés de los consumidores. También se agregó un inciso cuarto, que fue reformado por la Asamblea Legislativa en 1994, mediante Decreto Legislativo n. 860 del 21 de abril de 1994, publicado en el D.O. n. 88, Tomo 323 del 13 de mayo de 1994, el cual se refiere a la facultad que se concede al Estado para tomar a su cargo los servicios públicos y/o regular y supervisar los que sean prestados por entidades privadas, cuando los intereses sociales lo exijan.

⁸⁴ En este punto consideramos oportuno precisar que *Versión Taquigráfica de las Sesiones de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983*, Tomo V, San Salvador, 1983, sesión n. 56 del 17 de marzo de ese año, consta que antes de la convocatoria para la Asamblea Constituyente de 1983, la Asociación Nacional de la Empresa Privada- ANEP- tuvo la oportunidad de presentar sus comentarios a la Comisión de Estudio, durante las discusiones preparativas de los artículos que integran el régimen económico. Los representantes de ANEP estuvieron de acuerdo que se configurara un orden económico que promoviera el progreso social y que fuera coherente con la filosofía antropocéntrica de toda la Constitución que estaba por aprobarse. La principal preocupación externada por la ANEP en esa oportunidad, fue la protección de la propiedad privada, aunque también señalaron que el Estado debía fomentar la libre iniciativa privada y alejarse de un modelo de economía centralizada, ya que la libre iniciativa privada concebida como actividad privada en régimen de libre competencia, tiende a fortalecer la economía. Sin embargo, en la *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, consta que durante las sesiones de la Asamblea Constituyente, también existió participación de varios representantes sectoriales o gremiales, v.gr. la Asociación Salvadoreña de Beneficiarios y Exportadores de Café o de la Asociación Azucarera, cuyas intervenciones aparecen registradas en las actas del 29 y 30 de julio de 1983.

El Dr. González Camacho propuso consignar que se prohibían todas aquellas prácticas dirigidas a suprimir o restringir la libre competencia, así como aquellas que impedirían el libre acceso a los mercados, ya que en los países que mantienen un sistema de libre mercado, la prohibición del monopolio tiene por finalidad la defensa de la libre empresa, la libre competencia o la libre concurrencia en el mercado.⁸⁵ Sin embargo, a pesar de la pertinencia de dicha propuesta, ésta no tuvo aceptación y los Parlamentarios de 1983 consideraron que la simple prohibición del monopolio y de las prácticas monopolísticas conseguiría el mismo fin.⁸⁶

En los apartados que siguen, examinaremos con mayor detalle el alcance de algunos conceptos contenidos en el artículo 110, a partir de las intenciones originales de los legisladores de nuestra Ley Fundamental vigente, así como de las actualizaciones que vía la interpretación de la Sala de lo Constitucional se han realizado.

Comenzaremos con algunas acotaciones sobre el monopolio, ya que éste aparece como el concepto central del artículo, para luego examinar la configuración de dos categorías que fueron introducidas por primera vez en la Constitución de 1983: la libertad empresarial y la protección de los consumidores. Una vez precisado el alcance y contenido de cada concepto, examinaremos su vinculación con la Ley de Competencia.

5. Monopolios autorizados y monopolios prohibidos por la Constitución

La prohibición de los monopolios contenida en el inciso 1 del artículo 110 de la Constitución de 1983 es uno de los elementos de contenido económico que se encontraban dispersos en nuestros textos constitucionales desde 1886 y que el Constituyente de 1950 organizó sistemáticamente, al dedicar por primera vez un título de la Ley Fundamental al régimen económico. La redacción actual del primer

⁸⁵ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit. En el acta de la sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, aparece que el Diputado Ricardo González Camacho propuso perfeccionar el texto del artículo, con el fin de incluir una redacción que más allá de prohibir los monopolios, protegiera expresamente la libre competencia, con la redacción siguiente: “No se podrá autorizarse ningún monopolio, sino a favor del Estado... Se prohíbe el ejercicio de prácticas dirigidas a suprimir o restringir la libre competencia, particularmente las que se propongan manipular los precios y las calidades en contra de los intereses de los consumidores de la República o impedir el libre acceso de los empresarios salvadoreños a los mercados de producción y consumo”.

⁸⁶ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., donde ha quedado consignado que el Dr. Antonio Guevara Lacayo manifestó que la propuesta del Dr. González Camacho era demasiado detallada y que bastaba simplemente prohibir los monopolios privados y agregar la prohibición de las prácticas monopolísticas, sugerida por este último.

inciso obedece casi íntegramente a la redacción del inciso 1 del artículo 142 de la Constitución Política de 1950,⁸⁷ el cual fue aprobado por esa Asamblea por unanimidad, puesto que a su vez reproducía la prohibición contemplada en los textos de las Constituciones de 1939 y de 1886.⁸⁸

La Asamblea Constituyente de 1950 introdujo la posibilidad de autorizar monopolios a título excepcional, a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo demandare. Este artículo fue reproducido textualmente en la Constitución de 1962 y los Constituyentes de 1983 conservaron casi intacta la redacción que aparecía en los dos textos constitucionales anteriores, pero poniendo énfasis en el carácter excepcional de la autorización de los monopolios a favor del Estado o de los municipios, al incrementar los requisitos para su procedencia.

En las Constituciones de 1950 y 1962, bastaba que el interés social demandare la autorización de un monopolio a favor del Estado, mientras que en el texto vigente, se consigna que el establecimiento de un monopolio a favor del Estado, debe ser imprescindible.⁸⁹

Para un examen más claro de este precepto, transcribimos el texto del inciso 1 del artículo 110 de la Constitución de 1983:

“No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado”.

En las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1983 consta que cada uno de los 4 incisos del artículo 110 CN, se discutió y aprobó en forma individual y que una de las propuestas del inciso 1º que fueron discutidas, expresamente mencionaba

⁸⁷ Vid. *Documentos Históricos, cit.*, p. 283, donde se relata que el inciso primero de este artículo fue sometido a votación con la siguiente redacción: *“No podrá crearse ni autorizarse ningún monopolio a favor de particulares. La ley podrá otorgar privilegios por tiempo limitado a los inventores o perfeccionadores de industrias. Pueden establecerse estancos o monopolios en favor del Estado o de los municipios cuando el interés social así lo demande”.*

⁸⁸ Vid. *supra* nota 81 en la que transcribimos el texto del artículo 55 de la Constitución de la República de 1939 y del Artículo 34 de la Constitución de la República de 1886, en los que aparecen las respectivas prohibiciones constitucionales de los monopolios.

⁸⁹ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, *cit.*, sesión plenaria del 6 de octubre, en las que consta que el inciso primero del artículo 110 se aprobó por 47 votos, luego de discutir algunas opciones de redacción sobre las autorizaciones para establecer monopolios a favor del Estado, en forma totalmente extraordinaria y excepcional. Sobre este mismo punto, la Diputada Constituyente María Julia Castillo propuso que se consignara que las autorizaciones a favor del Estado sólo podían concederse en forma temporal. Sin embargo, esta propuesta no tuvo aceptación y esta limitante no se incluyó en la redacción definitiva.

que la prohibición de los monopolios tenía por finalidad la protección de la libertad empresarial y de los consumidores.

También aparece registrado en actas, que se propuso una redacción que prohibiera explícitamente las prácticas dirigidas a suprimir o restringir la libre competencia, especialmente aquellas que pudieran tener efectos adversos en los consumidores, cuyo texto era el siguiente: “*Se prohíbe el ejercicio de prácticas dirigidas suprimir o restringir la libre competencia, particularmente las que se propongan manipular los precios y las calidades en contra de los intereses de los consumidores de la República o impedir el libre acceso de los empresarios salvadoreños al mercado de producción y de consumo*”.⁹⁰ Sin embargo, al final de esas sesiones, se optó por prohibir únicamente los monopolios privados y las prácticas monopolísticas, considerando que se produciría el mismo efecto y se protegería el mismo objeto.⁹¹

Tal como expusimos anteriormente, el Dr. Ricardo González Camacho insistió para que se incluyera la protección de la libre competencia en el texto del artículo discutido, ya que consideraba que la libertad empresarial, libre competencia o libre concurrencia en el mercado era el bien jurídico que generalmente se protege en las democracias occidentales. Este Diputado argumentó que la prohibición del monopolio debía revestir un carácter estrictamente instrumental y no debía ser considerada como un fin en sí misma.

El mismo Constituyente también manifestó que no se debían prohibir en forma absoluta todos los monopolios privados, ya que perfectamente pueden surgir como resultado de una actividad económica lícita, como cuando un empresario produce un artículo totalmente nuevo que nadie más puede proveer. Para el Dr. González Camacho, este resultado de la innovación productiva no debía ser objeto de prohibición constitucional.⁹²

⁹⁰ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, durante la cual se propuso el texto siguiente: “*No podrá autorizarse ningún monopolio, sino a favor del Estado o de los municipios cuando el interés social lo haga imprescindible, a fin de garantizar la libertad empresarial y de proteger al consumidor*”.

⁹¹ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit. Esta decisión quedó consignada en el acta del 6 de octubre de 1983, en la que consta que el Dr. Antonio Guevara Lacayo se opuso a la redacción propuesta por el Dr. González Camacho, porque consideró que no era necesario detallar tantos aspectos en el artículo discutido y que bastaba con prohibir únicamente el monopolio y las prácticas monopolísticas. Se aprobó la propuesta del Dr. Guevara Lacayo por 56 votos.

⁹² Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit. En las discusiones de 6 de octubre de 1983, el Diputado González Camacho explicó que el monopolio de hecho que se crea por innovación productiva, como el que

Siguiendo con su exposición, el mencionado Diputado propuso que el inciso segundo de este artículo también prohibiera las prácticas monopolísticas o prácticas anticompetitivas.⁹³ No obstante ello, en la redacción definitiva de este inciso, la Asamblea Constituyente de 1983 optó por prohibir las prácticas monopolísticas, sin mencionar expresamente la libre competencia. En el texto final del inciso segundo, aprobado por 56 votos, se dejó clara la finalidad de esta prohibición:

“A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas”.

Uno de los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional más relevantes sobre el monopolio, lo encontramos algunos años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1983. En el proceso de inconstitucionalidad 8-87 resuelto en 1989, la Sala manifestó que el artículo 110 de la Constitución de 1983 ampara el monopolio como autorización y el monopolio como prohibición, en los términos que se transcriben a continuación en virtud de su especial relevancia para nuestro estudio:

*“...Siendo prohibido, generalmente el monopolio, como se ha señalado, por ser contrario a los intereses generales y conculcar la libertad de trabajo en el campo económico y porque al restringir el libre juego de la oferta y la demanda, daña el interés social, al aumentar los precios y disminuir la calidad de los productos en perjuicios de la sociedad en general, especialmente del consumidor, y siendo la protección de los intereses señalados lo que justifica el monopolio como prohibición, el monopolio como autorización, necesariamente tiene que salvaguardar los mismos intereses. En efecto, persigue el mismo interés socioeconómico, o sea la protección de la colectividad en la satisfacción de sus necesidades económico-materiales, es decir, en la satisfacción de sus necesidades como consumidor...”*⁹⁴

El Tribunal consideró que por exclusión, debe entenderse que esta disposición prohíbe los monopolios a favor de particulares, mientras que autoriza los monopolios

resulta cuando un productor inventa un artículo nuevo, que produce en condiciones de monopolio, no se puede impedir ni se debe prohibir. “Hay circunstancias en las que los monopolios son inevitables, aunque por regla general se prohíben, porque van en contra de los intereses de los consumidores y del pueblo en general”.

⁹³ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit. El Diputado González Camacho insistió en que debía dejarse consignado claramente que el bien jurídico que se buscaba proteger con esta disposición era la libre competencia y que se debía aprovechar esa oportunidad para actualizar el texto, en vez de reproducir el contenido de las Constituciones anteriores. Vid. nota 91, en la que se transcribe el texto propuesto para el inciso en referencia.

⁹⁴ Vid. Inc. 8-87, a la que nos remitimos a pesar de datar de casi 20 años atrás, por contener uno de los análisis más detallados que hasta la fecha haya proveído la SCN sobre el tema del monopolio.

estatales, siempre y cuando sean el único medio para proteger determinados intereses de la colectividad.

En la misma sentencia, la Sala también señaló que el monopolio es contrario a los intereses generales porque perjudica al público en general, porque afecta la libertad de trabajo en el campo económico y porque al restringir el libre juego de la oferta y la demanda, daña el interés social al aumentar los precios y afectar la calidad de los productos. Sobre este tema, la Sala concluye que el monopolio por autorización, tiene necesariamente que salvaguardar los intereses de la colectividad, es decir su capacidad para satisfacer sus necesidades económico materiales o sus necesidades como consumidora.

El siguiente pronunciamiento relevante sobre el tema del monopolio se da en un proceso de inconstitucionalidad resuelto en 1999. En la sentencia de inconstitucionalidad 2-92, la Sala de lo Constitucional vuelve a examinar los criterios que permiten distinguir los monopolios que nuestra Ley Fundamental autoriza y aquéllos que prohíbe. En esta jurisprudencia más reciente, la Sala ha detallado que la autorización a favor del Estado, para ejercer en forma exclusiva una actividad económica debe satisfacer necesidades sociales de índole económica, que no se puedan proteger efectivamente de otra forma.

Se trata de un título que habilita la intervención estatal en la economía, pero conforme a una serie de condicionantes. El único monopolio autorizado es el monopolio social, el cual si bien constituye una intromisión del Estado en actividades que tradicionalmente corresponden a los particulares, puede admitirse cuando existe la necesidad de asegurar la prestación de un bien o servicio indispensable para la colectividad, conforme a un mínimo de condiciones que en determinadas circunstancias, el Estado está en mejor posición para satisfacer:

“...en concreto, tratándose de la autorización de los monopolios, el interés social a proteger es el del consumidor. Y es que, si el monopolio es la exclusividad en la producción y/o comercialización de un producto o de varios productos determinados, y si se prohíbe -para evitar el alza de los precios de estos productos- cuando se autoriza a favor del Estado el monopolio de los mismos productos, el objetivo es lograr el efecto contrario, es decir, asegurar al público la oferta de estos productos o servicios de una manera regular y continua, de buena calidad y a un bajo precio, evitándose así el lucro excesivo, ya que el Estado, en aras del interés general, debe limitarse a proporcionar el beneficio mencionado... Cabe mencionar que el monopolio como autorización es también llamado monopolio social, el cual aparece como una intromisión del Estado en un área que tradicionalmente corresponde a la actividad económica de los propios particulares y se autoriza por vía de excepción, a efecto de proteger los intereses económicos

de la población perjudicada por los altos costos de ciertos productos básicos, debido al lucro excesivo de los productores y distribuidores. En ese sentido, el Art. 110 Cn. sólo autoriza el llamado monopolio social, o sea el que se da a fin de proteger el interés social... Por tal razón, puede afirmarse que sólo por urgente e imprescindible necesidad social se faculta al Estado a monopolizar determinadas actividades para satisfacer directamente y en mejores condiciones de precio y calidad las necesidades señaladas, pues en este campo, no debe animar al Estado un fin de lucro, al cual normalmente debe renunciar...".⁹⁵

Respecto de la prohibición de los monopolios, la Sala ha manifestado que ésta opera como una garantía constitucional para la protección de la libertad de empresa en su carácter de derecho individual y como garantía para la defensa de la libertad económica que reconoce el artículo 102 de la Constitución.⁹⁶ También ha agregado que cualquier monopolio que no tenga la finalidad de proteger el interés social y cuya autorización no sea imprescindible, queda prohibido.⁹⁷ Esta prohibición alcanza incluso aquellos monopolios estatales que pudieran tener fines justos y convenientes, pero que no se ajustan a los criterios anteriormente señalados, ya que la prohibición de los monopolios prevalece como la regla general y su autorización, como la excepción.⁹⁸

⁹⁵ Vid. Inc. 2-92, en la que la Sala se remite expresamente a las consideraciones expuestas en la Inc. 8-87, pero profundiza un poco más el tema de los monopolios autorizados.

⁹⁶ Para ilustrar este punto es necesario referirnos nuevamente a las dos sentencias paradigmáticas que nos han servido para desarrollar este tema: la Inc. 8-87, en la que la Sala expresó que "...las Constituciones prohíben los monopolios por considerarlos inconvenientes y dañinos a la sociedad... es decir como garantía que en realidad es la prohibición de los monopolios tendiente a tutelar un derecho individual..." y la Inc. 2-92, en la que la Sala agregó que "... existe vulneración al derecho de libertad económica reconocido en el Art. 102 Cn., cuando existen grupos de individuos o instituciones que ostentan el privilegio o la prerrogativa de desplegar una cierta actividad... por ello la Constitución, para proteger tal derecho, no hizo sino establecer prohibiciones en el Art. 110 Cn., las que operan como garantías constitucionales".

⁹⁷ La regulación *infra* constitucional más relevante sobre los monopolios, la encontramos en las Leyes de Protección al Consumidor de 1992 y de 1996, derogadas. El literal d) del artículo 5 de ambas leyes establecía que correspondía al Ministerio de Economía "asegurar y facilitar la apertura y operación de establecimientos cuando existan presiones en forma de monopolio, oligopolio o grupos tendientes a evitar su apertura y operación y a obligarlos a operar en desventaja". Por otra parte, el artículo 6 de la LPC de 1992 contenía algunas definiciones de la prácticas prohibidas, en los términos siguientes: "Para los efectos del artículo anterior se entenderá por... 3) **MONOPOLIO**: aprovechamiento y control por parte de una sola persona o empresa en forma exclusiva en la producción y comercialización de un producto o servicio dentro del mercado; 4) **OLIGOPOLIO**: la producción o el suministro de un producto o servicio, o parte de un pequeño grupo de empresas que puedan influir en el precio del mercado con sus propio actos o restringir el acceso al mercado de otros o restringir el acceso al mercado de otros oferentes del mismo producto o servicio...".

⁹⁸ Vid. Inc. 2-92, en la que se establece textualmente: "queda, por consiguiente, prohibido por la Constitución cualquier otro monopolio que persiga fines distintos a los señalados, por justos y convenientes que parezcan". En sentido similar, vid. la sentencia de Inconstitucionalidad 3-88, en la que el Tribunal ha afirmado que el artículo 110 de la Constitución "autoriza dentro de límites

En jurisprudencia del 2002, la Sala ha agregado que para el establecimiento de los monopolios estatales debe operar el principio de reserva de Ley, en la medida que su autorización puede afectar otros intereses constitucionalmente protegidos. Los permisos para crear monopolios estatales o para conferir al Estado la producción o venta exclusiva de un bien o servicio deben establecerse por ministerio de Ley, dentro del estrecho marco configurado por el artículo 110 de la Constitución de 1983 y éstos no deben restringir más derechos que aquellos expresamente permitidos por nuestra Ley Fundamental, los cuales- en opinión de la SCN- se reducen a la libertad empresarial.⁹⁹

En este punto, consideramos pertinente comentar que el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Competencia expresamente reconoce que los monopolios estatales establecidos en virtud de las disposiciones constitucionales y de las leyes que les den cumplimiento, están exentos del ámbito de aplicación de la LC. Los monopolios autorizados por la Constitución constituyen una excepción al régimen de libre competencia, que habilita al Estado para desempeñar en forma exclusiva determinadas actividades, siempre que el interés general lo haga imprescindible.¹⁰⁰

Una de las características de la legislación de competencia salvadoreña es precisamente que su ámbito subjetivo de aplicación se extiende a la mayoría de sujetos que desempeñan actividades económicas privadas y estatales. Sin embargo, la LC también prevé excepciones extraordinarias a su esfera de aplicación, fundamentadas en el precepto constitucional bajo examen.

precisos, determinados monopolios a favor del Estado y del municipio...Fuera de tal autorización, toda otra que se conceda al Estado, a los Municipios o a otras entidades públicas, so pretexto de defender intereses distintos a los señalados, se encuentra fuera de las facultades que otorga el Art. 110 Cn.”.

⁹⁹ Vid. el sobreseimiento pronunciado el 24 de mayo de 2002, en el proceso de amparo 699-2000 en el que la Sala hace referencia a los ingresos monopolísticos del Estado como aquellos “*que el Estado percibe en virtud de la creación por Ley de un monopolio de derecho a favor de una determinada entidad Estatal para la prestación de un servicio no inherente a la soberanía estatal o para la producción o venta de ciertos productos en forma exclusiva...*”. En forma más detallada, en la Inc. 3-88, la Sala ha precisado que la autorización del monopolio a favor del Estado y del municipio “*funciona sólo y nada más como una excepción al principio de libertad empresarial o libertad de concurrencia y no como limitación a ningún otro derecho fundamental, por lo que cualquier otra libertad distinta de la empresarial que se restrinja so pretexto de autorizar un monopolio debe ser protegida y por consiguiente, la ley que la establece deviene inconstitucional...*”.

¹⁰⁰ Vid. *infra* el Capítulo III de este estudio, dedicado al ámbito subjetivo de la Ley de Competencia, donde se hace un examen de los sujetos sometidos y de los sujetos excluidos del ámbito de aplicación de la LC, en el cual abordamos el tema de los sujetos excepcionalmente autorizados a desempeñar actividades económicas en régimen de monopolio.

Los monopolios estatales cuentan con una habilitación derivada directamente de la Constitución, que no puede ser modificada por las leyes secundarias,¹⁰¹ sin perjuicio de cuestionar su constitucionalidad cuando su autorización o establecimiento no cumplan con los criterios señalados en la Norma Suprema y en la jurisprudencia examinada.¹⁰²

Finalmente, hacemos notar que, salvo por las consideraciones preliminares, el término monopolio no aparece mencionado en toda la nueva Ley y que la única referencia oficial que existe es una definición del concepto que aparece en el Glosario de Términos elaborado por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.¹⁰³ Sobre la base de algunos estudios nacionales que existen sobre el monopolio y de los distintos Anteproyectos de Ley de Competencia que existieron, podemos considerar que esta omisión demuestra la voluntad del legislador por adecuar nuestra normativa a las tendencias modernas sobre este mismo tema, entendiendo que la LC constituye una norma garante de los valores constitucionales en los que se base el sistema económico y no una ley antimonopolios.¹⁰⁴

¹⁰¹ Vid. CN ELS Art. 246, cuyo inciso primero ha sido transcrito *supra* en la nota 6 de este capítulo, ya que esta disposición ampara el principio de supremacía formal de la Constitución vigente.

¹⁰² Para el análisis de la regulación de los monopolios en la Constitución de 1983, precisamos que no hemos hecho referencia a otros pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional o a sentencias más recientes, porque hasta la fecha de conclusión de este estudio, éstas son prácticamente inexistentes.

¹⁰³ La única mención que existe en la normativa reguladora de la libre competencia, es una definición que aparece en un glosario de términos emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, con el fin de dar cumplimiento al mandato contenido en el literal j) del artículo 14 de la LC. En este Glosario de Términos emitido por medio de la resolución RC-AG-08/2006 del 17 de octubre de 2006, se define el monopolio como “*la organización de mercado en la cual sólo hay un agente económico que vende un bien o servicio para el cual no existe sustituto*”, mientras que en la definición legal anterior que aparecía en el artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992, el monopolio era definido como “*aprovechamiento y control por parte de una sola persona o empresa en forma exclusiva en la producción y comercialización de un producto o servicio dentro del mercado*”.

¹⁰⁴ Sobre este tema la OCDE y el Banco Mundial, en su documento conjunto *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, cit., pp. 6 y 7, concluyen que en los países del hemisferio occidental, la mayor parte de leyes de competencia se abstienen de prohibir el monopolio obtenido a través de una mayor eficiencia económica, porque lo que se busca penalizar es la conducta anticompetitiva, mas no las estructuras. En el mismo sentido, FUSADES, “Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia”, en *Boletín de Estudios Legales*, n. 37, Antiguo Cuscatlán, 2004, p. 2, hace notar que la normativa de competencia nacional debe ser fruto de la discusión y consenso, resultando en una ley que castigue conductas y no estructuras. En la exposición de motivos que acompañaba los borradores n. 7 y n. 8 del Ministerio de Economía, se mencionaba también que no se buscaba penalizar a las empresas por el tamaño, si no únicamente las prácticas anticompetitivas. Sin embargo, en los Expedientes 443-9-94, 1115-4-95, 232-1-2001-1, 232-1-2001-2, 232-1-2001-3 y 232-1-2001-4 que lleva la Asamblea Legislativa, se encuentran archivados los diversos anteproyectos legislativos de la Ley de Competencia presentados por varias instituciones o fracciones políticas, que se estuvieron considerando y discutiendo por más de 10 años. En el anteproyecto presentado por el partido Frente Farabundo Martí para la Liberación

Podemos agregar que durante los trabajos preparativos de la Ley de Competencia de El Salvador, se discutió la pertinencia de incluir o no la prohibición del monopolio en la nueva Ley, pero se acordó no hacerlo esencialmente por dos razones. Primero porque ya existe un marco regulador en la Constitución de 1983.¹⁰⁵ Segundo, porque, aunque parezca contradictorio con la primera razón, el legislador optó por redactar una norma que reflejará las tendencias legislativas¹⁰⁶ y doctrinarias modernas, las cuales evitan prohibir intrínsecamente el monopolio, prefiriendo prohibir el abuso de la posición de dominio que un monopolio puede conferir, ya que esta práctica es la que realmente produce daños.¹⁰⁷

Nacional- FMLN- y en el anteproyecto presentado por la Fundación para el Desarrollo- FUNDE- y el Centro para la Defensa del Consumidor-CDC- se proponía prohibir todo tipo de monopolio, con excepción de aquellos autorizados por la Constitución.

¹⁰⁵ Sobre este punto, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia”, *cit.*, pp. 1 y 2, donde se explica que las leyes de competencia fueron inicialmente concebidas como leyes destinadas a combatir los monopolios, pero que en su desarrollo, su alcance se ha ampliado, concibiéndose como leyes destinadas a proteger un valor trascendente en el que se basa el sistema económico...[Nuestra] Ley se enmarca dentro de las tendencias modernas que contemplan este tipo de legislaciones, no solo 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 y “Ley de Competencia: una herramienta para la Competitividad” en *Boletín de Estudios Legales* No. 139, Antiguo Cuscatlán, julio de 2012. Por su parte, MAGAÑA, A., “El Concepto de Monopolio del artículo 110 de la Constitución”, en *Cuadernos de Trabajo* n. 04-99, Colegio de Altos Estudios Estratégicos, octubre de 1999, p. 8, quien si bien considera que los monopolios contradicen el ordenamiento económico establecido en la Constitución de 1983, apunta que los distintos anteproyectos de ley de libre competencia, han constituido intentos por dar concreción legal a la parte del artículo 110 de la Constitución de 1983, que prohíbe las prácticas monopólicas, sin referirse al monopolio.

¹⁰⁶ A título de ejemplo, *vid.* algunas de las leyes de defensa de la competencia más recientemente aprobadas en Iberoamérica, como la Ley de Defensa de la Competencia de España o Ley 15/2007 del 3 de julio, publicada en el BOE n. 159 del 4 de julio de 2007; Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, aprobada mediante D.L. n. 357/ 2005 del 16 de diciembre de 2005, publicada en La Gaceta Oficial n. 30.920 del 4 de febrero de 2006; Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, aprobada mediante D.L. n. 601 del 28 de septiembre de 2006, publicada en la Gaceta n. 206 del 24 de octubre de 2006; Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición, publicada en la Gaceta Oficial n. 25914 del 7 de noviembre de 2007; Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas de Perú, Decreto Legislativo n. 1034 del 24 de junio de 2008, publicado en el D.O. “El Peruano”, del 25 de junio de 2008; y, Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del 25 de enero de 2008, ninguna de las cuales prohíbe el monopolio, sino únicamente diversas manifestaciones del abuso de posición dominante.

¹⁰⁷ *Vid. supra* apartado 5 en el que consta que esta misma postura fue objeto de los debates de los miembros de la Asamblea Constituyente de 1983, quienes optaron por una redacción que no prohibiera en forma absoluta todos los monopolios privados o su posible surgimiento de hecho debido a la innovación. *Vid.* también la Exposición de Motivos del Borrador n. 7 y del Borrador n. 8 del Anteproyecto de Ley de Libre Competencia, Ministerio de Economía, San Salvador, 2000, donde se expone que el anteproyecto de Ley que se propone no es una ley represiva del crecimiento

6. Contenido de la libertad empresarial constitucionalmente garantizada

La protección de la libertad empresarial fue incorporada en la Constitución por el Poder Constituyente de 1983, convirtiendo a nuestra Ley Fundamental en vigor en la primera en garantizarla a nivel nacional.¹⁰⁸ En las Actas de las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1983, ha quedado registrado que inicialmente se propuso incluirla en el texto del inciso primero del artículo 110, como bien jurídico protegido con la prohibición de los monopolios y que a pesar de ser un concepto novedoso en nuestros textos constitucionales, se incorporó en la versión definitiva del inciso segundo, sin que durante las discusiones se lograra definir su contenido concreto:

*“No podrá autorizarse ningún monopolio, sino a favor del Estado o de los municipios cuando el interés social lo haga imprescindible, a fin de garantizar la libertad empresarial y de proteger al consumidor. Se prohíbe el ejercicio de prácticas dirigidas a suprimir o restringir la libre competencia, particularmente las que se propongan manipular los precios y las calidades en contra de los intereses de los consumidores de la República o impedir el libre acceso de los empresarios salvadoreños al mercado de producción y de consumo”.*¹⁰⁹

A pesar de la brevedad de las discusiones parlamentarias, en las actas observamos que el concepto de libertad empresarial se entendió como sinónimo de libre competencia o libre concurrencia y que si bien estos términos no fueron incluidos en el texto final adoptado por 56 votos, la intención original de los parlamentarios de 1983 fue de diseñar un artículo cuyo ámbito de protección se extendiera a la libre compe-

empresarial, mas solo de sus abusos. Esta idea la encontramos a menudo en los autores de la Escuela Económica de Chicago y en especial el Juez BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 62, 67-68, quien reiteradamente ha sostenido que las leyes *antitrust* no deben servir para penalizar posiciones de mercado obtenidas lícitamente a través de una mayor eficiencia económica, sino únicamente sus abusos (“*In enacting the Sherman Act, Congress made it clear that merger to monopoly position was to be illegal, but that growth to the same size, based upon superior efficiency, would be lawful*”). En sentido similar, HYLTON, K.N., *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 19 y 20, manifiesta que las empresas orientan sus esfuerzos para desarrollar productos nuevos que les concedan poder monopolístico temporal. Esto es parte de los incentivos que los llevan a producir eficientemente. Por otra parte, en las recomendaciones que aparecen en la *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007, no se sugiere prohibir el monopolio, pero sí una variedad de conductas constitutivas de abuso de posición de dominio.

¹⁰⁸ Aunque hemos de precisar que la Constitución de 1939, tenía una disposición que establecía la libertad de comercio e industria, en los términos siguientes: Art. 55 “*El ejercicio del comercio y la de la industria es libre...*”, mientras que la Constitución de 1886 únicamente establecía la libertad de industria: Art. 34.- “*Toda industria es libre...*”.

¹⁰⁹ *Vid. Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, *cit.*, sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, durante la cual se propuso el siguiente texto para los incisos primero y segundo del artículo 110.

tencia. Sin embargo, tal como señalamos en el apartado anterior, los Constituyentes entendieron que la prohibición de los monopolios y de las prácticas monopolísticas asociadas con la protección de la libre empresa, alcanzarían el mismo propósito.

Este trasfondo histórico, consignado en la génesis de la Constitución de 1983, nos ha permitido concluir que la libre competencia fue concebida como sinónimo de la libertad empresarial y que su protección ha estado implícitamente garantizada desde 1983, por el artículo 110 de la Constitución.¹¹⁰

Más recientemente, en la jurisprudencia del máximo intérprete de nuestra Ley Fundamental, encontramos que la libertad empresarial ha sido objeto de variados pronunciamientos, en los que ha sido definida como un bien jurídico de diversa naturaleza. Inicialmente, se asoció a la libre competencia y se le reconoció cierto grado de autonomía, tal como fue la intención del Constituyente. Sin embargo, en la actualidad, la Sala de lo Constitucional le ha venido restando autonomía, identificándola con la libertad económica prevista en el artículo 102 y negándole la sustantividad propia que su mención expresa en el artículo 110 CN le confiere.¹¹¹

En los pronunciamientos más antiguos y por lo tanto, más próximos a la aprobación de la Constitución vigente, la Sala estableció que la libertad empresarial es uno de los valores supremos de nuestro orden económico, así como un derecho individual que se manifiesta en la libertad de trabajo en el campo económico y en la libertad de comercio.¹¹² En esa época, el Tribunal identificaba la libertad empresarial con la libre iniciativa privada y con la libre concurrencia, por lo que esta última

¹¹⁰ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., en las discusiones del 6 de octubre, consta que antes de la votación del texto definitivo de este segundo inciso, en el debate sobre la redacción de este artículo participaron el Dr. Ricardo González Camacho y el Dr. Antonio Guevara Lacayo, y que si bien difirieron respecto de las palabras a usar en la redacción del artículo, estuvieron de acuerdo en que se debía proteger la libertad empresarial o libre competencia.

¹¹¹ En la jurisprudencia de la SCN, encontramos que el Tribunal relaciona muchas de las libertades individuales con el derecho general de libertad, pero luego desarrolla cada una de ellas en forma individual para concretar su contenido específico. Sin embargo, en la Inc. 3-99 de 2001, la SCN deriva la libertad empresarial directamente del derecho general de libertad, expresando que “*la libertad empresarial, como especie del derecho general de libertad, no puede ser ilimitada...*”, omitiendo desarrollarla en forma individual, como lo había venido haciendo en los pronunciamientos más antiguos citados en este mismo capítulo.

¹¹² Vid. Inc. 8-87 y la Inc. 2-92, en las que en términos idénticos, al referirse a los monopolios, se consignó que “*la prohibición de los monopolios tiende a tutelar un derecho individual: la libertad de trabajo en el campo económico, libre comercio o libertad empresarial... Por ello ambos se prohíben a fin de garantizar dos valores esenciales en un orden económico como el nuestro, cuales son: la libre iniciativa privada o libertad empresarial y la protección de los consumidores...*”.

debía entenderse implícitamente protegida, confiriéndole el carácter de principio orientador de las relaciones económicas nacionales.¹¹³

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente se ha ido distanciando de esta identificación, procediendo a realizar un análisis del contenido de la libertad empresarial menos detallado que el que observamos en la jurisprudencia más antigua. En las sentencias más nuevas que encontramos sobre el tema, la Sala establece que la libertad empresarial debe ser abordada desde dos vertientes:

En primer lugar, se trata de un derecho derivado de la libertad económica protegida por el artículo 102 CN, que habilita un ámbito de actuación en favor de su titular. En segundo, lugar, si bien la redacción no es muy clara, la SCN establece que no deben imponerse restricciones innecesarias, excesivas o que afecten su contenido mínimo.¹¹⁴ Sin embargo, en estos fallos, la Sala omite pronunciarse sobre su contenido específico, sobre su importancia para nuestro sistema económico y sobre su vinculación con la libre competencia.

En atención a esta diversidad de criterios y a la evolución mostrada por la jurisprudencia de la SCN, es difícil precisar el contenido actual de la libertad empresarial constitucionalmente garantizado, puesto que si bien la Sala la deriva de la libertad económica, tampoco llega a identificar plenamente una con la otra, limitándose a configurarla en términos muy generales y a atribuirle contornos muy amplios, a partir de los cuales se dificulta deducir un contenido concreto.

En la jurisprudencia más reciente que existe sobre el tema, la Sala ha definido la libertad empresarial como un derecho que implica la posibilidad de “emprender actividades económicas” en forma libre y protegida de prácticas monopólicas.¹¹⁵ Esta

¹¹³ Vid. sentencia de Inconstitucionalidad 3-88, en la que refiriéndose siempre al tema de los monopolios, la SCN manifiesta que la autorización de monopolios estatales opera únicamente como excepción “*al principio de libertad empresarial o libre concurrencia*” y que en este sentido “*el monopolio como autorización, sólo legitima limitaciones a la libertad de trabajo en materia económica, o libre concurrencia o libertad empresarial...*”.

¹¹⁴ Vid. sentencias de amparo 391-2004 del 16 de febrero de 2006, 432-2005 del 12 de septiembre de 2006, 524-2005 del 13 de octubre de 2006, 267-2007 del 27 de agosto de 2008 y 66-2007 del 29 de agosto de 2008 en las que el Tribunal ha expresado que “*En relación a la libertad de empresa derivada de la libertad económica establecida en el artículo 102 de la Constitución, ésta se puede analizar desde una doble vertiente, la primera de naturaleza subjetiva, mediante la cual se pueden emprender actividades económicas y además permite el ejercicio libre o antimonopólico de actividades empresariales; y, la segunda vertiente de tipo institucional, que implica el no sometimiento a limitaciones que la vuelvan impracticable o que la dificulte más allá de lo razonable, o bien que la despojen de su necesaria protección*”.

¹¹⁵ Vid. sentencias de amparo 391-2004, 432-2005, 267-2007 y 66-2007 citadas en la nota anterior, donde la SCN ha indicado que el análisis de la naturaleza subjetiva de la libertad empresarial

postura que define el contenido actual de la libertad de empresa constitucionalmente garantizado, contrasta con la opinión de la doctrina mayoritaria, quien manifiesta que el contenido de la libertad empresarial se concreta en tres aspectos: la posibilidad de iniciar, de desempeñar y de cesar libremente el ejercicio de una actividad económica.

Los estudios más autorizados sobre la libertad de empresa indican que se trata de una libertad que implica en primer lugar, la posibilidad de entrar al mercado o de crear empresas para ejercer una actividad económica lícita.¹¹⁶ En segundo lugar, esta manifestación de la libertad económica también implica la posibilidad de organizar libremente la actividad elegida.¹¹⁷ Y finalmente, la libertad de empresa supone un

implica que se trata de un derecho que permite “*emprender actividades económicas y además permite el ejercicio libre o antimonopólico de actividades empresariales*”. Sin embargo, ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, pp. 327-329, apunta que “emprender actividades económicas”, es una expresión que sólo abarca la faceta inicial de la libertad de empresa: la libertad de acceso al mercado, mientras que la libertad de empresa, implica también la libertad de ejercicio de la empresa y la de su cesación.

¹¹⁶ Sobre este primer aspecto de la libertad de empresa, como libertad para iniciar una actividad empresarial o para crear empresas, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 264 y ss., quien en su obra monográfica sobre la libertad de empresa, recuerda que toda libertad jurídica otorga a su titular alternativas de acción, es decir la posibilidad de hacer o no hacer, y en el caso de este primer elemento de la libertad de empresas, éste se traduce en la posibilidad de decidir entre iniciar o no una actividad empresarial-que no esté prohibida por ley (lo que también implica la posibilidad de entrar al mercado y de elegir la actividad económica que se quiere ejercer). Por otra parte, BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, *cit.*, p. 137, manifiesta que por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes a la realización de actividades económicas. En sentido similar, GOIG MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 38 de la Constitución: La Libertad de Empresa”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 739, manifiesta que forma parte del contenido de la libertad de empresa, la posibilidad de crear empresas.

¹¹⁷ Sobre este segundo aspecto de la libertad empresarial, la doctrina señala que se trata de la posibilidad de actuar en el mercado, dirigiendo libremente la voluntad para tomar las decisiones sobre el ejercicio de la actividad económica elegida. Para CIDONCHA, A., *op. cit.* p. 310 y ss., se trata de una libertad que implica libertad de actuación en el mercado, la cual supone la libertad de elección de su propio mercado y autonomía organizativa (dirección de la empresa y libre contratación de bienes y servicios). En sentido similar, BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, *cit.*, p. 153, manifiesta que este aspecto de la libertad de empresa implica la libre gestión operativa de la misma. En forma complementaria, RUBIO LLORENTE, F., “La Libertad Empresarial en la Constitución”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 443, aunque desarrolle su propia teoría, manifiesta que coincide con Bassols Coma, ya que también considera que la gestión operativa de la empresa es lo que constituye el auténtico contenido de la libertad empresarial. Por otra parte, para DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, p. 155, el contenido abstracto de la libertad de empresa despliega sus efectos en tres “sub libertades”: la libertad de inversión [la cual estaría más relacionada con el primer aspecto de la libertad empresarial, en la medida en que implica la decisión de destinar bienes a una actividad económica determinada], la libertad de organización y la libertad de contratación. Finalmente, a partir del estudio de muchos de los autores citados en esta parte de nuestro trabajo y con relación a este elemento de la libertad

tercer elemento que implica la libertad para dejar de ejercer una actividad económica determinada.¹¹⁸

Sin embargo, a pesar de no existir pronunciamientos detallados sobre el contenido de la libertad de empresa, podemos concluir de la jurisprudencia examinada, que la libertad de competencia sigue formando parte del ámbito de protección del artículo 110 CN, ya que tanto la prohibición de las prácticas monopólicas mencionadas en la Constitución de 1983, como en la jurisprudencia citada, abarcan la protección de la libertad de competencia.¹¹⁹

Por otra parte, al igual que todas las libertades constitucionalmente garantizadas que deben ser ejercidas en forma social- es decir en el marco de las relaciones interpersonales o sociales- la libertad empresarial no puede concebirse como libertad absoluta o ilimitada. Ello constituye un principio universalmente reconocido, reiterado en la jurisprudencia de la SCN.¹²⁰

empresarial, GOIG MARTINEZ, J.M., *op. cit.*, pp. 739 y 740, sintetiza las principales facultades que se derivan de la libertad de empresa, entre las que incluye: (1) el derecho a la propiedad de los medios de producción y libertad para adquirir bienes y servicios que sean necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial, (2) la libertad de gestión de la empresa, dentro de la cual cabe incluir: i) el establecimiento de los objetivos de la empresa, ii) la planificación y dirección de la actividad empresarial, iii) el establecimiento de una política laboral acorde con los objetivos empresariales, así como (3) el derecho a la defensa y promoción de los intereses empresariales y (4) el derecho a percibir los beneficios obtenidos con la actividad económica en cuestión.

¹¹⁸ Como tercer elemento, encontramos que la doctrina señala que la libertad de empresa también implica la posibilidad de poder abandonar o cesar el ejercicio de una actividad económica determinada y a no ser obligado a continuarla. Sobre este tema, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, p. 314, quien señala que la libertad de cese de una actividad empresarial comprende una dimensión positiva, que implica la libertad para dejar de ejercerla, así como una dimensión negativa, que implica el derecho a no ser obligado a continuarla. En el mismo sentido, RUIZ-RICO, G., *op. cit.*, p. 235, manifiesta que la libertad de cesación o salida del mercado forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, el cual se traduce en el derecho de los empresarios a cesar en el ejercicio de una actividad económica y ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, p. 335, quien también concuerda que el empresario tiene derecho a poder cesar en la actividad empresarial y a perder la condición de tal.

¹¹⁹ *Vid. supra* nota 86 en la que se detallan las discusiones que se sostuvieron para la aprobación de la Constitución de 1983, donde aparece que la finalidad buscada por los Constituyentes al prohibir las prácticas monopólicas fue la defensa de la libre competencia. En el mismo sentido, en la Inc. 2-92, la Sala dijo que tanto “*monopolio como práctica monopólica, se encuentran prohibidos por ser contrarios a los intereses generales, ya que violan el libre juego de la oferta y demanda*”, es decir la libertad de actuación en el mercado, dentro de la cual ocupa un lugar privilegiado la libertad de competencia.

¹²⁰ Sobre la libertad empresarial como libertad jurídica que no puede entenderse como libertad absoluta o ilimitada, pero cuyas restricciones estarán sometidas a varios condicionantes que regulan la limitación de los derechos fundamentales, *vid.* sentencias de amparo 524-2005, 432-2005, 391-2004 y 446-2003 y 26-2000 del diez de julio de 2001 e inconstitucionalidades 8-2004, 15-99/17-99, 3-99 y 24-98. Para una teoría más general de los límites a derechos constitucionales, *vid.* Inc.

En el caso específico de la libertad empresarial, la misma Constitución de 1983 contiene una serie de artículos de los que se derivan límites expresos, entre los que debemos mencionar el interés social protegido en el artículo 102 CN o el interés de los consumidores previsto en los artículos 101 CN y 110 CN, el cual desarrollaremos más adelante.

Además de existir cierto consenso sobre el contenido material de la libertad de empresa, un sector mayoritario de la doctrina también manifiesta que éste debe ser complementado con su contenido jurídico, el cual depende de los límites legales que el contenido mínimo de este derecho constitucionalmente garantizado admite.¹²¹ Por lo tanto, si bien no pretendemos hacer un estudio monográfico sobre la configuración constitucional de la libertad empresarial, sino únicamente precisar los elementos de los que se deriva su vinculación con la Ley de Competencia, también es necesario hacer referencia a los límites que se originan en la Ley Fundamental.

28-2006/33-2006/34-2006/36-2006, pronunciada por la SCN el 12 de abril de 2007, publicada en el D.O. n. 71, Tomo 375 del 20 de abril de 2007 e Incs. 58-2003, del 13 de diciembre de 2005, publicada en el D.O. n. 1, Tomo 370 del 3 de enero de 2006, 42-2003, del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004, 5-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004, 31-2002/32-2002/33-2002 del 8 de octubre de 2004, publicada en el D.O. n. 198, Tomo 365 del 23 de octubre de 2004 y 8-97 y sentencia de amparo 679-2002 del 6 de mayo de 2004.

¹²¹ Sin perjuicio de reconocer que también será aplicable toda la teoría general sobre los límites a los derechos fundamentales, así como la jurisprudencia de la SCN citada *supra* en la nota 115, sobre los límites que el contenido mínimo de la libertad empresarial, admite, *vid.* DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, pp. 154 y ss., quien expone que si bien el contenido material de la libertad de empresa le da forma a su contenido abstracto, el contenido concreto viene dado por los límites legales que este derecho admite. Sobre el contenido mínimo específico de la libertad de empresa, *vid.* ARAGÓN, M., “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, *cit.*, p. 180, quien expone que la libertad de empresa tiene un contenido mínimo infranqueable, del cual forma parte la posibilidad de acceso al mercado, la cual no debe ser prohibida en forma absoluta, ni debe ser impuesta en forma forzosa; Por otra parte, este Magistrado del Tribunal Constitucional español agrega que, como parte del reducto de libertad que caracteriza el contenido mínimo de la libertad empresarial, encontramos que debe asegurarse al empresario un ámbito suficientemente amplio de autonomía en la dirección de su empresa; y finalmente, respecto del tercer aspecto que integra la libertad empresarial, este autor manifiesta que el contenido mínimo estará garantizado, si se no se impone a los empresarios la obligación forzosa de continuar con una actividad económica determinada. En sentido parecido, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 307 y ss. En forma complementaria, RUIZ-RICO, G., *op. cit.*, p. 235, concluye que si bien en el ordenamiento español, el contenido mínimo de la libertad de empresa constitucionalmente protegido es de difícil concreción, en virtud de una serie de condicionantes que la CE de 1978 establece, éste puede sistematizado en la libertad para acceder al mercado, para permanecer en el mercado y para salir del mercado. Por su parte, RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, pp. 440-446, tiene una teoría diversa, puesto que para él, el contenido esencial de la libertad de empresa, solo podrá ser garantizado a partir de una particular aplicación del principio de igualdad, conforme al cual será necesario que todas las empresas de una misma clase gocen de un mismo grado de libertad.

En primer lugar, encontramos títulos que habilitan la intervención estatal en actividades económicas privadas, como los que emanan del artículo 110 CN, examinado en los apartados anteriores. Por otra parte, el artículo 112 CN, faculta al Estado para administrar las empresas privadas que presten servicios esenciales para la comunidad, cuando ello sea necesario por motivos de interés general o interés social.¹²² En forma adicional, el inciso primero del artículo 120 CN establece que el ejercicio de ciertas actividades económicas, podrá estar sometido a una concesión estatal, previa aprobación de la Asamblea Legislativa.¹²³

En las disposiciones constitucionales, también encontramos algunas que limitan la libertad empresarial en función de la nacionalidad de los empresarios, como el artículo 115 CN en el que se establece que la pequeña y mediana empresa sólo pueden ser ejercidas por los salvadoreños por nacimiento y por los centroamericanos originarios, restringiendo la libertad y la igualdad para competir de aquellas personas que no posean este atributo.¹²⁴

Finalmente, atendiendo las limitaciones legales que la Constitución habilita respecto del derecho general de libertad y de la libertad de contratación, cabe entender que toda actividad empresarial que se desempeñe debe ser lícita y que su ejercicio no debe estar restringido por la Ley, como por ejemplo, en el caso de los sectores reservados al Estado o de los privilegios derivados de los derechos de propiedad intelectual.¹²⁵

¹²² Vid. CN 1983, Art. 112.- “*El Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la continuidad de los servicios, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social*”. Consideramos que ésta es la restricción más gravosa que el Constituyente impuso en la libertad empresarial, ya que habilita al Estado para despojar al empresario de sus facultades decisorias respecto de su empresa. Sin embargo, la jurisprudencia de la SCN ha manifestado que desde una perspectiva formal “*la libertad empresarial, como especie del derecho general de libertad, no puede ser limitada por una norma que provenga de una fuente distinta a la Asamblea Legislativa (Inc. 3-99)*”.

¹²³ Vid. CN 1983, Art. 120.-“*En toda concesión que otorgue el Estado para la explotación de muelles, ferrocarriles, canales u otras obras materiales de uso público, deberán estipularse el plazo y las condiciones de dicha concesión, atendiendo a la naturaleza de la obra y el monto de las inversiones requeridas. Estas concesiones deberán ser sometidas al conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación*”.

¹²⁴ Vid. CN 1983, Art. 115.-“*El comercio, la industria y la prestación de servicios en pequeño son patrimonio de los salvadoreños por nacimiento y de los centroamericanos naturales. Su protección, fomento y desarrollo serán objeto de una ley*”. Este límite impide que la mayoría de los extranjeros puedan elegir libremente la actividad a la que desean dedicarse, ya que les prohíbe “emprender” actividades comerciales o industriales en pequeña escala.

¹²⁵ A título de ejemplo, el inciso tercero del artículo 110 CN, establece que ciertas actividades económicas vinculadas con derechos de propiedad intelectual, podrán ejercerse en forma exclusiva durante un plazo limitado, en los siguientes términos: “*Se podrá otorgar privilegios por tiempo limitado a los descubridores e inventores y a los perfeccionadores de los procesos productivos*”.

Con relación al ámbito subjetivo protegido por la libertad empresarial, brevemente precisamos que el texto de la Constitución de 1983 lo establece en términos holgados y muy generales. Y que, si bien un sector mayoritario de la doctrina señala que se trata de un derecho subjetivo que asiste a los particulares que intervienen en actividades económicas en el mercado,¹²⁶ la SCN parece favorecer una concepción muy amplia, a partir de la cual cabe entender que estamos frente a una libertad de la que puede ser titular prácticamente cualquier persona.¹²⁷

7. Relación entre la libertad empresarial constitucionalmente garantizada y la normativa de competencia

En atención a la conexión entre la defensa de la libre competencia y la libertad empresarial marcada por los debates del Poder Constituyente que aprobó la Constitución vigente y por las emblemáticas sentencias de inconstitucionalidad 8-87 y 2-92, que no han sido contradichas por jurisprudencia posterior, la libertad empresarial aparece naturalmente como uno de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que muestra mayor relación con la normativa de competencia.

¹²⁶ Sobre el ámbito subjetivo activo de la libertad empresarial, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 215 y ss., donde a partir del régimen español, este autor señala que el concepto de empresario es muy amplio e incluye personas físicas y jurídicas dedicadas a una actividad empresarial, pero por su calidad de derecho fundamental, esta forma de libertad económica asiste exclusivamente a los sujetos de derecho privado. En igual sentido, *vid.* BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, *cit.*, p. 133, donde este autor manifiesta que se trata de un derecho de los ciudadanos. En sentido parecido, ARAGÓN, M., “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, *cit.*, pp. 170 y 171, coincide en que se trata de un derecho fundamental o de una libertad que se reconoce a los ciudadanos para acometer y desarrollar actividades económicas, en el marco de la libre iniciativa privada. También ROJO, A., *Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española*, *cit.*, p. 316, establece que la libertad de empresa constituye una expresión de la libre iniciativa privada, que se configura como una libertad de la persona, como un derecho del ciudadano.

¹²⁷ Consideramos pertinente aclarar que si bien por regla general se trata de conceptos que podrían encontrarse en la normativa mercantil, nuestro Código de Comercio no define quienes tienen calidad de empresarios. En una parte regula quienes tienen calidad de comerciantes (Art. 2 C. Com.) y en otra, regula la empresa, pero no al empresario (Art. 600 C.Com y ss.). La referencia más relevante, la encontramos en la jurisprudencia constitucional, en las Inc. 8-87 y 2-92, donde al referirse a la libertad de empresa, la SCN usa un lenguaje muy amplio al señalar que “*es una libertad que asiste a cualquier persona física o jurídica*”. En forma particular, en la Inc. 2-92, la SCN agrega que : “*por ello, en el Art. 102, la Constitución, al establecer que se garantiza la libertad económica, no solo recalca la existencia de un derecho general de libertad de las personas, sino que, además, reconoce a éstas un derecho de libertad en lo propiamente económico, es decir, reconoce la llamada libre iniciativa privada, en donde el Estado es garante que las personas puedan dedicarse a la actividad económica que más les plazca, a fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, un interés o una utilidad social, estando únicamente limitadas por aquellas regulaciones normativas tendentes a proteger tanto los derechos de ellos como productores de bienes y servicios, como de los empleados a su servicio y de los consumidores en general*”, atribuyendo la titularidad de este derecho a todas las personas.

En este orden de ideas, si bien la Ley de Competencia integra nuestro ordenamiento jurídico como la concreción legislativa de los mandatos constitucionales, que se derivan de las tres disposiciones constitucionales citadas en su preámbulo y examinadas en este capítulo, en la práctica, la defensa de la competencia tiene una vinculación más evidente con la libertad empresarial que con cualquier otra cláusula constitucional de contenido económico.

Esta relación puede advertirse desde los orígenes de nuestra Ley Fundamental en vigor. En las versiones taquigráficas de las Sesiones para la aprobación de la Constitución de 1983, que hemos venido citando a todo lo largo de este capítulo, aparece que para el Constituyente de nuestra Ley Fundamental vigente, la libertad de concurrencia es sinónimo de libertad empresarial y, que en todo caso, constituye un elemento inherente al sistema económico que la Constitución de 1983 ha querido garantizar.¹²⁸

En forma complementaria, la Sala de lo Constitucional ha manifestado que la libre competencia es un elemento esencial de la libertad económica y de la libertad empresarial que debe entenderse implícitamente protegido por las disposiciones constitucionales que tutelan estas libertades.¹²⁹ La SCN ha agregado que la competencia empresarial favorece la protección del interés social, puesto que la libre competencia impulsa a los oferentes de bienes y servicios a proporcionarlos en mejores condiciones y precios.

Este efecto de la competencia contribuye indefectiblemente a consolidar el derecho que tienen las mayorías para satisfacer sus necesidades básicas, lo cual no es más que la concreción de ese interés social o esa justicia social que nuestro orden económico debe asegurar por mandato constitucional.¹³⁰

¹²⁸ Para la síntesis de los debates del Poder Constituyente durante los cuales se trazaron los principios orientadores del régimen económico, *vid.* apartado 2 de este Capítulo, donde examinamos las discusiones de la Asamblea Constituyente de 1950 y las sesiones de la Asamblea Constituyente de 1983.

¹²⁹ *Vid.* Inc. 8-87, donde refiriéndose al monopolio del azúcar, la Sala manifestó en 1989 que las disposiciones de la ley impugnada, por medio de las cuales se habilita el ejercicio de una actividad en régimen de monopolio, “...privan a los particulares de la libertad de trabajo en el campo económico, o sea de la libre concurrencia al mercado de la comercialización interna y de la exportación de azúcar y mieles, derecho garantizado igualmente por los artículos 102 y 110 de la Constitución vigente...”, vinculando la libertad de competencia con la libertad económica y la libertad empresarial, en la medida que las actividades económicas monopólicas eliminan la competencia, al limitar el libre acceso al mercado y posibilidad de participar en una actividad económica determinada, sin que ello se encuentre justificado por motivos de interés social o general.

¹³⁰ Inc. 8-87, donde la SCN ha expresado que “*Es conocido el fenómeno de que la libre concurrencia produce como consecuencia el estímulo, el afán de superación y el mejoramiento por parte de los individuos que compiten. Y fundamentalmente es conocido también que por la competencia los precios bajan y se intensifica la actividad económica nacional.*” En esa misma sentencia y en la 2-92,

Esta conexión entre libre competencia y libertad empresarial nos permite confirmar una de las conclusiones a las que llegábamos al inicio de este capítulo, donde expusimos algunas consideraciones sobre el modelo económico que puede deducirse de la Constitución de 1983. El entramado de cláusulas que integran la constitución económica salvadoreña garantiza un modelo regido por varios mandatos constitucionales, entre los que se destaca la protección expresa de la libertad empresarial y la protección implícita de la libre competencia.¹³¹

Esta configuración también nos permite colegir que el modelo económico que se desprende con mayor fuerza de nuestra Constitución vigente es el de una economía de mercado, ya que ésta constituye el encuadramiento único dentro del cual pueden asegurarse la libre iniciativa privada, la libre concurrencia y la libertad empresarial.¹³² Así como la libre concurrencia se asienta como presupuesto indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente garantizada- en el

la SCN agregó que para satisfacer sus necesidades básicas “*se coloca a la persona en la necesidad de consumir productos o de utilizar servicios a bajo precio y de buena calidad, lo cual dentro de un sistema de libre empresa solo se logra en que más personas físicas o jurídicas concurren o compitan en el mercado con sus productos o servicios*”.

¹³¹ Sobre la relación entre libertad de empresa y libre competencia, *vid.* CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 151 y ss., quien señala que la competencia forma parte de los elementos que permiten dar plena vigencia a la garantía constitucional del mercado, cuyo fundamento constitucional se encuentra en la libertad de empresa, puesto que la libertad de competencia asegura la efectividad del goce de la libertad empresarial. La libertad real de ejercer la actividad empresarial de unos queda reducida a la nada si otros, mediante conductas anticompetitivas la impiden en la práctica. En sentido similar, FONT-GALÁN, J.I., “Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil...”, *cit.*, p. 1320 y 1321, quien manifiesta que la libertad empresarial, el libre mercado y la libertad de competencia se encuentran indisolublemente relacionados, ya que de cierta forma la libertad de competencia aporta concreción al contenido “nebuloso” de la libertad empresarial. A título complementario, RUIZ-RICO RUIZ, G., *op. cit.*, p. 205 y ss., manifiesta que más allá de toda la polémica que suscita la interpretación de la constitución económica española, la normativa de competencia constituye una proyección del principio de libertad de empresa en el ámbito legislativo.

¹³² Cabe precisar que si bien la Ley de Competencia fue aprobada en noviembre de 2004 y entró en vigencia en enero de 2006, esta intrínseca relación entre la legislación de competencia y el libre mercado, ya había sido señalada por la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “La Defensa de la Competencia”, en *Boletín Económico y Social*, n. 78, Antiguo Cuscatlán, mayo de 1992, p. 1, quien acotó la importancia de una política de competencia en el país, porque ésta constituye la raíz de un sistema económico de mercado, que permite garantizar la justicia y la eficiencia del sistema económico. FUSADES también advirtió que la política de competencia es un requisito fundamental para lograr y hacer establecer los beneficios perseguidos por una economía de mercado. En el mismo sentido, la OCDE y el Banco Mundial, en su documento *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, p. 142, también coinciden en señalar que la legislación de competencia constituye una parte esencial de la constitución económica de un país que se rige por la libertad de mercado.

texto del artículo 110 y en la jurisprudencia examinada- el libre mercado constituye el ambiente natural dentro del cual ambas pueden cobrar vida.¹³³

En la configuración de su ámbito subjetivo, la Ley de Competencia ha sido congruente con la tendencia adoptada por el artículo 110 CN y por la jurisprudencia examinada, definiendo en forma muy extensa el encuadramiento de los sujetos sometidos a la Ley.

La normativa de competencia introduce el término de “agente económico”, en sustitución del tradicional concepto de comerciante o empresario, con el fin de establecer un marco de aplicación sumamente amplio. Aunque este tema será examinado con mayor detalle en un apartado del capítulo siguiente, anticipamos que el artículo 2 LC estipula que se considera agente económico “toda persona, entidad u organismo dedicado a una actividad económica”.¹³⁴

¹³³ Sobre la relación entre libertad empresarial y libre mercado, *vid.* RUBIO LLORENTE, F., *op. cit.*, pp. 443 y ss., donde este autor recuerda que la Constitución española garantiza la libertad empresarial en el marco de la economía de mercado y que todos los autores que se han ocupado del tema han centrado su reflexión en esta relación, llevando a muchos a considerar que se trata de una relación de identidad, ya que la libertad de empresa solo es concebible en una economía de mercado. Sobre el mismo tema, PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, publicado en Estudios Homenaje a Luis Diez Picazo, Tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5971-6040 (también en [www.uam.es/centros/ derecho/privado/mercanti/investigacion/investig.1.html](http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig.1.html), consultada en enero 2008), donde estos autores exponen que la indisociabilidad que existe entre libertad empresarial y mercado, establece una obligación para que el Estado “constituya” el mercado, para que produzca las instituciones necesarias para que se pueda afirmar que una economía es de mercado. Por su parte, CIDONCHA, A., *op. cit.*, pp. 121 y ss., expone que el mercado es un mecanismo coordinador de las decisiones económicas de los individuos, que da forma a la organización de la actividad económica en un modelo de economía de mercado. Además -si bien en el modelo español existe una vinculación expresa que se desprende del artículo 38 CE- en la realidad, la libertad de empresa es un elemento intrínseco de un mercado libre. En este mismo sentido, ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, p. 317, también agrega, que independientemente de todos los debates que puedan existir sobre el modelo económico que refleja la CE de 1978, la libertad de empresa no puede realizarse en otro marco que no sea la economía de mercado, organizado en un marco de competencia económica. En forma complementaria, DE JUAN ASENJO, O., *op. cit.*, p. 152, acota que la libertad de empresa no llena todo el contenido de una economía de mercado, pero sí constituye un elemento imprescindible, cuya ausencia provocaría la disipación de ese sistema. Finalmente, siempre haciendo referencia al modelo español, GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas...”, *cit.*, pp. 2863 y ss., considera que la mención expresa que existe en el artículo 38 CE, se muestra totalmente innecesaria, puesto que la libertad de empresa no puede realizarse en otro marco que no sea el de la economía de mercado.

¹³⁴ *Vid.* LC Art. 2 inciso 1º, en el que se establece el ámbito subjetivo: “*Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas*” y el inciso 2º, en el que se ofrece una definición del término agente económico en los términos siguientes: “*Para los efectos de esta ley se considera agente económico toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada*

8. Contenido de la protección de los consumidores constitucionalmente garantizada y su relación con la Ley de Competencia

La protección de los consumidores constitucionalmente garantizada fue introducida por primera vez en la Ley Fundamental de 1983 y se encuentra mencionada en dos de los artículos que informan el Título V. El Constituyente de 1983, la incluyó primero en el inciso segundo del artículo 101, relativo al orden económico y la volvió a mencionar en el inciso segundo del artículo 110, el cual regula una variedad de aspectos relacionados con la actividad económica empresarial. Sin embargo, a pesar de constituir una novedad respecto de las Constituciones anteriores, su incorporación no fue objeto de debates detallados, ni durante los trabajos preparativos ni durante las discusiones para la aprobación de la Norma Primaria de 1983.

La preocupación por defender a los consumidores aparece reiteradamente en las discusiones de la Asamblea Constituyente, como un principio prioritario que el Estado debe resguardar por medio de la creación de un orden económico, que posibilite a este sector de la población la satisfacción de sus necesidades materiales a través de la obtención de productos de buena calidad y a buenos precios.¹³⁵

En atención a la finalidad perseguida por el Poder Constituyente y de conformidad con la concepción personalista de nuestro régimen constitucional, consideramos que el interés de la sociedad en su dimensión de consumidora es el colectivo humano o conjunto de personas concretas que la organización económica reflejada en la Constitución busca proteger.¹³⁶ Postura que también encuentra fundamento en

directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no". Vid. también, la voz "agente económico" en el Glosario de Términos, la cual retoma el concepto expresado en la LC: "*Toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica, sea lucrativa o no*".

¹³⁵ Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, durante la cual los Diputados manifestaron su preocupación por fijar reglas que aseguraran la calidad y los precios de los productos que se ofrecían a los consumidores, así como su protección en general, pero no entraron a detallar mecanismos concretos para hacer efectiva esta protección.

¹³⁶ Vid. notas 43 y 44 de este mismo capítulo, en las que se citan las referencias constitucionales y jurisprudenciales de las que se desprende que nuestro régimen constitucional es ante todo personalista y que esta concepción constituye un marco dentro del cual las normas deben elaborarse e interpretarse. En sentido parecido, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2001, p. 68, considera que en materia de derecho de competencia, cuando se hace referencia a la protección del interés público, existe cierta tendencia a identificarlo con el interés de los consumidores, ya que ellos constituyen el colectivo mayoritario que conforma la población. Sobre la protección constitucional de

los pronunciamientos de la SCN, en los que se identifica a los consumidores como los destinatarios de la actividad económica.¹³⁷

La Sala de lo Constitucional ha expresado que la actividad económica tiene por destinatarios finales a los consumidores y que el interés social protegido por nuestra Ley Fundamental, es el interés socio económico de la mayoría en su carácter de consumidora.¹³⁸ Advertimos que la Sala adopta un criterio sumamente amplio al momento de determinar el ámbito subjetivo al que se aplica el término consumidores, puesto que expresa que éste se refiere prácticamente a toda sociedad.¹³⁹ El máximo

los consumidores, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La Protección de los Consumidores en la Constitución española y el Derecho Mercantil”, en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid, 1978, Vol. II, pp. 28 y 29, apunta que la constitucionalización de la tutela de los intereses de los consumidores debe entenderse como principio general del derecho, con la eficacia que el Código Civil le reconoce, correspondiendo al Estado adoptar los medios y cauces que restablezcan la igualdad de los participantes en el tráfico económico. Retomando expresamente las ideas del Prof. Bercovitz, FONT-GALÁN, J.I., “Notas sobre el Modelo Económico de la Constitución Española de 1978”, *cit.*, pp. 210 y 211, manifiesta que la intervención estatal en la economía de los poderes públicos, se fundamenta en la necesaria protección de una serie de intereses colectivos y difusos-entre los que tienen particular relevancia los de los consumidores.

¹³⁷ *Vid.* sentencia de amparo 140-2000, donde la SCN ha apuntado que los consumidores constituyen los destinatarios de toda la actividad productiva realizada en el marco de la libertad económica, en los siguientes términos “*En cuanto a la connotación que tiene la manifestación de tal libertad en el orden económico, se advierte que la misma se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país; desde ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios (...). La libertad económica manifestada en estas etapas, construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido*”.

¹³⁸ *Vid.* Inc. 8-2003/49-2003/2-2004/5-2004 del 22 de diciembre de 2004, publicada en el Diario Oficial Número 6, Tomo 366 del 10 de enero de 2005, donde la SCN manifestó que la “*actividad económica tiene como destinatarios finales a los consumidores y usuarios...*”. En sentido similar, *vid.* 8-87 y 2-92, cuyas partes pertinentes, hemos transcrito en la nota 131 *supra*.

¹³⁹ Esta amplitud de criterio adoptada por la Sala es coherente con la tendencia marcada desde 1962 por John F. Kennedy, entonces Presidente de los EE.UU., quien señaló que en la sociedad, todos somos consumidores. *Vid.* mensaje ante el Congreso de ese país, del 15 de marzo de 1962, cuando John Kennedy manifestó que por definición todos somos consumidores (“*All of us are consumers*”). En El Salvador, *vid.* la definición que ofrece el artículo 3/a) de la LPC de 2005, D.L. n. 776 del 31 de agosto de 2005, publicado en el D.O. n. 166, Tomo 368, del 8 de septiembre de 2005, en la que también ha quedado reflejada la intención del legislador por establecer una definición sumamente amplia, que a diferencia de leyes de otros países, no se limita al destinatario final: “*Para los efectos de esta Ley, se entenderá por: a) CONSUMIDOR O USUARIO: Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice, disfrute, o reciba bienes o servicios de cualquier naturaleza, resultado de una transacción comercial*”.

intérprete de la Constitución salvadoreña ha manifestado que este término hace referencia al pueblo como consumidor, a la colectividad en general y a la población en su dimensión de consumidora.¹⁴⁰

En igual forma, sobre la naturaleza de la tutela de los consumidores, la Sala ha manifestado que se trata de un bien constitucionalmente protegido que constituye un límite expreso a otros bienes constitucionalmente reconocidos, que específicamente autoriza la limitación de la libertad económica y de la libertad empresarial.¹⁴¹

Sin embargo, aunque la Constitución de 1983 mencione la protección de los consumidores dos veces y en distintos artículos, mientras que solo se refiere una vez a la libertad empresarial, encontramos que la SCN ubica a ambos bienes jurídicos en un nivel igual, ya que en el mismo pronunciamiento, la Sala ha manifestado que tanto la libertad empresarial, como la protección del consumidor constituyen los dos valores esenciales sobre los cuales se estructura nuestro orden económico.¹⁴²

¹⁴⁰ Vid. Inc. 8-87, donde la Sala ha dicho que *“la prohibición de los monopolios tiende a tutelar un derecho individual...Y un interés social: el pueblo como consumidor...y queda también establecido, que el interés social protegido es el socio económico de la mayoría de la Nación en su carácter de consumidora de cualquier clase de bienes y servicios, interés social que en realidad abarca todas las repercusiones del fenómeno económico hacia la persona como integrante de la colectividad”*. En la Inc. 2-92, la Sala ha agregado que *“Tanto monopolio como práctica monopolística, se encuentran prohibidos por ser contrarios a los intereses generales...por esa razón con el objeto que no se dañe el interés social, especialmente el de los consumidores... el monopolio como autorización debe perseguir el mismo interés socio económico, o sea la protección de la colectividad en la satisfacción de sus necesidades económico materiales... y queda también establecido que el interés social protegido es el socio económico de la mayoría en su carácter de consumidora”*.

¹⁴¹ Vid. Inc. 2-92, donde la Sala manifiesta que la protección de los consumidores habilita la limitación de otros derechos en los términos siguientes: *“La Ley Suprema en su Art. 102 no sólo garantiza el derecho de libertad económica, sino además impone al Estado la obligación de velar por la libre elección de la actividad económica de las personas, limitadas únicamente por aquellas regulaciones normativas que sean pertinentes para el ejercicio de sus propios derechos como productores de bienes y servicios, los derechos de los empleados a su servicio, y de los consumidores en general”*.

¹⁴² Vid. Inc. 2-92, donde la Sala señala que la protección de los consumidores es uno de los valores esenciales de nuestra organización económica, expresando que se *“niega la existencia de prácticas monopolísticas, con el objeto de garantizar la libertad empresarial y proteger a los consumidores, pues dentro de estas prácticas no sólo quedan incluidas las actividades propias del concepto amplio del monopolio -como prohibición- sino también otras como es el caso del acaparamiento que -al igual que aquél- produce el alza de los precios, ya que, aunque no se trata de monopolios en estricto sentido, perjudican de igual forma al consumidor. Por ello, ambos se prohíben a fin de garantizar dos valores esenciales en un orden económico como el nuestro, cuales son: la libre iniciativa privada o libertad empresarial y la protección de los consumidores”*.

En virtud de lo expuesto, en la práctica, las restricciones que la defensa de los consumidores imponga en la libertad empresarial deberán considerarse en forma individual, en cada caso en concreto, en atención a los valores, principios y derechos económicos establecidos por nuestra Ley Fundamental.

Este mandato constitucional dirigido al legislador, se ha concretado en nuestro ordenamiento jurídico principalmente a través de las tres Leyes de Protección al Consumidor, que han sido aprobadas durante la vigencia de la Constitución de 1983: Leyes de 1992, 1996 y 2005.¹⁴³ Sin embargo, en virtud de la efectividad que el derecho de la competencia ha demostrado para complementar la protección de los derechos de los consumidores en las relaciones económicas- cuestión que aparece comentada en varias partes de este estudio- consideramos que la aprobación de la Ley de Competencia viene a complementar los mecanismos de defensa del consumidor y a fortalecer el cumplimiento de un mandato constitucional establecido expresamente por la Constitución de 1983,¹⁴⁴ sin perjuicio de concluir que dicho mandato

¹⁴³ En especial, *vid.* la Leyes de Protección al Consumidor de 1996 y de 1992, en las que para alcanzar una verdadera defensa de los derechos de los consumidores, también se abordaban aspectos relativos a la libre competencia, por tratarse de normas que regulan ámbitos complementarios. Esta relación entre ambas disciplinas será abordada en el capítulo siguiente, al comentar los fines de la Ley de Competencia de 2004, plasmados esencialmente en su artículo 1.-“*El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*”. También sobre este tema, *vid.* la sentencia n. 67-E-2001 pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 12 de febrero de 2003, en la que se expresa que la LPC de 2005, es una norma que contribuye a dar cumplimiento al mandato Constitucional que ordena proteger a los consumidores.

¹⁴⁴ *Vid.* FUSADES, “Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia”, en *Boletín de Estudios Legales*, n. 37, Antiguo Cuscatlán, enero 2004, pp. 1 y 2, donde se expuso que la falta de una norma reguladora de la libre competencia permite la realización de prácticas anticompetitivas que impiden el libre juego de los operadores económicos, imposibilitando, que el consumidor se vea favorecido al tener mayor número de alternativas en el mercado de bienes y servicios. En sentido similar, el Centro de Estudios Jurídicos, “Condiciones Jurídicas que Debe Contemplar una Ley de Competencia en El Salvador”, *cit.*, p. 12, manifiesta que la tutela de los intereses del consumidor constitucionalmente establecida, puede ser alcanzada también en forma mediata, a través de las normas garantes del libre juego de los factores económicos en el mercado y que mientras nuestro país no contó con una ley que regulara la materia, este compromiso del legislador nacional permaneció incumplido. Sobre este tema, también puede consultarse, GÓMEZ POMAR, F., “La relación entre normativa de protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia; Una visión desde el análisis económico del derecho”, working paper n. 113, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2003, en el que se establece que ambos instrumentales persiguen el bienestar del consumidor, pero a través de mecanismos concretos, correctores de distintos fallos del mercado.

también se encontraba implícitamente contenido en la Constitución de 1950, ya que la garantía de un mínimo de condiciones de vida, así como la protección eficaz de los grupos sociales económicamente vulnerables constituye uno de los presupuestos del Estado Social.¹⁴⁵

¹⁴⁵ *Vid.* FONT- GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L. Ma., *op. cit.*, p. 13, quienes expresan que la modernización del derecho de competencia ha tenido como efecto la sustitución de la antigua regulación por otro modelo normativo socialmente abierto reclamado por la Constitución, en el que es necesario asegurar la protección de los consumidores y usuarios dentro del sistema económico de mercado, compatible con el Estado Social. En su ensayo sobre el modelo económico reflejado en la CE de 1978, el primero de estos autores, también manifiesta que en materia de libertad de empresa constitucionalmente funcionalizada, la función social supone un límite y un principio orientador de su ejercicio. Sobre este tema, *vid.* también BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema...*, *cit.*, pp. 141 y ss., quien hace notar que en las modernas sociedades, el mercado ha tenido que ser organizado y disciplinado por razones estrictamente económicas para proteger intereses sociales desasistidos, entre los que se ubican los consumidores. En este orden de ideas, la autonomía de la voluntad y por lo tanto la libertad de empresa, ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones forman parte del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea.

Objeto y fines de la Ley de Competencia

SUMARIO: 9. Consideraciones preliminares.- 10. Defensa de la competencia, no del Competidor.- 11. Protección del mercado.- 12. Derecho-obligación de competir.- 13. Protección de la competencia real y potencial.- 14. Exclusión de la regulación de la competencia desleal.- 15. Fines de la Ley.- 15.1 La promoción de la eficiencia económica.- 15.2 El bienestar de los consumidores.

9. Consideraciones preliminares

Hemos decidido comenzar nuestro examen sobre el tratamiento de los acuerdos anticompetitivos horizontales que prescribe la Ley de Competencia de El Salvador, con un capítulo dedicado al objeto y a los fines de la Ley – en adelante LC- puesto que consideramos que la claridad en el objeto protegido y en los fines perseguidos por una normativa tan novedosa en nuestro país, como la primera Ley de Competencia son fundamentales para lograr una correcta y efectiva aplicación de la misma.¹⁴⁶

¹⁴⁶ De forma general, sobre el objeto de la Ley de Competencia, *vid.* ALONSO SOTO, R., “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en *La Modernización del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005 (también en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.pdf, consultada el 15 de febrero de 2008); BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 1-67; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 253-289; sobre competencia potencial, *vid.* BAUMOL, W., PANZAR, C y WILLIG, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982; BUSH, D. and MASSA, S., “Rethinking the Potential Competition Doctrine”, en *Wisconsin Law Review*, n. 4, 2004, pp. 1035-1160; sobre la regulación de la competencia desleal, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1988 y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2001; sobre los fines de la normativa de competencia, *vid.* BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 2ª Edition, New York, 1993, pp. 50-115; CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3ª Edition, Massachusetts, 2000; DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003, pp. 32-52; SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons e Instituto del Libre Comercio, Madrid, 1998, pp. 17-37; SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 1-21; y sobre la importancia del enfoque económico, *vid.* GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., “Economía de la Competencia”, en BENEYTO PÉREZ,

En primer lugar, porque la certeza respecto del objeto protegido resulta indispensable para determinar cuáles conductas son capaces de afectarlo y cuáles no, con el fin último de poder delimitar las prácticas que deber sancionarse, por cuanto afectan el bien jurídico protegido. En segundo lugar, porque la claridad respecto de los fines protegidos por la LC también constituye un elemento esencial para lograr su adecuada aplicación, puesto que, tal como se podrá constatar a lo largo de la segunda parte de este capítulo, la determinación de los fines perseguidos por la norma coadyuva a distinguir con mayor exactitud cuáles son los acuerdos anticompetitivos que vulneran el espíritu de la Ley.

Nuestro análisis de ambos aspectos parte de un examen de la doctrina científica más relevante y de un estudio de los dos sistemas básicos de las economías occidentales - el régimen de defensa de la competencia de los EE.UU. y el de la Unión Europea- los cuales serán reiteradamente usados como referencia a lo largo de nuestro trabajo, puesto que además de haber servido como modelo para muchos de los temas regulados por la LC, hemos de señalar que hasta la fecha de conclusión de nuestro estudio, el mismo constituye el primer estudio técnico sobre estos temas.

Por otra parte, también nos remitiremos brevemente a los ordenamientos que integran nuestro entorno jurídico más inmediato- España y América Latina- con el fin de contrastar las opciones del legislador salvadoreño consignadas en la LC, con las normas de competencia aprobadas en economías y sistemas jurídicos más similares al nuestro. Y, porque en todo caso, consta que muchas de estas legislaciones fueron consultadas durante los trabajos preparativos de esta normativa.¹⁴⁷

J.M. y MAILLO GONZALEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, p. 1-30, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007; ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pp. 273-277. En la doctrina anglosajona, *vid.* especialmente los expositores de la Escuela Económica de Chicago, además de la obra de BORK, R.H., citada, por todos *vid.* GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5th edition, Los Angeles, 2004 y POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 2001.

¹⁴⁷ *Vid.* Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, p. 1, en la que consta que durante el proceso de consulta y discusión previo a la sesión plenaria de aprobación de la Ley, las distintas comisiones que estuvieron considerando el Anteproyecto de Ley que contiene el marco legal que regulará la promoción, defensa y desarrollo de la Libre Competencia en el país”, varias comisiones de parlamentarios visitaron las autoridades de competencia de la Unión Europea, España, Brasil, Argentina, Chile, México y otras más que no aparecen específicamente mencionadas. En igual forma, se recibió la asesoría de varios expertos del continente americano y en especial de Canadá, Chile, Colombia, México y Brasil.

Nuestro examen del derecho y de la jurisprudencia comparada, así como de los trabajos especializados más relevantes que hemos consultado sobre cada aspecto, se presenta en forma sintética en éste y en los demás capítulos, con la finalidad de establecer un marco conceptual, legal y jurisprudencial que permita contrastar la normativa nacional.

La parte primordial de éste y cada capítulo, la que reviste particular interés y la que dota a nuestra investigación del elemento novedoso, está conformada por el examen sobre el correspondiente articulado de la Ley, complementado con el análisis de los respectivos pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia.

Antes de entrar en materia, dado que tanto el objeto protegido, como los fines de la legislación de competencia aparecen consignados en el texto del artículo 1 LC, hemos optado por transcribirlo con el fin de facilitar su consulta a lo largo de este capítulo:

Art. 1.-“El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”.

10. Defensa de la competencia, no del competidor

El artículo 1 de la Ley de Competencia señala expresamente que la norma protege el orden concurrencial o la competencia en el mercado.¹⁴⁸ Esta mención

¹⁴⁸ Sobre el concepto de mercado que hemos adoptado para los fines de este estudio, en la teoría económica- por ser aquella que da origen al concepto- puede consultarse SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, p. 25, quienes lo definen como todo mecanismo que permite el intercambio de bienes y servicios entre vendedores y compradores. En sentido similar, FISCHER, S., DORNBUSCH, R. Y SCHMALENSEE, R., *op. cit.*, p. 53, manifiestan que el concepto de mercado es muy amplio y que puede definirse como cualquier mecanismo a través del cual los compradores y vendedores de un bien entran en contacto. Desde una perspectiva jurídica, el profesor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en su obra *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 8ª edición, Navarra, 2007, pp. 121 y 122, señala que el concepto de mercado que ofrecen los economistas es diferente del significado que tiene para el derecho mercantil. Para los economistas, el concepto de mercado está generalmente vinculado a un mercado específico o mercado relevante,

explícita de la protección de la competencia, permite situar a nuestra primera Ley de Competencia a la par de la mayoría de normas reguladoras de la libre competencia modernas de países como Brasil, Honduras, República Dominicana y Uruguay, que expresamente reconocen que se trata de un sistema normativo, que constituye una regulación diseñada para proteger un interés general representado por el orden público económico.¹⁴⁹

La Legislación de defensa de la competencia salvadoreña tiene por objeto la tutela de un interés económico general- la primacía a los intereses de la sociedad

mientras que para el derecho mercantil, el concepto de mercado es mucho más abstracto, puesto que se entiende como equivalente a tráfico económico. En sentido complementario, la voz n. 24 del Glosario de Términos emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por medio de la resolución RC-AG-08/2006 del 17 de octubre de 2006, ofrece la siguiente definición del término “mercado”: *“Lugar donde los compradores y vendedores negocian para el intercambio de determinados bienes y servicios...”*.

¹⁴⁹ En Iberoamérica, a título de ejemplo, *vid.* especialmente el Art. 1 de la Lei de Defesa da Concorrência de Brasil o Lei n. 8.884/94 de 11 junho de 1994, publicada en el D.O.U. de 13 de junho de 1994, el cual establece textualmente que: *“Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica... A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”*. En sentido similar, *vid.* Art. 3 de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, aprobada mediante D.L. n. 357/ 2005 del 16 de diciembre de 2005, publicada en La Gaceta Oficial n. 30.920 del 4 de febrero de 2006; Art. 1 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del 25 de enero de 2008 y el Art. 1 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay aprobada por la Cámara de Representantes el 10 de julio de 2007, publicada en el D.O. n. 27288 del 30 de julio de 2007, en los que se establece textualmente que se trata de leyes de orden público. Por otra parte, el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, Ley. N. 25.156 del 25 de agosto de 1999, promulgada mediante Decreto n. 1019 del 16 de septiembre de 1999, publicada en el Boletín Oficial del 20 de septiembre de 1999; Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile, aprobada mediante D.L. N° 211 de 1973, publicado en el Diario Oficial del 7 de Marzo de 2005; Art. 1 de Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, Ley n. 7472 del 20 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta n. 14 del 19 de enero de 1995; Art. 1 y Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; Art. 1 de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 2 de Ley Federal de Competencia de 1992, publicada en el D.O. de la Federación el 24 de diciembre de 1992; Art. 1 de Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, aprobada mediante D.L. n. 601 del 28 de septiembre de 2006, publicada en la Gaceta n. 206 del 24 de octubre de 2006; Art. 1 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición, publicada en la Gaceta Oficial n. 25914 del 7 de noviembre de 2007; Art. 1 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007; Art. 1 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y en Venezuela, el Art. 1 de la [Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia del 13 de diciembre de 1991](#), publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880 del 13 de enero de 1992, en cuyos textos se consigna que las normas tienen por objeto el proceso competitivo y el correcto funcionamiento de los mercados (Consideramos conveniente aclarar que a la fecha de conclusión de este estudio Ecuador, Guatemala, Paraguay aun no contaban con una Ley de Competencia y la Ley de Bolivia no pudo ser incorporado por razones de tiempo).

sobre el individuo- que consiste en el buen funcionamiento del mercado, mas no la protección de intereses empresariales individuales, por lo que, siguiendo las tendencias adoptadas en sistemas con mayor experiencia, nuestra Ley se enmarca dentro de los modelos que han reconocido que la normativa de defensa de la competencia tiene por objeto la protección de la competencia y no del competidor.

Esta alusión al objeto de protección de la normativa de defensa de la libre competencia aparece inicialmente en el modelo anglosajón en 1962, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en el caso *Brown Shoe Co, v. United States*, en la que se acuña la expresión: el derecho de competencia debe proteger la competencia y no al competidor.¹⁵⁰ Actualmente, se trata de un principio adoptado en iguales términos por varios sistemas normativos¹⁵¹ y retomado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico- OCDE, quien en los lineamientos elaborados para que sirvan como guía a los países que se encuentran en proceso de elaboración o reforma de sus leyes de competencia, ha expresado que el derecho de

¹⁵⁰ Vid. la sentencia dictada en el caso *Brown Shoe Co, v. United States*, 370 US 294 (1962), en la que la Corte Suprema de los EE.UU. señaló que: “*It is competition, not competitors, which the Act protects* (La Ley protege la competencia, no al competidor)”. En el mismo sentido, el caso *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-o-mat, Inc.*, 429 US 477 (1977), en que el Tribunal sostuvo que: “*The antitrust laws, were enacted for the protection of competition, not competitors* (Las Leyes antimonopolio fueron promulgadas para la protección de la competencia, no la del competidor)” y más recientemente, en *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US __ (2007).

¹⁵¹ Específicamente en España, vid. DE CASTRO, F., “Notas sobre las Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, N.4, 1982, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, p. 1046, quien hace notar que el concepto de orden público económico aparece por primera vez en la legislación española en la exposición de motivos de la primera ley de competencia de ese país. Por su parte, ALONSO SOTO, R., “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en *La Modernización del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons- Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005, disponible también en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.pdf (consultada el 15 de febrero de 2008), considera conveniente resaltar que la finalidad del derecho de competencia es la protección de la competencia en beneficio del mercado y no la tutela de los competidores u otros operadores que puedan verse afectados. Un sector mayoritario de la doctrina española también considera que se trata de una disciplina que debe proteger la dimensión objetiva de este mecanismo que sirve para garantizar el correcto funcionamiento de las fuerzas del mercado, más allá de la protección que los agentes que en él intervienen puedan merecer y que además es objeto de otras disciplinas afines como la competencia desleal. Más adelante, dedicamos algunas páginas a la distinción entre la defensa de la libre competencia y la prohibición de la competencia desleal. Sin embargo adelantamos, que ROBLES MARTÍN-LA-BORDA, A., *op. cit.*, p. 62, expresa que la esfera jurídica del empresario competidor es protegida por la competencia desleal, mientras que la defensa de la libre competencia tiene una dimensión estrictamente objetiva, tuitiva del interés general. En sentido parecido, SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons e Instituto del Libre Comercio, Madrid, 1998, pp. 20 y ss., explica que la defensa de la competencia se sitúa en el mercado-institución y no en el mercado-negocio privado.

la competencia debe preservar el proceso competitivo y no a los agentes que en él intervienen.¹⁵²

Además de la jurisprudencia norteamericana citada al inicio, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países europeos- como España, también se han inclinado por una regulación que protege la competencia y no al competidor,¹⁵³ puesto que las resoluciones emanadas de la autoridad de competencia nacional, reconocen que la competencia constituye un elemento substancial para el correcto funcionamiento del modelo de organización económica que debe ser protegido en una economía de mercado.¹⁵⁴

Con el fin de concretar el objeto de protección del derecho de competencia, es indispensable partir de la determinación del alcance de este concepto. Se trata de un vocablo que puede definirse de varias maneras y que a lo largo del tiempo ha sido identificado con distintas acepciones. Sin embargo, para los propósitos de este estudio, hemos considerado adecuado remitirnos a una de sus definiciones más clásicas, en la que a partir de los elementos más esenciales que integran el concepto, la competencia se define en su acepción más amplia como la concurrencia de pretensiones o esfuerzos para conseguir una misma cosa.¹⁵⁵

¹⁵² Vid. el documento de la OCDE y el BM, *cit.*, p. 2, en el que se establece que el objeto más comúnmente citado en las normas de Canadá y de EE.UU., es la protección del proceso competitivo o de la libre competencia.

¹⁵³ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, *vid.* la STC 208/1999 del 15 de noviembre, publicada en el BOE n. 300 del 16 de diciembre de 1999, donde el TC manifestó que “*la normativa de competencia está dirigida a salvaguardar un interés general, la ordenación o el buen funcionamiento del mercado*”; así como la STC 71/1982 del 30 de noviembre de 1982, publicada en el BOE n. 312 del 29 de diciembre de 1982 y la STC 88/1986, publicada en el BOE n. 174 del 22 de julio de 1986, en las cuales el TC ha manifestado que el derecho de competencia debe prohibir las prácticas anticompetitivas que atenten sensiblemente contra la estructura del mercado.

¹⁵⁴ Para un reconocido sector de la doctrina española, cuando la libre concurrencia no se encuentra expresamente tutelada por el texto constitucional, ésta puede naturalmente derivarse de la libertad de empresa, que deber regir en un sistema de mercado libre. Sobre este tema, *vid.* FONT- GALÁN, J.I., “Notas sobre el Modelo Económico de la Constitución Española de 1978”, *cit.*, p. 222, quien a partir de una síntesis de los expositores de la escuela de Friburgo llega a la conclusión indiscutible que el sistema de economía de mercado lleva aparejada la defensa de la libre competencia. Sobre la relación entre la libertad de empresa, el libre mercado y la defensa de la competencia, *vid.* también, ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, p. 316 y RUIZ-RICO RUIZ, G., “La Libertad de Empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia” *cit.*, p. 240. Desde una visión constitucionalista, GOIG MARTÍNEZ, J.M., *op. cit.*, p. 743, concibe la competencia como principio rector de toda la economía de mercado y no un simple derecho que dimana de la libertad empresarial.

¹⁵⁵ Vid. Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, Madrid, 2001, en el cual la voz “competencia”, es definida como: “1. Disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa. 2. Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa”.

Aunque siempre pueden existir diversas definiciones, jurídicas como económicas, actualmente, tanto los estudios europeos, como los anglosajones más autorizados han coincidido que debe partirse de la definición clásica básica citada, señalando que la competencia o *cum petere* puede definirse como concurrencia de peticiones por obtener un mismo objeto o como proceso de rivalidad por obtener un mismo objetivo o premio; el cual, en el ámbito de las relaciones económicas está representado por el mercado.¹⁵⁶

Hemos de señalar brevemente, que esta concepción de la competencia como rivalidad, se aleja de la visión microeconómica de competencia como situación perfecta del mercado. Si bien para los economistas, el concepto de competencia tiende a identificarse con una situación de competencia perfecta, la cual incluye-entre otros elementos- la existencia de un mercado caracterizado por la presencia de una gran variedad de oferentes,¹⁵⁷ la concepción jurídica moderna de competencia reconoce que este concepto no se identifica con las condiciones estructurales de un mercado caracterizado por la existencia de un número elevado de agentes

¹⁵⁶ Vid. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, 8ª edición, México D.F., 1987, pp. 221 y ss., quien explica que el término competencia se usa para referirse a una carrera para obtener una oferta limitada o para librarse de un exceso de oferta. En sentido similar, STIGLER, G., *Historia del Pensamiento Económico*, traducido por Emilio M. Sierra, El Ateneo, México, 1979, p. 144, reconoce que la idea de lucha entre empresarios es la que mejor representa la idea de competencia y que ésta fue inicialmente explicada por Adam Smith a finales del siglo 19. Con varios años de anterioridad a la obra de ambos autores, CLARK, J.M., "Toward a Concept of Workable Competition", en *The American Economic Review*, Vol. XXX, N. 2, June 1940, p. 243, manifestó que, partiendo de una concepción genérica, la competencia puede definirse como un proceso de rivalidad entre oferentes de un mismo producto.

¹⁵⁷ Por todos, vid. CABRAL, L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 2000, pp. 85 y 86, quien recuerda que el modelo de competencia perfecta está basado en 5 supuestos básicos: la existencia de un mercado atomizado; homogeneidad del producto; existencia de información suficiente; igualdad de condiciones de producción de los oferentes; y, libre entrada. Siempre desde la perspectiva económica, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3ª Edition, Massachusetts, 2000., pp. 54 y ss., consideran que el modelo de competencia perfecta está basado en 7 supuestos que difieren en parte, de los que propone CABRAL, aunque coinciden en señalar que generalmente se identifica el modelo de competencia perfecta con un mercado en el que existe una gran cantidad de compradores y vendedores, de tal suerte que ninguno tiene la capacidad para fijar precios. En sentido parecido, sobre el concepto de competencia, SCHERER, F.M. and ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3ª edition, Princeton, 1990, pp. 15 y ss., establecen que la competencia puede definirse desde dos enfoques: el conductual y el estructural. El concepto microeconómico parte del enfoque estructural, el cual establece que se entiende que existe una situación de competencia cuando existe un número tan elevado de oferentes de un producto homogéneo, que impide que alguno de ellos tenga la capacidad para fijar precios.

económicos del lado de la oferta, sino con la existencia de relaciones de rivalidad vigorosa entre los operadores presentes, tal como hemos señalado.¹⁵⁸

Desde una perspectiva más específica al ámbito de las relaciones comerciales, competencia significa la concurrencia entre agentes económicos por apropiarse de una misma clientela, a quienes interesan bienes o servicios similares o sustituibles entre sí.¹⁵⁹ Se trata de un proceso de rivalidad entre agentes económicos independientes, quienes luchan por apropiarse del mercado. Esta dinámica fuerza a los participantes o concurrentes a mantenerse en una constante tensión, que los obliga a intentar producir u ofrecer mejores productos y a menores precios, que sus rivales.¹⁶⁰

¹⁵⁸ En muchos estudios calificados, se ha entendido que el concepto de competencia debe reflejar la dinámica que surge entre los agentes económicos que actúan en el mercado, alejándose de la visión estática ofrecida por el concepto microeconómico basado en la estructura del mercado. Sobre este tema, *vid.* McNULTY, P. J., “Economic Theory and the Meaning of Competition”, en *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 68, Vol. 82 Issue 4, p. 640, quien citando a HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, Chicago University Press, 1960, p. 265, manifiesta que existe un gran contraste en la literatura especializada entre la competencia como estructura de mercado y la idea de competencia analizada desde el enfoque conductual, pero que jurídicamente este concepto debe abordarse desde el enfoque conductual puesto que la Ley únicamente puede prohibir actos. En sentido similar, más recientemente, *vid.* SCHERER, F.M. and ROSS, D., *op. cit.*, pp. 15 y 16, quienes hacen notar que desde los tiempos de Adam Smith, el concepto de competencia ha sido identificado con la existencia de rivalidad entre los agentes económicos que luchan por apropiarse del mercado. Un número elevado de agentes es deseable y favorable a la existencia de competencia, pero la misma puede darse aun en presencia de únicamente dos operadores. Por su parte, también ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *La Competencia en Sectores Regulados*, Comares, Granada, 2003, pp. 308 y 309, citando a TERMES, R. y otros, *Libro Blanco sobre el Papel del Estado en la Economía Española*, Instituto Superior de Estudios Empresariales, Madrid, 1996, p. 125, coinciden que la competencia es ante todo un proceso dinámico de rivalidad y no una situación o modelo en el que existen múltiples oferentes que ofrecen el mismo producto y a un precio similar.

¹⁵⁹ Si bien el derecho se ha interesado considerablemente en la competencia empresarial, ésta no deja de ser un fenómeno económico, por lo que es necesario estudiarlo a partir de ambos enfoques. Sobre este tema, *vid.* HUERTA DE SOTO, J., “La teoría de la Eficiencia Dinámica”, en *Procesos de Mercado*, Revista Europea de Economía Política, Vol. I, N. 1, Unión Editorial, Madrid, primavera 2004, pp. 28 y 29, en el que desde una concepción económica, este autor señala que el proceso empresarial es ante todo un proceso de rivalidad en el que los empresarios compiten unos con otros por descubrir antes que nadie y aprovecharse antes que los demás, de las oportunidades de ganancia que el mercado ofrece. Por su parte, GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, p. 12, reconoce que el concepto de lucha o rivalidad es el que mejor define la idea de competencia, la cual en el ámbito de la economía puede definirse como la lucha por la conquista del cliente.

¹⁶⁰ *Vid.* GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., “Economía de la Competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ - ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 30-34, quien explica que la sustituibilidad determina la posibilidad que tienen los consumidores para orientar su demanda hacia otros productos. En sentido similar, STIGLITZ, J.E. y WALSH, C.E., *Economics*, 3rd. Edition, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 2002, p. 281 y SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILLARTE, J., *op. cit.*, p. 168, hacen referencia a una característica de la competencia, con base en la cual este proceso de rivalidad sólo puede darse entre productos idénticos o suficientemente similares para ser sustituibles unos por otros.

Este proceso o tensión competitiva entre los operadores económicos fomenta un esfuerzo continuo por ofrecer lo que el mercado demanda, obligando a quienes participan a buscar formas para hacer su oferta más atractiva que los demás competidores. Este proceso genera una presión que obliga al agente económico a producir con mayor eficiencia: a hacer el mejor uso posible de los recursos de los que dispone, a producir los bienes que tienen mayor demanda y a tratar de innovar aprovechando el progreso tecnológico,¹⁶¹ para lograr satisfacer las necesidades de los consumidores.¹⁶²

En el sistema salvadoreño, hemos de señalar que la definición del término competencia adoptada por el Glosario de Términos elaborado por el Consejo Directivo de la SC retoma muchos de estos elementos e identifica el concepto de competencia con el de rivalidad entre agentes económicos. El Glosario define la voz *competencia* como “una situación de mercado en que los agentes económicos luchan, de forma independiente por una clientela de compradores”.¹⁶³

En la aplicación de la normativa, en la improcedencia pronunciada en la denuncia registrada con la referencia SC-003-D/PA/NR-2008, la Superintendente manifestó que los comportamientos empresariales anticompetitivos deben ser reprehendidos a partir de sus efectos en el orden concurrencial y no a partir de los efectos que estos

¹⁶¹ Vid. ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 274, quien explica la competencia como la pugna por la conquista del mercado, de modo que prevalezca la eficiencia, constituyendo el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo adecuado sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes. En el mismo sentido, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso *Northern Pacific Railway Co. y otros Vs. United States* 356 US 1 (1958) “...*unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress...* (la interacción libre de las fuerzas competitivas dará paso a la mejor asignación de los recursos económicos, a los precios más bajos, a la más alta calidad y al mayor progreso material)”, traducción nuestra.

¹⁶² Si bien más adelante dedicamos un apartado a los beneficios que la competencia genera para los consumidores, cabe mencionar que la Defensoría del Consumidor de El Salvador, en su documento *Política Nacional de Protección al Consumidor*, presentado en San Salvador, en agosto 2007, p. 7, manifiesta que una de las condiciones para lograr el funcionamiento óptimo de los mercados, en el marco de la libre interacción de la oferta y la demanda es la promoción de productos o servicios estandarizados o perfectamente sustitutivos [ya que ello intensifica la competencia].

¹⁶³ Vid. el *Glosario de Términos* emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, cuya voz n. 5 define el término competencia como “*situación del mercado en que los agentes económicos luchan, de forma independiente, por una clientela de compradores para alcanzar un objetivo empresarial concreto, por ejemplo utilidades, ventas o una mayor participación de mercado. La rivalidad entre agentes económicos puede referirse a los precios, a la calidad, al servicio o a una combinación de éstos y de otros factores que puedan valorar los consumidores. Da origen al bienestar del consumidor y a mayor eficiencia.*”

puedan tener en los aspectos privados de las relaciones entre agentes económicos, reafirmando la opción legislativa de proteger la competencia y no al competidor.¹⁶⁴

Con casi dos años de diferencia, el CDSC reiteró este criterio, en el recurso de revisión planteado por los operadores de viaje sancionados en el cártel de “Las Agencias de Viaje”, en cuya resolución la entidad decisoria reunió en una misma categoría el objeto y los fines de la Ley, para indicar que el aparataje de defensa de la competencia no está diseñado para proteger a los competidores, sino que la competencia, la libertad económica, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.¹⁶⁵

A partir de la definición del Glosario, así como del análisis de éstos y otros pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia puede deducirse que la autoridad de competencia salvadoreña también considera que la valoración de las

¹⁶⁴ Sobre el objeto protegido por la LC, *vid.* improcedencia pronunciada el 28 de febrero de 2008 en el caso SC-003-D/PA/NR-2008, donde la SC manifestó que “*el objeto de la Ley de Competencia es promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la eliminación de prácticas anticompetitivas que limitan la competencia o impiden el acceso al mercado de cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores no es equivalente al de la tutela de los intereses comerciales de dos o más agentes económicos en un mercado en particular*”. Sin embargo, aunque la esfera particular de los operadores económicos no sea el bien jurídico protegido, cabe mencionar que la LC ha reconocido que los efectos sobre terceros constituyen un criterio para la determinación de la cuantía de la multa a aplicar a los infractores. Al respecto *vid.* Art. 37 LC, en el que se establece que: “*Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros...*”, considerado en forma expresa en las resoluciones finales de los procedimientos sancionadores SC-009-O/PA/R-2007, SC-008-O/PA/R-2007 y SC-007-O/PA/R-2007, todas del 11 de septiembre de 2007, en las cuales el CDSC manifestó que el daño causado a los competidores de las empresas distribuidoras de energía eléctrica debía tomarse en consideración para la determinación de la cuantía de las multas a aplicar en cada caso.

¹⁶⁵ Puede consultarse el recurso de revisión resuelto el 11 de agosto de 2009, en el caso SC-001-O/PA/NR-2009, donde el Consejo Directivo textualmente manifestó que “*es dable afirmar que entre los bienes tutelados por el Derecho de Competencia y, en particular, por la Ley de Competencia, se encuentran la competencia, la libertad económica, el bienestar del consumidor y la eficiencia de los mercados; por ello, las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, el régimen sancionador y los instrumentos procedimentales están diseñados para proteger estas categorías jurídicas y no a un agente económico en particular*”.

conductas anticompetitivas debe hacerse con base en la afectación causada al proceso competitivo,¹⁶⁶ entendido como pugna o rivalidad por apropiarse del mercado.¹⁶⁷

La Ley de Competencia tiene por objeto la defensa del orden concurrencial y no de los competidores, quienes tal como se menciona en la improcedencia citada, pueden ser objeto de tutela de otras normas, como la legislación reguladora de la competencia desleal, examinada más adelante en un apartado posterior de este mismo capítulo.

11. Protección del mercado

La normativa de defensa de la libertad de competencia interviene en las relaciones económicas para resguardar la concurrencia entre empresarios desde su

¹⁶⁶ En la autorización de concentración SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, el CDSC manifestó que la concentración económica bajo consideración “*no representa un peligro potencial de afectación a las condiciones de competencia en el sector, por ello, en el presente caso no se requiere evaluar otros aspectos...*”. En las SC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007, donde el CDSC autorizó la concentración, porque “*no existe ningún mercado relevante afectado como resultado de ésta*”; y, SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007, el CDSC autorizó la concentración porque la operación “*traída a conocimiento de este Consejo Directivo, no provocará una limitación significativa de la competencia, en los términos del artículo 34 de la LC, ya que aquella operación no incide significativamente en la composición estructural de los mercados analizados*”; y en el procedimiento sancionador SC-017-D/PA/NR-2006 del 8 de noviembre de 2007, el CDSC manifestó que “*la necesidad de contar con una autorización para poder ingresar a los recintos en cuestión no se justifica desde el punto de vista del derecho de competencia, por el contrario, constituye la imposición de un requisito innecesario que limita y restringe la competencia e impide el acceso al mercado a cualquier agente económico*”.

¹⁶⁷ Vid. BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, p. 15, quien manifiesta que la función administrativa en la defensa de la competencia, no puede comprenderse sin conocer en qué consiste esa competencia que se debe defender. Sin embargo, este autor también hace notar que no existe una noción uniforme de este concepto. Para los fines de este estudio, hemos considerado que la definición que mejor se adapta a la idea actual del proceso competitivo, es aquella que lo define como proceso de rivalidad entre agentes económicos por adueñarse del mercado. Esta postura adoptada, entre otros, por GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil, cit.*, pp. 221 y ss., quien explica que en el ámbito de las relaciones económicas, el término competencia se usa para referirse a una carrera para obtener una oferta limitada o para librarse de un exceso de oferta; STIGLER, G., *Historia del Pensamiento Económico*, El Ateneo, México, 1979, p. 144, reconoce que la idea de lucha entre empresarios es la que mejor representa la idea de competencia, también es sostenida por ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 274, explica la competencia empresarial como la pugna por la conquista del mercado; ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *op. cit.*, p. 312, confirman que la idea de rivalidad corresponde a la concepción original del término competencia que ha sido ratificada en los últimos tiempos por numerosos economistas; y, en igual sentido, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, p. 253. Sin embargo, el ultra liberal BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 58-61, considera que la idea de rivalidad no es la que mejor refleja el concepto de competencia jurídicamente protegible, el cual él resume como un estado de cosas que no puede ser mejorado a través de la intervención judicial.

dimensión institucional,¹⁶⁸ como mecanismo ordenador de las relaciones económicas y como dinámica tuitiva de un interés general encarnado en el mercado.¹⁶⁹ Esta es la función que esta normativa pretende cumplir y que la lleva a ser concebida como una disciplina de orden público económico, en la medida en que contribuye a conservar el correcto funcionamiento del mercado, como institución fundamental del orden económico.¹⁷⁰

La Ley de Competencia salvadoreña también adopta este criterio, puesto que desde sus primeras líneas expresa que su objeto primordial es la protección de la competencia y del mercado. Se trata de una tutela refleja, que resulta de la vinculación que existe entre la defensa de la competencia y el correcto funcionamiento del mercado,¹⁷¹ basada en la indisociable relación entre el mercado como realidad y

¹⁶⁸ Vid. SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, p. 99 y ss., quien expone que la sociedad tal como la conocemos, no es concebible sin mercados definidos institucionalmente y protegidos como instituciones esenciales del ordenamiento económico. En sentido similar, FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L. Ma., *op. cit.*, p. 16, exponen que en la actualidad, es necesario redefinir las funciones económicas de la competencia desde una visión objetiva, desde una concepción institucional de la misma. En la literatura nacional, MAGAÑA, A., “El Concepto de Monopolio del artículo 110 de la Constitución”, *cit.*, p. 8, enfatiza que en el ordenamiento jurídico-constitucional salvadoreño, la normativa de competencia, que aun estaba siendo discutida en ese momento, constituye un reconocimiento de la necesidad de una intervención estatal que garantice un mínimo de condiciones para el buen funcionamiento del mercado.

¹⁶⁹ Sobre el tema, *vid.* SORIANO GARCÍA, J.E. *op. cit.*, pp. 93 y ss., quien manifiesta que el mercado amerita protección estatal por cuanto constituye el ámbito indispensable para la realización de las libertades económicas, en el que la competencia se erige como garantía institucional del buen funcionamiento del mismo, puesto que la libertad individual de cada operador sólo puede garantizarse en la medida en que se garantice la de todos de forma general. En sentido similar, CASES PALLARES, L., *op. cit.*, pp. 52 y 53, expresa que la normativa de competencia constituye un instrumento de ordenación de las conductas en el mercado. En este sentido, la intervención normativa del Estado constituye un instrumento de defensa de los intereses de orden público encarnados en la libertad de mercado. En sentido parecido, *vid.* IMMENGA, U., *op. cit.*, pp. 19-21, quien explica que el mercado es un sistema auto dirigido, donde la producción de bienes y servicios aparece determinada por la demanda de los distintos niveles económicos, en el cual el Estado – en principio- aparece privado de poder de intervención. No obstante ello, el derecho del mercado convierte al mercado en objeto de regulación con el fin de tutelar los beneficios esperados como resultado de la acción del mercado, que trascienden la autonomía privada.

¹⁷⁰ Sobre este tema, puede considerarse la literatura citada en la nota 152 *supra*, así como ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op.cit.*, p. 24, quienes agregan que el derecho de la competencia es derecho público económico, puesto que sus normas se centran en tutelar intereses colectivos- como el buen funcionamiento del mercado-, más allá de los intereses privados sobre los cuales también pueda repercutir benéficamente. En el mismo sentido, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 276, considera a todo el derecho de competencia como fenómeno unitario de tutela del buen funcionamiento del mercado.

¹⁷¹ *Vid.* el texto completo del artículo 1 de la Ley de Competencia, transcrito al inicio de este capítulo.

la competencia como mecanismo de interacción entre agentes económicos, que da lugar al mejor de los equilibrios posibles.¹⁷²

Esta protección conjunta consignada en la Ley de Competencia salvadoreña –así como en otras leyes de defensa de la competencia–¹⁷³ obedece a una tendencia seguida en varios ordenamientos jurídicos que han adoptado el sistema de libre economía.¹⁷⁴ Mercado y libre competencia representan dos de las instituciones más fundamentales de este modelo de organización económica y constituyen además elementos interdependientes.¹⁷⁵

Desde una concepción jurídica, un régimen de libre economía o de economía de mercado implica la ausencia de regulación estatal directa en el proceso económico que vive un país.¹⁷⁶ Libre economía y economía de mercado vendrían a ser dos

¹⁷² Si bien sobre este tema existe abundante literatura económica, para los fines de nuestra investigación, nos referimos a STIGLITZ, J.E. y WALSH, C.E., *op. cit.*, pp. 25 y ss., señalan que el mercado es ese mecanismo en el que compradores y vendedores interactúan para determinar el precio y cantidad de los bienes producidos; el equilibrio se produce cuando existe coincidencia o balance entre la oferta y la demanda. Véase en sentido complementario, SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, pp. 279, quienes resumen el concepto de equilibrio perfecto asociándolo con el de competencia perfecta: El equilibrio perfecto es ese conjunto de condiciones de mercado en el que se maximiza la ganancia de todos los intervinientes, ya que no es posible mejorar la situación de unos sin afectar negativamente a los otros. En microeconomía, este equilibrio también es conocido como *Optimo de Pareto* en atención al nombre de su creador, el economista Wilfredo Pareto.

¹⁷³ Por ejemplo, la normativa italiana, denominada Normas para la Tutela de la Concurrencia y del Mercado o Legge n. 287 del 10 ottobre 1990, publicada en la Gazzetta Ufficiale n. 24 del 13 de octubre 1990. En el sistema español, *vid.* el Numeral I del Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en el que se consignó textualmente que: “*La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o de las técnicas más eficientes*”.

¹⁷⁴ *Vid.* el capítulo I de este estudio, en el cual hemos examinado en detalle el modelo económico que se desprende de las cláusulas económicas de la Constitución de El Salvador de 1983.

¹⁷⁵ En la mayoría de los casos, libertad de competencia y libre mercado aparecen también asociados con la protección constitucional que en países como el nuestro, se confiere a la libertad de empresa. En el modelo español, CE de 1978, en el Art. 38 se establece que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Véase también CN de El Salvador de 1983, en cuyas cláusulas económicas no aparece mención expresa a la competencia o al mercado, sino únicamente a la libertad económica (Art. 102) y a la libertad empresarial (Art. 110). Sin embargo, tal como se concluyó en el capítulo I de este trabajo, la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la relación entre todos estos elementos, al señalar que la libertad empresarial implica libertad económica en un régimen de libre competencia (Sentencias de inconstitucionalidad de la SCN de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador 2-92 del 26 de julio de 1999 y 8-87 del 28 de septiembre de 1989).

¹⁷⁶ Para la definición económica, *vid.* SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, pp. 25-29, quienes explican que una economía de mercado es un modelo de organización económica que funciona con base en la autorregulación de los diversos agentes que en él intervienen. En una

términos que describen un mismo fenómeno: una economía basada en el mercado al que se confía el desenvolvimiento del proceso económico.¹⁷⁷ Sin embargo, si bien se parte de la ausencia de una intervención o regulación directa, para asegurar el correcto funcionamiento de la oferta y la demanda a través de la libre concurrencia, también se reconoce que el mercado requiere una protección mínima que debe ser garantizada por el Estado.

Esta intervención estatal necesaria, pero estrictamente indirecta en la mayoría de sectores de actividades económicas,¹⁷⁸ se manifiesta en parte, a través del accionar de

economía de mercado, los agentes económicos organizan libremente sus conductas con base en las leyes de la oferta y la demanda. En sentido similar, VON MISES, L., *La Acción Humana: Tratado de Economía*, traducido por Joaquín Reig Albiol, Unión Editorial, 6ª edición, Madrid, 2001, p. 313. Para la perspectiva jurídica-constitucional, vid. BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema Económico*, cit., p. 140 y ss., explica que se entiende por economía de mercado, una organización económica en la cual el desenvolvimiento del proceso económico es confiado al mercado. Por otra parte, GARCÍA-PELAYO, M., *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2863 y ss., agrega que la economía de mercado se opone tradicionalmente a la economía planificada por el Estado, pero que tiene sus modulaciones según el sistema en el que se inserte. En este sentido, señala que la economía de libre mercado propia, es aquella en la que el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica, pero sin accionar él mismo... y que la economía social de mercado estima que la libre competencia es el mejor de los sistemas para asegurar el bienestar de todos, admitiendo cierta intervención del Estado para garantizarla.

¹⁷⁷ Vid. BASSOLS COMA, M., *op. cit.*, pp. 140 y ss., quien expone que los presupuestos indispensables para el funcionamiento del mercado han sido tradicionalmente ofrecidos por el derecho privado, pero que esto ha conducido a disfunciones que han determinado la introducción de una acción correctora del Estado y que ha tenido su reflejo en la aparición de una disciplina pública de la economía y ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J.M., “Algunas Ideas Básicas sobre Regulación de Sectores Estratégicos” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 9, enero-abril, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, p. 10, con especial referencia a los sectores liberalizados, estos autores agregan que ciertas tensiones o alteraciones del mercado que no pueden corregirse en forma espontánea, deben ser remediadas por la regulación.

¹⁷⁸ Aunque en sistemas de libre mercado se abogue generalmente por una intervención mínima del Estado en la economía, existe cierta aceptación para que en sectores de actividades económicas que satisfacen una necesidad esencial o sectores económicos regulados, la injerencia tienda a ser mayor. Sobre este tema, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005, p. 357 y ss., comentan que de forma general, la regulación estatal pretende maximizar los beneficios que la eficiencia y el correcto funcionamiento del mercado proporcionan. Por otra parte, ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op. cit.*, pp. 534 y ss. y 599 y ss., precisan que la regulación se justifica cuando existen intereses públicos, comunes, superiores que no pueden satisfacerse por la sola actuación del mercado. También expresa una opinión similar, ROLDAN MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 42- 50, quien comenta que en los servicios de interés económico general, existe un interés del Estado en garantizar prestaciones básicas del servicio para los ciudadanos, que no pueden asegurarse por la autorregulación del mercado. En igual sentido, CASES PALLARES, L., *op. cit.*, pp. 34-38, establece que en los sectores regulados, por lo general es necesario combinar la normativa *antitrust* con otra serie de reglas que aseguren el correcto funcionamiento de estos mercados que no han estado anteriormente sometidos a las reglas del libre mercado. También puede consultarse, Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro*

derecho de competencia.¹⁷⁹ La defensa de la concurrencia empresarial mediante normas jurídicas indirectas ha sido catalogada como una de las reglamentaciones menos restrictivas y menos invasoras de la libertad de mercado, entre las posibles formas de intervención estatal en la economía.¹⁸⁰ El Estado propicia la competencia a través de una regulación marco que establece las reglas generales del funcionamiento del mercado, sin ordenarlo directamente o sin llegar a sustituirlo mediante reglas directas.

La protección de la competencia es una forma de regulación que ha sido catalogada como paradójica, puesto que limita la libertad individual para preservar la libertad del mercado,¹⁸¹ el cual desde la perspectiva constitucional, constituye el

Verde sobre los Servicios de Interés General, cit., pp. 18 y ss. y ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op. cit.*, pp. 610 y 624 y ss., donde se expresa que por tratarse de servicios que satisfacen necesidades básicas, muchos de estos servicios públicos deben brindarse conforme a ciertas características y reglas que aseguren la calidad y la seguridad del suministro ininterrumpido. En el mismo sentido, MILLÁN, J., *Entre el Mercado y el Estado: Tres Décadas de Reformas en el Sector Eléctrico de América Latina, cit.*, p. 42, apunta que la regulación o la intervención estatal pretende garantizar la seguridad del suministro del servicio de bienes esenciales.

¹⁷⁹ Vid. DEQUIROS, L.B., “Liberalización, Desregulación y Mercado”, en AA.VV., *Derecho Administrativo Económico*, dirigido por Eduardo Ortega Martín, número monográfico en Cuadernos de Derecho Judicial XII-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 224 y ss., quien manifiesta que la existencia del libre mercado no elimina la necesidad del Estado, quien se erige como un actor fundamental para determinar las reglas del juego. Por su parte, GELLHORN E. y otros, *op. cit.*, p. 58, manifiestan que el derecho *antitrust* resulta necesario porque los mercados no siempre son naturalmente competitivos. Esta normativa pretende evitar que las reglas del libre mercado sean sustituidas por reglas privadas acordadas por los operadores económicos. Desde la teoría microeconómica, en sentido similar, CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 9 y 10, expresa que desde la perspectiva de la organización industrial, la función principal de las políticas públicas que intervienen en las relaciones económicas, se justifican para evitar las consecuencias negativas del poder de mercado de los agentes económicos.

¹⁸⁰ Vid. SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, pp. 38 y ss., quien es de la opinión que el derecho de competencia viene a ser una reglamentación poco o menos restrictiva e invasora que aquella basada en órdenes y controles directos, como la fijación de precios y cuotas de mercados, entre otros. También expresan ideas similares, ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op. cit.*, pp. 295-306, quienes exponen una síntesis de las modalidades de la actuación administrativa en la vida económica. Desde una concepción económica, SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, p. 332, expresan que la regulación directa consiste en una serie de reglas o normas gubernamentales emitidas para controlar las decisiones empresariales respecto del precio, la venta o la producción.

¹⁸¹ La primicia en el uso de esta expresión, se atribuye al Juez de los EE.UU., Robert Bork quien en 1978 publicó la primera edición de su obra “*The Antitrust Paradox*”, *cit.*, donde expuso que la paradoja del derecho *antitrust* reside en la contradicción que puede haber entre estimular al empresario a competir por el mercado y luego castigarlo cuando alcanza posiciones dominantes en el mismo. Sin embargo, BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, p. 3, considera que el derecho de la competencia es paradójico porque habilita la intervención del Estado en uno de los campos que le han sido más ajenos, ya que la idea de competencia se contrapone a la de intervención pública, mientras que SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, p. 18, manifiesta que la paradoja del derecho de competencia reside en la función de preservación del mercado, sin el cual no habría libertad de empresa y la de la libre iniciativa, sin la cual no habría mercado.

mecanismo indispensable para garantizar la libertad empresarial.¹⁸² La defensa jurídica de la competencia pretende impedir que el ejercicio irrestricto de la libertad de algunos operadores económicos llegue a destruir la libertad del mercado.¹⁸³ Este objetivo legitima esta intervención estatal indirecta en las relaciones económicas.¹⁸⁴

¹⁸² En la jurisprudencia de la SCN, *vid.* Inc. 2-2002 y 8-2004, en las que la Sala ha expresado que “... la distribución razonablemente igualitaria de la libertad permite inferir que el mercado irrestricto y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugna valores como la justicia, la igualdad, el bienestar general y la misma libertad...”. En la jurisprudencia española, *vid.* STC 88/1986 del 1 de julio y STC 112/2006 del 6 de abril publicada en el BOE n. 110 del 9 de mayo de 2006, donde el TC ha manifestado que la defensa de la competencia es considerada “como una defensa y no como una restricción a la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”. Puede considerarse también, la STC 225/1993 del 8 de julio de 1993, publicada en el BOE n. 183 del 2 de agosto de 1993, donde el TC manifestó que “De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de un libertad de decisión, no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad, en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también por otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”.

¹⁸³ Sobre el objeto protegido por la primera Ley de Competencia de El Salvador, FUSADES ha manifestado que a diferencia de las legislaciones clásicas, esta Ley se configura como medio de protección de un valor constitucional en el que se basa el sistema económico. Sobre este tema, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, *cit.*, pp. 2 y 3. Sobre el mercado como objeto de protección, *vid.* IMMENGA, U., “El Derecho del Mercado”, *cit.*, pp. 7 - 26, donde este autor desarrolla la necesidad de reconocer la autonomía de la rama del derecho económico conocida como derecho del mercado, en virtud de las particularidades y de la importancia que este mecanismo tiene para la vida económica de un país y que no alcanza a ser protegido a través de las reglas de derecho privado, ni a través de las normas que regulan la intervención estatal en la economía. En forma complementaria, *vid.* las consideraciones y la bibliografía citada *supra* en las notas 152 y 171.

¹⁸⁴ Sobre la justificación de la intervención estatal en la economía, para asegurar un marco de protección de la libre competencia, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO B., S., *op. cit.*, p. 89, donde este autor manifiesta que el marco de la economía de mercado no excluye, sino que por el contrario permite y, en ocasiones impone la actuación de los Poderes Públicos en el campo económico. En sentido similar, CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 9 y GELLHORN E. y otros, *op. cit.*, p. 58. También pueden considerarse las opiniones de SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, pp. 38 y ss., quien considera que el derecho de competencia viene a ser una reglamentación poco o menos restrictiva e invasora que aquella basada en órdenes y controles directos, como por ejemplo, la fijación de precios y cuotas de mercado. Por otra parte, entre los expositores de la Escuela de Chicago, encontramos que el Juez BORK, R.H., *op. cit.*, p. 418, expresó que “*antitrust was originally conceived as a limited intervention in free and private processes for the purpose of keeping those processes free. Its’ tempered laissez faire in order to preserve a free market system*”.

A la Ley de Competencia se le confía la tarea de ordenar la concurrencia, para impedir que los excesos de libertad individual destruyan el equilibrio del mercado, procurando preservar el mayor aprovechamiento de los recursos productivos dentro del mayor grado de libertad económica.¹⁸⁵ Es por ello que en el capítulo I de este estudio concluíamos que la normativa de competencia constituye la concreción de los mandatos contenidos en los artículos 101, 102 y 110, todos de la Constitución de 1983,¹⁸⁶ ya que la protección del orden concurrencial en el mercado se desprende como corolario básico del modelo económico contenido en nuestra Constitución, en el que la libertad económica –como manifestación especial del derecho general de libertad- y la libertad de empresa- como modalidad especial de la libertad económica- se encuentran expresamente garantizadas- y constituyen uno de los fundamentos constitucionales de la LC- mientras que la libre concurrencia se deriva como un elemento inherente a la misma.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Sobre el derecho de competencia como límite al abuso de la libertad de empresa, *vid.* ALONSO SOTO, R., “El Interés Público...”, *cit.*, pp. 8 y 9, quien señala que esta rama del derecho contribuye a impedir los excesos de la libertad de empresa, por lo que corresponde al Estado ordenar la concurrencia para lograr el máximo aprovechamiento de los recursos productivos dentro del mayor grado de libertad económica. En sentido similar, BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, p. 21, apunta que la defensa de la competencia consiste cabalmente en la garantía de la libertad de acción en el mercado; la prohibición de aquellas conductas que impidan o restrinjan esa libertad es de obligatorio corolario. Sobre la relación entre el derecho de la competencia y la tutela de la libertad económica, *vid.* también el apartado 3 del Capítulo I de este estudio.

¹⁸⁶ *Vid. supra* apartados 6 y 7 del Capítulo I sobre los fundamentos constitucionales de la LC, donde expusimos que esta Ley constituye el desarrollo legislativo de un mandato constitucional que protege expresamente la libertad empresarial en el mercado, pero en virtud de la intrínseca relación que existe entre el trinomio mercado - libertad empresarial - libre competencia, podemos concluir que los dos elementos no contemplados expresamente, se encuentran implícitos en el ámbito de protección constitucional. Sobre este tema, *vid.* ARAGÓN, M., “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, *cit.*, p. 171, donde este Magistrado del TC español ha señalado que, si bien no hay economía de mercado sin libertad de empresa, la misma defensa de la economía de mercado, que hace posible el ejercicio de esa libertad, reconoce la posibilidad de imponer límites a su ejercicio impidiendo las prácticas atentatorias contra la libre competencia.

¹⁸⁷ *Vid.* RUIZ-RICO, G., *op. cit.*, pp. 239 y 240, quien haciendo mención de la jurisprudencia del TCE reitera que existe una indisociable vinculación entre la libertad de empresa y la libre concurrencia, que además legitima desde la perspectiva constitucional, las medidas estatales encaminadas a asegurarla. En sentido similar, ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, *cit.*, p. 316, manifiesta que la libertad de empresa, no puede realizarse en otro marco que no sea la economía de mercado, esto es, en un marco de competencia económica entre los sujetos que operan en el lugar de encuentro de la oferta y la demanda y FONT-GALÁN, J.I., “Notas sobre el modelo...”, *cit.*, p. 233, concluye que la constitución económica se asienta sobre la base de dos principios que participan de la misma naturaleza y cuyo juego se halla constitucionalizado en régimen de igualdad: el de libertad de empresa de los ciudadanos... y el principio de libertad de “iniciativa pública en la actividad económica”. El reconocimiento de este régimen de igualdad de ejercicio de ambas libertades por parte de sus respectivos titulares, significa que la constitución económica se asienta implícitamente sobre el principio de competencia económica en el mercado.

La Ley de Competencia de El Salvador estipula claramente en el artículo 1, que su objeto de protección es la promoción, protección y garantía de la competencia y de la libertad del mercado. En forma complementaria, el Formulario-Guía para presentar una denuncia por prácticas anticompetitivas, elaborado por la Superintendencia de Competencia para proporcionar lineamientos adicionales a los que la Ley y el Reglamento ofrecen, señala que la normativa defiende la competencia con el propósito de fomentar la transparencia del mercado, como espacio de actuación de oferentes y demandantes.¹⁸⁸

Esta opción legislativa también ha sido confirmada por la Superintendencia de Competencia, en sus primeros años de funcionamiento, en los casos en contra de “Las Eléctricas I y II”, resueltos en septiembre de 2007, en cuyas resoluciones finales, el CDSC manifestó que las conductas anticompetitivas sancionadas, habían sido calificadas como graves por cuanto habían producido una afectación al mercado y a la competencia.¹⁸⁹

Este criterio vuelve a aparecer en octubre de 2007, en la resolución proveída en el caso de “Las Petroleras”, donde el CDSC ha manifestado que más allá de imponer sanciones a los agentes infractores, el objeto de la normativa de competencia es el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado.¹⁹⁰

En una opinión consultiva evacuada en ese mismo mes y año, la SC se pronunció sobre la importancia del libre funcionamiento del mercado, vinculándolo con la eficiencia asignativa. La Superintendencia manifestó que el libre y correcto funcionamiento de los mercados genera beneficios para la colectividad en general,

¹⁸⁸ En el *Formulario Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva* emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en marzo 2008), la SC ha manifestado que el objeto de protección legal de la LC es la transparencia del mercado, como espacio de actuación de oferentes y demandantes, para que sus actuaciones no se vean limitadas, restringidas o impedidas por prácticas anticompetitivas realizadas por algún agente o agentes económicos o por regulaciones del Estado, que inhiban la capacidad empresarial de sus participantes para actuar libre y creativamente en el mercado.

¹⁸⁹ Vid. resoluciones finales proveídas en los procedimientos sancionadores SC-008-O/PA/R-2007 y SC-007-O/PA/R-2007, ambas del 11 de septiembre de 2007, donde la protección del mercado aparece reflejada en la postura del CDSC, quien señaló que “*la conducta anticompetitiva configurada como abuso de posición dominante...es considerada grave dada la afectación al mercado y a la competencia...*”.

¹⁹⁰ Vid. resolución final del CDSC del 1 de octubre de 2007, pronunciada en los casos acumulados SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006; SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 donde el CDSC manifestó que “*más que fijar sanciones pecuniarias, las estructura institucional de competencia está destinada a restablecer las condiciones de competencia en el mercado investigado...*”.

por cuanto fomenta la asignación de los factores de producción a la cobertura de necesidades de la sociedad.¹⁹¹

Finalmente, en el caso de colusión horizontal más recientemente concluido, el cártel de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC señaló textualmente que “los acuerdos entre competidores son considerados como prácticas anticompetitivas graves, dado que producen la anulación de la competencia en los mercados en los que se producen debido a los efectos negativos que este tipo de conducta ejercen sobre el funcionamiento de los mercados”.¹⁹²

Para cerrar este apartado es necesario precisar que además de un interés teórico que permite aclarar el ámbito objetivo protegido por la Ley de Competencia, la determinación del objeto también reviste un interés práctico de mucha relevancia puesto que condiciona la interpretación y la aplicación de la LC que haga la Superintendencia de Competencia, ya que permite distinguir las prácticas que pueden afectar la competencia y las que no.

12. Derecho-obligación de competir

En El Salvador, la legislación reguladora de la actividad de los agentes económicos en el mercado ha sido históricamente proempresario y no promercado. Esta afirmación puede comprobarse fácilmente con la lectura de las disposiciones del Código de Comercio que antes de la entrada en vigencia de la LC, regulaban la competencia como una opción y no como una obligación del comerciante, habilitando a los empresarios para celebrar pactos para no competir.

Las disposiciones del Código de Comercio que regulaban la competencia empresarial no estaban diseñadas para defender la libertad de competencia. Se trataba de unos pocos artículos destinados a amparar diversas manifestaciones de la autonomía de la voluntad del comerciante, que en realidad autorizaban la celebración de acuerdos para eliminar la competencia mercantil.¹⁹³

¹⁹¹ En la opinión consultiva de la SC del 17 de octubre de 2007, emitida a petición de Farmacéuticos Equivalentes, S.A. de C.V., la SC se pronunció sobre la importancia del libre funcionamiento del mercado vinculándolo con la eficiencia asignativa, en los términos siguientes: “*Si los mercados de la economía funcionan de forma libre e inflexible, los bienes y sus factores de producción serán asignados a aquellas actividades donde más se valoren*”.

¹⁹² Vid. romano VII. Conclusiones finales y sanciones, de la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, cuya parte más relevante sobre este aspecto hemos transcrito textualmente.

¹⁹³ En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la autonomía de la voluntad en materia contractual, se deriva del artículo 23 de la CN, el cual en lo pertinente, señala textualmente que: “*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes*”.

Lejos de proteger la libre competencia, la Legislación comercial anterior a la LC la limitó expresamente, entendiendo que la competencia entre empresarios constituía una manifestación de la autonomía de la voluntad, que habilitaba a los comerciantes para elegir entre competir o no competir, por cuanto se consideraba que los comerciantes incorporaban en su esfera jurídica, la libertad para concertar todo tipo de acuerdo que no fuera contrario a las buenas costumbre, la Ley o al orden público.¹⁹⁴

Las disposiciones del Código de Comercio relativas a la competencia, se encontraban ubicadas en el régimen regulador de la competencia desleal, ya que hasta la aprobación de la Ley de Competencia, el legislador nacional mostró cierta tendencia a confundir ambos ámbitos y a regularlas en forma conjunta, tal como podremos constatar más adelante.¹⁹⁵

Los artículos derogados por la Ley de Competencia legalizaban los acuerdos para eliminar la competencia en un mismo sector de actividades o en un determinado ámbito geográfico. Los artículos 489 y 490 del C.Com. avalaban la validez de los acuerdos para restringir las actividades de los comerciantes en forma amplia, puesto que permitían el reparto de mercados geográficos y/o de mercados de producto.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Vid. C.Com. Título IV, denominado “*Limitaciones a la Actividad Mercantil*”, artículos 489, 490 y el numeral III del Art. 491, derogados por la Ley de Competencia, examinados en este apartado, porque constituían las únicas referencias expresas a la libertad de competencia en el Código de Comercio, así como el artículo 488 que no fue derogado: “*Los comerciantes deben ejercer sus actividades de acuerdo con la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, sin perjudicar al público ni a la economía nacional. La violación de esta norma da derecho al perjudicado a pedir judicialmente que cese la conducta ilegal y a exigir la reparación del año*”.

¹⁹⁵ Vid. C.Com. artículos 491 al 497, que regulan los aspectos mercantiles de la competencia desleal. Véase también la reforma introducida al artículo 411 de C.Com. en el año 2000, en la que se estableció que los comerciantes tenían la obligación de “*Realizar su actividad dentro de los límites de la libre competencia establecidos en la Ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, absteniéndose de toda competencia desleal*” (D.L. N° 826, del 26 de enero de 2000, publicado en el D.O. N° 40, Tomo 346, del 25 de febrero de 2000), la cual a pesar de ser una reforma relativamente reciente, continuó regulando la libre competencia y la competencia desleal como pertenecientes a una sola materia.

¹⁹⁶ Vid. el literal a) del artículo 57 de la Ley de Competencia, por medio del cual se derogaron los artículos 489 y 490 del Código de Comercio de 1970, en los cuales el legislador salvadoreño había legalizado algunas modalidades de pactos para no competir entre comerciantes: Art. 489.- “*Son válidos los pactos que restrinjan la actividad mercantil de un comerciante respecto de una plaza o región o a una determinada especie de comercio, siempre que su duración no sea superior a diez años y que no se contraríe ninguna garantía constitucional*” y Art. 490.- “*Son válidos los pactos que reglamenten modalidades referentes a la cantidad y calidad de la producción o características de los servicios prestados al público, en los límites del artículo anterior*”.

Sin embargo, la aprobación de la Ley de Competencia de El Salvador vino a cambiar este paradigma, puesto que se inserta en nuestro ordenamiento jurídico como parte de la normativa reguladora del mercado como institución básica del sistema económico, al que acuden los agentes económicos para intercambiar libremente bienes y servicios.

Esta opción ha sido reflejada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en el citado caso de “Las Petroleras”, así como en dos de las resoluciones pronunciadas en los casos de “Las Eléctricas”, donde se estableció someramente que el adecuado funcionamiento de un mercado constituye uno de los pilares sobre los cuales se fundamenta el buen funcionamiento de la economía.¹⁹⁷

En virtud de la trascendencia que el mercado tiene para el desenvolvimiento de las relaciones económicas de un país, se considera que los atentados en su contra afectan el interés general.¹⁹⁸ Esta importancia se funda en los beneficios que el correcto funcionamiento de los intercambios económicos, asegurados en gran parte a través de la libre competencia, genera para toda la sociedad, puesto que se trata de un mecanismo que contribuye a la mejor asignación de recursos productivos y la mejor distribución de bienes y servicios producidos.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Vid. SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 Ac. del 1 de octubre de 2007, asunto “Las Petroleras”; SC-008-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, asunto “Las Eléctricas II”; y, SC-007-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, asunto “Las Eléctricas I”.

¹⁹⁸ Vid. SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, pp. 17-37, quien apunta que el derecho de competencia debe enfrentar la paradoja de una protección simultánea del mercado, sin el cual no habría libertad de empresa y de la libre iniciativa, sin la cual no habría mercado, por lo que en la práctica, el Estado actúa en el mercado a través del derecho de la competencia, protegiendo un interés general al que también denomina orden público económico. En sentido similar, *vid.* ALONSO SOTO, R., “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, *cit.*, p. 3, donde este autor expone que el derecho de la competencia supone la intervención del Estado en al ámbito de las relaciones privadas en defensa de un interés general o público, consistente en que el mercado funcione. Por su parte, BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, p. 13, expresa que la misión del derecho de competencia es la protección del interés público, aunque esta protección tenga un efecto reflejo en las relaciones mercantiles privadas. En sentido idéntico, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, p. 284, expone que el derecho de las limitaciones de la competencia persigue que prevalezca el principio de la competencia en la acción concurrencial, es decir el interés público implicado en todo régimen de competencia.

¹⁹⁹ Vid. SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 1 y 2, quienes señalan que en la actualidad más de 90 países han aprobado leyes de Competencia, que han adoptado el mercado como el mejor de los mecanismos para la asignación de recursos productivos y la distribución de bienes y servicios producidos. En sentido similar, *vid.* el documento conjunto de la OCDE y el Banco Mundial, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, prefacio y p. 2, donde estas instituciones informan que entre 1990 y 1998, existieron 35 países que aprobaron leyes de competencia, en las cuales el objetivo más comúnmente citado es la protección del proceso competitivo o libre competencia.

Además de estos efectos, la protección de la libre competencia se justifica porque cumple una función de coordinación y adaptación de la oferta con la demanda, al impulsar a los productores a ofrecer los bienes que el mercado está solicitando, a los precios que los consumidores están más dispuestos a pagar. Por otra parte, la libre competencia también tiene una función de estímulo de la eficiencia productiva, que se conecta con una función de selección natural de los operadores económicos, puesto que la pugna por el mercado premia a los que mejor se adaptan a sus exigencias y conduce a la exclusión de los operadores ineficientes.²⁰⁰

La protección legal del proceso competitivo se hace necesaria, porque a pesar de estos beneficios y funciones atribuidos a la libre competencia, en la práctica ésta no siempre surge como una reacción natural de los empresarios, ya que no hay nada más incómodo para un operador económico que la tensión permanente que la rivalidad con sus competidores le impone.

La realidad de los hechos es que en las relaciones comerciales, la competencia no se manifiesta como un fenómeno espontáneo. Los empresarios tienden a no querer competir o a querer hacerlo injustamente, para recaudar la mayor ganancia con el menor esfuerzo. Los empresarios tienden a querer eludir el empeño que la dinámica competitiva les impone, ya que la ausencia de competencia proporciona al empresario la tranquilidad de la que no goza en un ambiente de rivalidad.²⁰¹

²⁰⁰ Sobre las mencionadas funciones de la libre competencia en el mercado, *vid.* IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, traducido por José Miguel Embid Irujo y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 22 y 23, quien le atribuye una función de coordinación y de adaptación de la oferta y la demanda, así como de asignación de los recursos productivos. Este autor agrega, que la libre competencia permite promover el progreso al estimular la eficiencia, ya que conduce a la exclusión del mercado, de los operadores ineficientes. Sobre esta última función existen una pluralidad de autores que atribuyen a la competencia una función similar a la selección natural darwiniana, ya que este proceso de rivalidad promueve la sobrevivencia de los agentes económicos eficientes y excluye a los ineficientes. En sentido parecido, *vid.* ALONSO SOTO, R., “El Interés Público ...”, *cit.*, p. 2, quien también manifiesta que una de las funciones de la libre competencia es el estímulo de la eficiencia del sistema, al conseguir que sólo sobrevivan las empresas más eficientes y MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, Cambridge, p. 50, quien señala que este efecto beneficia a la colectividad, puesto que permite que permanezcan en el mercado únicamente los operadores capaces de producir a precios eficientes. En la doctrina anglosajona, *vid.* POSNER, R.A., *Antitrust Law*, *cit.*, p. 19, donde este destacado expositor de la Escuela Económica de Chicago y Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los EE.UU., también expone que la competencia opera como una selección natural económica.

²⁰¹ *Vid.* HICKS, J.R., “The Theory of Monopoly”, in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935, p. 8, donde este economista expresó que “el mayor de los beneficios del monopolio es una vida tranquila”. Sostienen esta misma idea FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M., *op. cit.*, p. 23, quien comenta que nada es tan incómodo para un empresario como vivir bajo una situación de competencia permanente, que le obliga a producir bastante y a poco costo. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 158 y p. 291, señala que la competencia se presenta como un objetivo a conseguir y no

Tal como Adam Smith hizo notar hace muchos años, en su emblemático libro “*Un Estudio sobre las Causas y la Naturaleza de la Riqueza de las Naciones*”,²⁰² la realidad de los hechos es que los operadores económicos prefieren no competir, ya que la dinámica concurrencial les obliga a trabajar duro, a hacerlo en forma eficiente y además limita sus posibilidades de obtener ganancias extraordinarias, por cuanto los obliga a fijar precios aceptables para los consumidores.

Esta tendencia natural de los empresarios a no querer competir hace necesaria la intervención del Estado en este aspecto de las relaciones económicas. Las leyes de competencia constituyen un reconocimiento legislativo de que la pugna por el mercado no se da siempre en forma espontánea,²⁰³ siendo necesario habilitar una forma de intervención estatal que coadyuve a evitar o corregir los desequilibrios o fallas que puedan perjudicar al mercado, por la falta de rivalidad efectiva entre competidores.

En la práctica, el proceso competitivo puede dar lugar a diversos grados de rivalidad, pero también a una supresión total de la misma, a través de la celebración de acuerdos para no competir o a través de actos que perjudiquen o eliminen a un competidor.²⁰⁴ Bajo esta óptica, el derecho de competencia actúa desde una doble

como una situación natural. La dinámica que crea, genera esfuerzos y riesgos. No es de extrañar que las empresas a menudo traten de reducir los esfuerzos y los riesgos a través de acuerdos para eliminar la competencia entre ellos y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, p. 35, manifiesta que la libre competencia lleva ínsita el germen de su propia destrucción puesto que la libertad para participar en el mercado implica libertad para concertar acuerdos que supriman la competencia.

²⁰² En uno de los más citados pasajes de su *Obra Magna*, SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House Inc., New York, 1937, p. 149, expone que los comerciantes de un mismo ramo rara vez se reúnen, sin que las conversaciones terminen en acuerdos para suprimir la competencia: “*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices...*”.

²⁰³ Además de la emblemática referencia a la obra de Adam Smith, quien si bien cree en la mano invisible también reconoce que existe una tendencia natural a suprimir la competencia entre competidores, *vid.* GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 58, quienes manifiestan que “*the antitrust laws are a legislative acknowledgment that markets display varying degrees of rivalry and that some markets are not competitive*”. En sentido similar, MARTÍN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I, cit.*, p. 88, quien también reconoce que, independientemente del modelo económico de mercado o de economía planificada, existe cierta necesidad de intervención estatal en las actividades económicas, precisamente para garantizar las propias leyes de la competencia.

²⁰⁴ Si bien el catálogo de prácticas anticompetitivas puede ser muy amplio, por regla general, la doctrina tiende a agruparlas en dos rubros: prácticas concertadas y actos unilaterales que dañan la competencia. Sobre este tema, *vid.* entre otros, la exposición del Juez BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 134 y ss., quien adopta esta distinción para separar los dos grandes grupos de prácticas que lesionan la competencia. Por su parte, FOX, E.M., “*What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, 2002, p. 371, distingue entre prácticas

vertiente: proporciona el marco para que los agentes económicos puedan efectivamente competir, pero también les obliga a hacerlo.

Es por ello que uno de los sectores más autorizados de la doctrina expone que la protección de la competencia debe hacerse desde una doble perspectiva. Las normas reguladoras de la libre competencia deben garantizar que todos los sujetos que participen en el intercambio de bienes y servicios tengan simultáneamente la posibilidad y el deber de competir.²⁰⁵

La competencia como objeto protegido por la Ley debe concebirse como un derecho-obligación. En nuestro país, salvo por los casos expresamente regulados por el artículo 2 de la LC, todos los agentes que participan en actividades económicas, deben funcionar en régimen de libre competencia.²⁰⁶ Debe superarse el paradigma proempresario que había prevalecido hasta la entrada en vigencia de la Ley y funcionar con base en un modelo promercado, que permita llevar los beneficios de la actividad económica a toda la población, tal como ha sido la intención del Constituyente al diseñar los fundamentos de nuestro régimen económico.

13. Protección de la competencia real y potencial

Otro aspecto que debemos resaltar es que del texto del inciso primero del artículo 1 de la LC, se colige que la competencia futura o competencia potencial forma parte del objeto tutelado.²⁰⁷ La norma prohíbe las prácticas anticompetitivas

de explotación, como los cárteles y prácticas de exclusión, como los boicoteos colectivos. Desde otra clasificación, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, p. 288, adopta una distinción basada en la intensidad de los efectos que las prácticas producen y las divide entre actuaciones restrictivas de la competencia y actuaciones eliminadoras de la competencia.

²⁰⁵ Vid. la obra del profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 291, quien expone que la regulación de la libre competencia opera a partir de una doble faceta, ya que además de fomentar la libertad de participación en el mercado, también impone a quien lo haga, la obligación de competir. Esta misma postura ha sido retomada por ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, p. 3, quien también señala que el derecho de la competencia implica una defensa de la posibilidad de competir libremente en el mercado, pero también la obligación de hacerlo.

²⁰⁶ Cabe precisar que de conformidad con el artículo 563 C.Com también se considera lícito el pacto de no competir que se suscribe entre el vendedor y el comprador de una empresa mercantil, el cual constituye una práctica arraigada de la buena fe y la lealtad comercial. Al respecto *vid.* Art. 563 C.Com: “*Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los dos años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa transmitida. En el caso de usufructo o de arrendamiento de una empresa, la prohibición de concurrencia es válida con respecto al propietario o al arrendador, por el tiempo que dure el usufructo o el arrendamiento. Puede pactarse contra lo dispuesto en este artículo*”.

²⁰⁷ Esta protección también se encuentra reflejada en el Art. 30 LC, el cual textualmente señala “*Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en*

que limitan o restringen la competencia, así como aquellas que impiden el acceso al mercado a cualquier agente económico, reconociendo que la libre entrada al mercado, caracterizada por la existencia de mercados impugnables o accesibles para competidores potenciales, constituye un requisito imprescindible para la existencia de competencia.²⁰⁸

En base a la intrínseca relación que existe entre la competencia potencial y la libertad de entrada en un mercado, como introducción al tema podemos señalar que el Glosario de Términos elaborado por la Superintendencia hace referencia a la libertad de entrada en el mercado en la definición de la voz “contestabilidad”,²⁰⁹ donde el CDSC manifiesta que los mercados que se caracterizan por presentar bajas barreras de entrada y salida, en los que existe la posibilidad que entren competidores potenciales, tienden a comportarse de manera similar a los mercados en los que existe competencia real.²¹⁰

La libre entrada constituye el presupuesto básico para la existencia de una pluralidad de oferentes y para el surgimiento de competencia. Esta mera posibilidad, la simple amenaza de entrada de un nuevo rival, disciplina el comportamiento de

un mercado, entre otros, los siguientes casos: a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes”.

²⁰⁸ Este tema fue inicialmente desarrollado por BAUMOL, W., PANZAR, C y WILLIG, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982 y luego retomado por un amplio sector de la doctrina jurídica y económica, quienes establecieron que la existencia de mercados impugnables, accesibles o “contestables”, en los que existe libre entrada y salida constituye un requisito imprescindible para la existencia de competencia. Entre los estudios posteriores sobre la importancia de la entrada al mercado, cabe mencionar BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 290, quien explica que el primer requisito para la existencia de competencia, es el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él. Para que exista competencia, no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada. Y en sentido parecido, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pp. 74-82, explican que muchos de los efectos benéficos de la competencia, dependen del libre acceso –y libre salida- de los mercados, ya que sin ella no podría existir competencia. Sobre este tema, McCONNELL, C.R. y BRUE, S.L., *Economía*, McGraw-Hill, 13ª edición, Madrid, 1997, p. 64, explican que un régimen de competencia implica que los productores pueden entrar y salir con facilidad de una industria. Deben evitarse los obstáculos legales o de otro tipo que artificialmente prohíban la expansión o contracción de una actividad económica. La libertad de entrada y salida es necesaria para que la economía se ajuste adecuadamente a los cambios en los gustos del consumidor, la tecnología o la oferta de recursos.

²⁰⁹ *Vid.* la nota anterior, donde citamos la obra seminal en la que surge el término originalmente en inglés “contestable markets”, traducido literalmente como “contestabilidad o mercados contestables”, pero que en la realidad, se refiere a la existencia de mercados accesibles a la entrada.

²¹⁰ *Vid.* voz n. 10.- “Contestabilidad”, definida como “la cualidad de un mercado que presenta bajas barreras a la entrada y salida. Como consecuencia, el mercado se comporta de manera similar a un mercado en competencia perfecta”.

los agentes económicos instalados, porque forma parte del conjunto de presiones competitivas que éstos enfrentan en un mercado determinado, tal como se comprobará en los párrafos que siguen.

En la legislación de competencia de Iberoamérica, no encontramos ninguna Ley que proteja expresamente la competencia potencial, aunque la mayoría garantice la libertad de entrada en el mercado, igual que nuestra LC. En forma semejante, en el sistema anglosajón y en el europeo, el concepto de competencia potencial no se encuentra expresamente tutelado por la normativa, pero ha sido introducido por vía de la jurisprudencia.

En los EE.UU. existen varios fallos emblemáticos de la Corte Suprema de Justicia, de los años 60 y 70 en los que se reconoce que la competencia potencial tiene la misma capacidad para disciplinar a los agentes económicos, que la competencia real. Entre estos, se destacan *United States v. El Paso Natural Gas Co*, 376 US 651 (1964), *United States v. Penn-Olin* 378 US (1964), *Ford Motor Co. v. Unites States*, 405 US 562 (1972), *United States. v. Falstaff Brewing Corp.* 410 US 526 (1973). Se trata de pronunciamientos emblemáticos en la jurisprudencia de ese país, cuyo Máximo Tribunal ha expuesto que la existencia de una o varias empresas idóneas para entrar en un mercado, en forma agresiva e inminente constituye un incentivo para la competencia que no debe ser subestimado.²¹¹

La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. considera que las conductas de los agentes económicos en el mercado vienen determinadas por las posibles acciones y reacciones de sus competidores reales y potenciales.²¹² Estos criterios sobre los efectos de la competencia potencial que llevan a incluirla en el ámbito de

211 Sobre el efecto de la competencia potencial, *vid. United States v. Penn-Olin* 378 US 158 (1964), donde la Corte Suprema de este país manifestó que la existencia de una empresa agresiva, en la espera de entrar en un mercado oligopólico, adecuadamente equipada y financiada para hacerlo, dedicada a una actividad comercial idéntica o similar, constituye un incentivo sustancial para la competencia, que no debe ser sub estimado. Un criterio similar fue reiterado en el caso *Ford Motor Co. v. United States*, 405 US 562 (1972) y en *United States. v. Falstaff Brewing Corp.* 410 US 526 (1973), aunque cabe precisar que el primer pronunciamiento significativo surge en el caso *United States v. El Paso Natural Gas Co*, 376 US 651 (1964). En forma complementaria hemos de precisar que los avances sobre el tema de la competencia potencial, los estándares de prueba, la libertad de entrada en los mercados y otros temas conexos, han sido ampliados más recientemente por la jurisprudencia de los tribunales de segunda instancia de ese país.

212 Entre *Penn-Olin* y *Ford Motor*, *vid. FTC v. Proctor and Gamble Co.* 368 US 568 (1967), donde el máximo tribunal de los EE.UU. señaló que aunque Procter no se encontraba operando en el mercado de las lejías, el comportamiento comercial de las demás empresas que si se encontraban operando en este mercado, fue influenciado por las expectativas de lo que podían ser los comportamientos de sus competidores reales y potenciales.

competencia que los operadores económicos enfrentan en el mercado, han permanecido relativamente invariados y aun cuando la jurisprudencia citada, no sea muy actual, sigue siendo emblemática puesto que los criterios no han sido contradichos en casos más recientes.²¹³

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha adoptado un criterio similar, puesto que se ha reconocido que el ámbito de competencia que los operadores económicos enfrentan también incluye la competencia potencial. En *Continental Can v. la Comisión Europea* (1973) y más recientemente en *Tetra Laval Bv. v. Comisión Europea* (2005), el TJCE ha confirmado la necesidad de valorar el efecto de las prácticas anticompetitivas en la limitación de la competencia potencial, por cuanto su disminución reduce la presión competitiva que los agentes económicos toman en cuenta al momento de definir su estrategia competitiva o porque disminuyen los posibles contrapesos que los operadores enfrentan.²¹⁴

En la normativa salvadoreña, el Reglamento de la LC –en adelante RLC– contiene varias referencias expresas a la protección de la competencia potencial, que dan muestras concretas que el legislador también ha querido incluirla en el ámbito protegido. Encontramos las primeras en el literal a) del artículo 13 RLC, en el que se establece que las prácticas prohibidas en el artículo 26 de la Ley de Competencia, serán prohibidas tanto cuando afecten negativamente a un agente económico que ya se encuentre operando en el mercado, como cuando éstas puedan impedir la entrada

²¹³ En el conjunto de procesos en contra de Microsoft, por abuso de posición de dominio, decididos principalmente en las Cortes de Segunda Instancia, una gran parte del debate se concentró en el tema de la competencia potencial. Al respecto, puede consultarse, *United States v. Microsoft Corp.*, United States Court of Appeals for the District of Columbia, 00-5212 y 00-5213, del 28 de junio de 2001, donde el Tribunal expresó que se reconoce el posible efecto disciplinador de los competidores potenciales, siempre y cuando se trate de una amenaza real e inminente. Puede consultarse también *United States v. Microsoft Corp.* y *State of New York v. Microsoft Corp.*, United States District Court for the District of Columbia, civil actions 98-1232 y 98-1233, del 11 de diciembre de 2002, donde el Tribunal concluye que Microsoft tiene poder de dominio en el mercado relevante derivado de su elevadísima cuota, de las barreras de entrada y de la inexistencia de competencia real y potencial que pueda satisfacer esta misma necesidad para los consumidores.

²¹⁴ Vid. más recientemente, la STJCE del 15 de febrero de 2005, en el asunto C-12/2003, *Tetra Laval Bv. V. Comisión Europea*, en el que la Corte Europea confirmó los criterios adoptados por el Tribunal de Primera Instancia, reiterando que la eliminación de la competencia potencial es uno de los elementos que deben tomarse en consideración para el establecimiento de una posición dominante. Entre la jurisprudencia más emblemática, también puede considerarse la STJCE del 21 de febrero de 1973, asunto C-6/1972, en el caso *Continental Can v. la Comisión Europea*, donde también en un caso por abuso de posición dominante, la Corte manifestó que para la determinación de una posición dominante es necesario establecer que no existen competidores potenciales que rápida y fácilmente puedan entrar en el mercado, pudiendo actuar como contrapesos.

de un competidor potencial.²¹⁵ De esta disposición se colige una clara voluntad de salvaguardar la competencia potencial.

En forma adicional, los literales b) y c) del artículo 15 RLC, prescriben criterios para la determinación del mercado relevante, dentro de los cuales también se incluye la competencia potencial, por cuanto se reconoce que la misma forma parte del ámbito concurrencial que los operadores económicos enfrentan. Esta disposición considera competencia potencial, aquellos oferentes que sin ser productores reales de un bien o servicio determinado pueden entrar al mercado con relativa facilidad y rapidez.²¹⁶

En materia de abuso de posición de dominio, se ha establecido en el literal d) del artículo 16 RLC, que para determinar la posición de un agente económico en un mercado también se considerará la existencia de competencia actual o potencial durante un periodo determinado. Por otra parte, el artículo 17 del RLC establece que el abuso de posición de dominio también será sancionado cuando de forma injustificada, impida o dificulte el ingreso al mercado de un competidor actual o potencial.²¹⁷

Esta postura adoptada por nuestra normativa, coincide con la doctrina jurídica y económica más autorizada, que considera que la competencia que los agentes económicos enfrentan en el mercado incluye a los rivales actuales como a los rivales potenciales. La posibilidad que surjan nuevos competidores, que puedan establecerse rápida y fácilmente en el mismo mercado produce en el comportamiento de los

²¹⁵ Esta postura se desprende de varias disposiciones de la LC, pero además, se encuentra expresamente reflejada en el literal a) del artículo 13 de su Reglamento de aplicación, que textualmente señala que “*Son criterios orientadores para la valoración de la existencia de las prácticas anticompetitivas entre no competidores, a que se refiere el Art. 26 de la ley, entre otros: a) Que la práctica imponga sobre un competidor actual o potencial una exclusión del mercado por un tiempo superior a aquél que se justifique mediante una explicación económicamente legítima*”.

²¹⁶ Vid. los literales b) y c) del artículo 15 del RLC en los que se manifiesta: “*Para efectos de identificar el mercado relevante conforme a lo previsto en el Art. 28 de la ley, la Superintendencia tomará en cuenta lo siguiente: ... b) La existencia de oferentes en otros mercados que, sin ser productores del bien o servicio del mercado relevante, puedan empezar a producirlo sin costos significativos y en un corto plazo; c) La disponibilidad en el corto plazo de contar con productos sustitutos como consecuencia de la innovación tecnológica*”.

²¹⁷ Vid. Art. 16.- “*Para determinar si un agente económico investigado goza de una posición dominante, de conformidad al Art. 29 de la ley, la Superintendencia tomará en cuenta lo siguiente: ... d) La existencia de alternativas de oferta o demanda actual o potencial de bienes o servicios nacionales o extranjeros durante un período de tiempo determinado*” y Art. 17 RLC.- “*Son criterios orientadores para la valoración de acciones constitutivas de abuso de la posición dominante, a que se refiere el Art. 30 de la ley, entre otros: a) Que la práctica analizada propicie un incremento en los costos de acceso o salida a competidores, ya sean potenciales o actuales, nacionales o extranjeros*”.

operadores económicos, las mismas presiones – o casi las mismas- que la existencia de competencia presente.²¹⁸

Doctrinariamente, la competencia potencial puede definirse como el conjunto de agentes económicos que pueden fácilmente entrar en un mercado determinado, para disciplinar la conducta de los operadores instalados, en la misma forma que la competencia real, puesto que también ejercen presión competitiva en los agentes que ya se encuentran operando, obligando a estos últimos a tomar en cuenta esta posibilidad, al momento de evaluar las presiones competitivas que enfrentan.²¹⁹

Es por ello que nuestra Ley de Competencia protege el libre acceso a nuevos competidores al mercado, ya que éste constituye el presupuesto indispensable para la existencia de competencia. En línea con lo expuesto, el objeto tutelado por la norma

²¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, cit., p. 53, quien manifiesta que hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores y esta rivalidad es posible, si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir. Sin embargo, además de la existencia de múltiples rivales, la mera posibilidad o amenaza de que puedan surgir nuevos competidores que puedan establecerse rápidamente es suficiente para que las empresas se comporten como si hubiera competencia real. Sobre este tema, vid. también GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., *op. cit.*, pp. 40 y ss., quienes explican que la competencia potencial presiona a los agentes económicos para producir como en condiciones de competencia real. En idéntico sentido, vid. CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 74, quienes manifiestan que los mercados en los que existe la posibilidad para que ingresen muchos operadores nuevos, se comportan como si existiera competencia real. Más recientemente, HALL, R. E., “Potential Competition, Limit Pricing, and Price Elevation from an Exclusionary Conduct”, en *Issues in Competition Law and Policy*, Vol. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, p. 433, reitera que la competencia potencial puede disciplinar la conducta de un agente económico incumbente, en la medida que la mera amenaza de entrada, lleva al incumbente a modificar su comportamiento en el mercado, como en el caso del mantenimiento de precios adecuados. En sentido un poco diverso, GILBERT, R.J., “The Role of Potential Competition in Industrial Organization”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 3, N. 3, summer 1989, p. 123, quien desde un examen de las distintas teorías a partir de las cuales es posible abordar este tema, se concentra en el examen que hace la teoría de los mercados contestables, concluyendo que si bien es cierto que la competencia potencial ejerce presión competitiva en los operadores económicos, ésta no tiene la misma capacidad para disciplinar sus conductas como la competencia real.

²¹⁹ Vid. BUSH, D. and MASSA, S., “Rethinking the Potential Competition Doctrine”, en *Wisconsin Law Review*, n. 4, 2004, p. 1054, quien manifiesta que éste fue el criterio adoptado por la Corte Suprema de ese país, quien estimó que la competencia potencial podía definirse como la existencia de empresas con la voluntad y capacidad para entrar en un determinado mercado en forma inminente, de tal suerte que los competidores existentes las toman en consideración al momento de evaluar las presiones competitivas que enfrentan. En el sistema europeo, vid. las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001, en cuyo numeral 9, relativo al punto 1.2. Ámbito de aplicación de las presentes directrices se establece que el término competidores reúne tanto a los competidores reales como a los potenciales. Más adelante, en el mismo texto, se establece que se considera competidor potencial al operador que demuestre ser capaz de entrar en el mercado relevante a corto plazo y sin un costo adicional muy elevado.

incluye la competencia real- los agentes económicos que ya operan en el mercado- como la potencial-los agentes que presionan a los operadores instalados, porque pueden entrar rápidamente y sin mayor costo, a producir el mismo bien o servicio.

La protección de competidores potenciales, ya ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia salvadoreña, proveídos principalmente en casos instruidos por abuso de posición dominante. En orden cronológico, en el caso de “Las Petroleras”, las empresas investigadas fueron sancionadas por conductas constitutivas de abuso de posición dominante. Entre los perjuicios que estas conductas ocasionaron en el mercado de la distribución y venta de productos derivados del petróleo, se mencionó la creación de obstáculos para la entrada de nuevos competidores.²²⁰

Subsiguientemente, en las resoluciones finales proveídas en los casos en contra de “Las Eléctricas I, II y III”, el CDSC también sancionó a varias sociedades distribuidoras de energía eléctrica por abuso de posición dominante, por cuanto las empresas instaladas realizaron prácticas que dilataron, bloquearon o hicieron más costoso el acceso al mercado de nuevos competidores o competidores potenciales. Este mismo criterio fue retomado pocos meses después, para aplicar las sanciones en el caso de “La Constructora y el Operador de Televisión por Cable”.²²¹

En materia de concentraciones, en la resolución que autorizó la concentración entre *Millicom y otros*, a finales de 2008, el CDSC abordó el tema de la capacidad disciplinadora de la competencia potencial sobre el poder de mercado de los operadores concentrados.²²² En esta resolución, el CDSC agregó que el ámbito de

²²⁰ Vid. también Ac. SC-004-D/PA/R-2006, SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007, en los que se sancionó por una serie de prácticas anticompetitivas, entre las que se menciona la creación de obstáculos para la entrada al mercado de nuevos competidores.

²²¹ Vid. las resoluciones del SC-009-O/PA/R-2007, SC-008-O/PA/R-2007 y SC-007-O/PA/R-2007, todas del 11 de septiembre de 2007 y SC-017-D/PA/NR-2006 del 8 de noviembre de 2007, en las que el CDSC declaró anticompetitivos los comportamientos de las empresas denunciadas porque habían limitado el acceso de nuevos competidores al mercado. En la SC-009-O/PA/R-2007, el CDSC manifestó textualmente que “*En este caso, tal como se ha determinado anteriormente, la conducta que configura la infracción es el abuso de la posición dominante a través de la creación de obstáculos para la entrada de competidores en el mercado de la distribución y comercialización de energía eléctrica*”.

²²² Vid. resolución final SC-016-S/C/R-2008, del 30 de septiembre de 2008, en la cual el Consejo manifestó que “*el propósito principal de realizar el análisis de la existencia de barreras a la entrada de nuevos participantes en los mercados relevantes definidos, es determinar si existen condiciones en el mercado para que la competencia potencial funcione como un catalizador del posible poder de mercado que los agentes involucrados en la concentración pudieran estar obteniendo como producto de la misma*”.

competencia que los agentes concentrados enfrentarán, está conformado tanto por los competidores reales, como por los potenciales, ya que todos estos agentes forman parte de los rivales que luchan por conquistar el mercado.²²³

No obstante ello, el pronunciamiento más significativo en materia de competencia potencial, lo encontramos en la resolución proveída en el recurso de revisión interpuesto por la sociedad Distribuidora de Electricidad DEL SUR S.A. de C.V., donde refiriéndose al concepto de competidor, el CDSC manifestó que el término agente económico que adopta la LC incluye tanto los agentes que ya participan en el mercado, como los que todavía no participan, pero que potencialmente o inminentemente pueden hacerlo.²²⁴

14. Exclusión de la regulación de la competencia desleal

En una mayoría de estudios recientes, el ordenamiento de la competencia es considerado un fenómeno unitario regulado a través de dos sistemas normativos que participan de una misión común. Un amplio sector de la doctrina más autorizada resalta que la normativa de defensa de la libre competencia y la prohibición de la competencia desleal constituyen dos disciplinas que se entrecruzan en muchos aspectos, pero que en esencia constituyen dos caras de una misma moneda, porque protegen la competencia a partir de dos enfoques diferentes. Tanto la defensa de la libre competencia, como la prohibición de la competencia desleal regulan el orden concurrencial en el mercado: la primera obliga a los agentes económicos a luchar por el mercado, mientras que la segunda, les impone la obligación de hacerlo lealmente.²²⁵

²²³ *Ibíd.*, donde el CDSC agregó que “es necesario observar las condiciones de rivalidad [en el mercado], iniciando con la identificación de los reales y potenciales competidores que los agentes económicos en el proceso de concentración enfrentan. Bajo el concepto de competidores, el análisis económico califica a todos los agentes económicos participantes en un mercado... Se dice que la rivalidad es efectiva cuando los agentes económicos competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado”.

²²⁴ *Vid.* recurso de revisión resuelto el 4 de octubre de 2007, en el caso SC-008-O/PA/R-2007, donde el CDSC manifestó que “un competidor es todo aquel agente que participa o pretende participar o ingresar en el mercado en particular”. En la misma resolución, se agregó que la letra a) del art. 30 de la LC tipifica como práctica anticompetitiva cuando un agente con posición dominante genera obstáculos para la expansión de un competidor entendiéndose por tal a un “agente económico que ya participa en el mercado- o a la entrada de un competidor- agente económico que todavía no está participando activamente en el mercado, pero que potencialmente puede hacerlo o inminentemente lo hará”.

²²⁵ Sobre las similitudes y diferencias entre defensa de libre competencia y competencia desleal existe una multiplicidad de estudios, que superan en número y amplitud los alcances de esta investigación. Sin embargo, los más recientes, apuntan que se trata de dos disciplinas cuya finalidad común es la protección del proceso competitivo en el mercado, aunque cada una de ellas, parta de finalidades

Las normas sobre defensa de la libre competencia pretenden asegurar que exista una competencia adecuada o -en su defecto- restaurarla a través de la represión de las conductas que la obstaculizan. Las normas sobre competencia desleal prohíben las conductas contrarias al buen comportamiento empresarial. Es por ello que, si bien reconocemos que ambas disciplinas comparten un fundamento común y que las relaciones entre ambas son sumamente complejas, aunque su estudio pormenorizado supera las dimensiones y fines nuestro estudio, dado que la LC salvadoreña ha hecho una separación clara de ambos ámbitos, en los apartados que siguen, examinaremos sus rasgos distintivos más prominentes, con el propósito fundamental de diferenciar la competencia desleal de la materia objeto de este estudio.

En los apartados anteriores, hemos concluido que el derecho *antitrust* o sistema regulador de la libertad de competencia comprende todas aquellas normas destinadas a mantener una relación de rivalidad entre los operadores económicos, para preservar el libre juego de la oferta y la demanda, así como para asegurar todos los beneficios que este proceso genera para la sociedad en su dimensión de consumidora.²²⁶

y mecanismos diversos. *Vid.* FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERANO L.M., *op. cit.*, pp. 16 y ss., quienes expresan que existe entre ambas una conexión funcional, ya que tanto la disciplina *antitrust*, como la competencia desleal participan de una misma misión constitucional y comparten también un fundamento común: el establecimiento de un orden concurrencial del mercado acorde con el sistema económico garantizado, pero que conviene conservar cierta delimitación entre los ámbitos objetivos de ambas. En sentido similar, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ª edición, Civitas, 2007, pp. 231 y ss., opina que ambas protegen la competencia desde una doble vertiente: la libertad y la igualdad, aunque también opina que se va produciendo un cambio en la función de las normas de competencia desleal, cuyo ámbito de protección se extiende actualmente a la institución de la competencia o al interés público del Estado en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado. En el mismo sentido, *vid.* ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, pp. 66 y ss., quien explica que las normas *antitrust* imponen la obligación de competir, mientras que las normas sobre competencia desleal obligan a los competidores a respetar las posiciones legítimamente adquiridas en el mercado por sus competidores. Las primeras prohíben la existencia de una competencia ineficiente, mientras que las segundas, pretenden evitar una competencia excesiva. Por otra parte, este autor agrega que en el modelo anterior, conocido como modelo profesional o corporativo, la disciplina de la competencia desleal protegía los intereses de los empresarios, pero en virtud de la transformación que esta disciplina ha sufrido, se ha producido un cambio hacia un modelo social, que ha producido una ampliación de los intereses protegidos. Sobre este último aspecto, *vid.* también MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 89 y ss., quien sobre la base de una serie de estudios de la doctrina alemana, hace notar que la disciplina de la competencia desleal, atraída por los valores constitucionales que se consagran en la legislación de defensa de la competencia, pasa a formar parte de un derecho general de la competencia, unitariamente estructurado.

²²⁶ Sobre este tema, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 274, quien establece que la pugna por la conquista del mercado, hace prevalecer la eficiencia y constituye el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo adecuado sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes. En sentido si-

Se trata de normas que pretenden garantizar la existencia de concurrencia en el mercado y sancionar los comportamientos empresariales que la restringen, falsean o aniquilan, mientras que la prohibición de los actos de competencia desleal impone a los operadores económicos pautas de comportamiento,²²⁷ que garanticen que la pugna por la conquista del mercado sea una rivalidad basada en pautas de corrección, lealtad, ética y/o buena fe.²²⁸

Actualmente, se reconoce que la ordenación de la competencia desleal, injusta o ilícita es un sistema que regula el principio de corrección en el tráfico económico, a partir de la tutela de los consumidores, de los agentes económicos y del orden público económico.²²⁹ Sin embargo, en la práctica, a pesar de la modernización atravesada

milar, FERNÁNDEZ- ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, cit., p. 23; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 290; GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 57, coinciden en señalar que el derecho protege la competencia, porque este proceso obliga al empresario a satisfacer las necesidades de los consumidores, al menor precio y con el mínimo uso de recursos. En el mismo sentido, AMC-*Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington D.C., April, 2007, pp. 2 y ss., señala que la competencia produce beneficios directos para los consumidores, por cuanto se trata de un proceso que obliga a las empresas a mantener los precios bajos, a mejorar la calidad de los productos y a innovar para captar una mayor cuota de la demanda.

²²⁷ Vid. ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (IV): Competencia Desleal y Publicidad”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 373, quien manifiesta que las normas sobre competencia desleal imponen a los operadores económicos unas pautas de comportamiento y reprueban a los que no actúan con arreglo a ellas. Por otra parte, SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.*, p. 170, explican que la defensa de la libre competencia pretende favorecer que ésta despliegue sus efectos benéficos en el mercado, mientras que las normas sobre competencia desleal se ocupan de que la competencia se ajuste a criterios de lealtad o corrección. En sentido similar, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, p. 66, señala que las normas sobre competencia ilícita tratan de encauzar la competencia por el camino de la ética y del Derecho.

²²⁸ La referencia expresa a la buena fe, la encontramos en el Art. 5 de la Ley 3/1991 del 10 de enero de competencia desleal española, publicada en el BOE n. 10 del 11 de enero de 1991, que brinda una definición de la competencia desleal a partir de la cual “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. En igual sentido, encontramos esta misma referencia, en varias leyes del continente americano: el artículo 8 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, en que se señala que “*se prohíben las conductas y actos de competencia desleal en violación de las reglas de buena comercial, ética comercial, usos honestos y sana costumbre...*” y la Ley 20.169 de Chile publicada en el Diario Oficial del 16 de febrero de 2007, que regula la competencia desleal, cuyo artículo 3 textualmente dice “*... es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres...*”.

²²⁹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, pp. 353 y ss., quien explica que la regulación de la competencia desleal protege el principio de corrección en el tráfico económico, cuestión que en la actualidad se traduce en una obligación dirigida a todos los intervinientes en el mercado, para asegurar que el sistema competitivo funcione adecuadamente. En sentido similar, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de...*, cit., p. 258, apunta que se va produciendo un cambio en la función de las normas de competencia desleal, ya que de tutelar simplemente los intereses de los competidores, éstas han ido pasando a proteger también la institución de la competencia o el interés público del Estado en el mantenimiento de un

por las normas de competencia desleal, cabe considerar que éstas aun despliegan buena parte de sus efectos en beneficio de la tutela del empresario competidor.²³⁰

Esta postura con la cual nuestra LC concuerda, sostiene que si bien existe mayor coincidencia entre los ámbitos protegidos con la normativa *antitrust* y que si bien el derecho de la competencia desleal moderno tiene un triple objetivo, siempre más afín con los objetivos de orden público que persigue la defensa de la libre competencia- puesto que constituye una regulación integrada, que protege el interés general y el de los consumidores- ello no impide reconocer que las normas que proscriben comportamientos desleales siguen principalmente protegiendo a los competidores individualmente considerados.²³¹ Esta situación se refleja en la tipificación de las conductas prohibidas y en la naturaleza de las acciones reparadoras.

orden concurrencial no falseado En igual sentido, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, pp. 67 y ss., establece que se ha producido una ampliación de los intereses protegidos por la regulación de la competencia desleal. Sobre este mismo tema, *vid.* FONT GALÁN, J.I. y MIRANDA SERANO L.M., *op. cit.*, pp. 12 y 13, quien haciendo mención del derecho de la competencia en general, manifiestan que la disciplina de la competencia desleal también ha atravesado cambios significativos que resultan en un nuevo objeto de protección, nuevos sujetos protegidos, nuevas funciones normativas y una nueva morfología del ilícito concurrencial y MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 90 y ss., quien también apunta que el modelo social de la competencia desleal ha dado lugar al paso de una concepción centrada en la protección exclusiva de los intereses individuales a un modelo que protege el mercado, con base en el interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. Por su parte, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, 12ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz, Madrid, 2005, pp. 190 y ss., también coincide que la regulación de la competencia desleal ha sufrido una transformación notable, que convierte a la Ley de Competencia Desleal española en un instrumento de ordenación y control de las conductas todos los participantes en el mercado.

²³⁰ En El Salvador, los daños que los competidores pueden causarse entre sí son regulados por las disposiciones relativas a la competencia desleal previstas en los artículos 491 a 497 del Código de Comercio de 1970, en los artículos 100 a 103 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, D.L. n. 868 del 6 de junio de 2002, publicado en el D.O. n. 125, Tomo 356 del 8 de julio de 2002 y por el artículo 238 del Código Penal de 1998, D.L. n. 1030 del 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. n. 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997, en el que se tipifica el delito de competencia desleal, previo agotamiento de los recursos civiles.

²³¹ Sobre este tema, puede consultarse ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (IV): Competencia Desleal y Publicidad”, *cit.*, p. 374, donde el ex Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de España apunta que la disciplina de la competencia desleal se presenta cada vez más como una exigencia general de ordenación del mercado, que sigue reprobando la deslealtad frente al competidor, pero también frente al consumidor. La normativa reguladora de la competencia desleal protege todos los intereses afectados por la competencia: el interés privado del empresario, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público. En sentido parecido, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, pp. 69-72, coincide que las normas sobre competencia desleal constituyen un sistema integrador con un triple objetivo: la protección de las empresas individualmente consideradas; la protección de los consumidores finales privados y la protección de la generalidad, entendida como la población y el Estado. Por otra parte, ULLRICH, H., *Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: a Continental Conundrum?*, Working Paper

El Derecho de la competencia desleal contiene prohibiciones que reflejan una tutela directa de los competidores- como los actos de denigración- otras que protegen a los consumidores –como los que inducen a confusión- y finalmente, algunas que protegen el mercado, el orden concurrencial o el interés general,²³² aunque exista cierta tendencia a considerar que la protección de cualquiera de los intereses que informan esta tríada, produce una protección refleja de los demás.²³³

Esta función tuitiva de los intereses privados de los empresarios cobra mayor relieve al examinar la naturaleza de las acciones reparadoras. Sin perjuicio de reconocer que los mecanismos de protección de la libre competencia pueden adoptar diversas modalidades, como en el modelo de los EE.UU., donde muchas prácticas constituyen delitos penalmente relevantes,²³⁴ las normas garantes de la libre

LAW n. 2005/01, publicado por el Instituto Universitario Europeo, Florencia, febrero 2005, p. 29 (en www.iue.it/PUB/law05-01.pdf, consultada el 15 de febrero de 2008), considera que si bien existe complementariedad entre la defensa de la libre competencia y la prohibición de la competencia desleal, la orientación de la segunda hacia una protección de los competidores se refleja en la regulación europea de ambas disciplinas, donde los Estados miembros de la Unión gozan de mayor libertad para regular las cuestiones relativas a la competencia desleal, por considerarse que se trata más de un problema de protección de los competidores .

²³² Esta división tripartita, la encontramos en ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (IV): Competencia Desleal y Publicidad”, *cit.*, p. 377; BROSETA PONT, M., *op. cit.*, pp. 191 y ss. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, p. 72, autores que conjuntamente separan los actos prohibidos en los que perjudican a los competidores, los que atentan contra los consumidores y los que vulneran el interés general. En igual forma, MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 113-123, señala que la clasificación de los casos de competencia desleal pueden dividirse en los que atentan contra el empresario competidor, los que atentan en contra de los consumidores y los que atentan contra el mercado. Sin embargo, también agrega que esta clasificación tiene una mera función ordenadora porque en realidad, muchos de los actos de competencia desleal pueden incluirse simultáneamente en más de un elemento de la clasificación, mientras que SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.*, pp. 186 y 187, hace una clasificación bipartita y reúne las dos últimas categorías, en actos contrarios al buen funcionamiento del mercado.

²³³ *Vid.* DIEZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, en *Diario La Ley*, año XXVI, número 6373, del 5 de diciembre de 2005 (en www.laley.net, consultada el 21 de febrero de 2008), quien cita a COSTAS COMESAÑA, J., “El Concepto de Acto de Competencia Desleal (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de abril de 1998, en el caso Monopolio de las palomitas en los cines)”, *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XIX, 1998, para establecer que existe una tríada de intereses cuya tutela informa todo el derecho de la competencia desleal español, entre los que existe una relación que permite que la protección de uno de ellos produzca una protección refleja de los otros, porque finalmente esta normativa también persigue la protección de un orden concurrencial sano. Por su parte, MENÉNDEZ, A., *op. cit.*, pp. 117 y ss., reconoce que las prácticas que atentan deslealmente contra un competidor, condensan el núcleo clásico de la actividad desleal, con el fin de proteger al empresario en sus conflictos con otros empresarios, aunque en la actualidad su enjuiciamiento ha de partir del entendimiento del principio de libre competencia.

²³⁴ En el sistema de los EE.UU., *vid.* artículos 1, 2 y 3 de la Ley Sherman de 1890, en los que diversos tipos de prácticas anticompetitivas se castigan como delitos graves, con la posibilidad de ser

competencia generalmente tienen aparejados mecanismos eminentemente administrativos, cuya finalidad es la restauración del orden concurrencial y no la de los intereses privados afectados, mientras que las normas sobre competencia desleal generalmente prevén procedimientos civiles, que habilitan diversas acciones para obtener una reparación del daño sufrido por el competidor y/o por los consumidores.²³⁵

sancionados con multas y penas de prisión, hasta por tres años: “§ 1 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1, *Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty, Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court;* § 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 2, *Monopolizing trade a felony; penalty, Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court;* § 3 Sherman Act, 15 U.S.C. § 3, *Trusts in Territories or District of Columbia illegal; combination a felony, Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.*

²³⁵ Sobre la diferencia de las acciones reparadoras, puede consultarse DIEZ ESTELLA, F., *op. cit.*, p. 3, donde este autor distingue la defensa de la libre competencia y la competencia desleal, a partir de su función, intereses protegidos y naturaleza del ilícito regulado por cada una, recordando que estas diferencias justifican diversos procedimientos reparadores: administrativo en el caso de las prácticas restrictivas de la libre competencia y de naturaleza civil, en el caso de los actos de competencia desleal. Para una comparación de las acciones civiles reparadoras frente a los actos de competencia desleal, en España, *vid.* capítulo III, de la Ley 3/1991(aunque el régimen español es particular porque el artículo 3 de la Ley 15/2007 y el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, establecen una conexión entre ambas disciplinas que permite que un mismo acto pueda ser constitutivo de una infracción a uno y otro régimen; en Francia, los artículos 1382 y 1383 del Código Civil de 1804 permiten que los actos competencia desleal sean constitutivos de responsabilidad civil; en Chile, *vid.* capítulo III de la Ley 20.169, en El Salvador, *vid.* Art. 497 y ss. del Código de Comercio de 1970; en Costa Rica, *vid.* inciso último del artículo 17; en Guatemala, artículo 364 del Código de Comercio de 1970, publicado en el Diario Oficial n. 40, Tomo 188, del 9 de abril de 1970; en Honduras, *vid.* art. 170 y ss. de la Ley de Propiedad Industrial o Ley 12-99 E, publicada en la Gaceta Oficial 29.084 del 29 de enero de 2000. Sin embargo, en Venezuela, el párrafo único del artículo 55, de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y el numeral III, del artículo 8 de la ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, habilitan al particular para incoar directamente el procedimiento común para demandar resarcimiento por daños y perjuicios o para presentar una denuncia en sede administrativa siempre por actos de competencia desleal, aunque si se intenta

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador mercantil ha mostrado tradicionalmente, cierta tendencia a confundir ambas regulaciones, aunque la aprobación de la Ley de Competencia, marca una separación tajante al excluir los actos de competencia desleal del objeto protegido por la LC.²³⁶ Éstos se siguen regulando en forma general, en el Código de Comercio el Salvador de 1970, el cual define la competencia desleal como todo acto encaminado a atraerse clientela indebidamente,²³⁷ aunque más recientemente, a partir de un ámbito más especializado, la Ley de Marcas de 2002, proporciona una definición más acorde con las tendencias modernas, definiendo la competencia desleal como todo acto contrario a los usos y prácticas honestas en materia comercial.²³⁸

Desde la perspectiva de los mecanismos correctores, en El Salvador las instituciones garantes de la libre competencia han reconocido que existe una marcada distinción entre ambas ramas del derecho de competencia.²³⁹ Las prácticas

primero la vía administrativa, se debe esperar su terminación para acudir al procedimiento civil.

²³⁶ Es menester precisar que en su momento, esta decisión fue debatida. El anteproyecto de ley presentado en 1994, por FUNDE-CDC, así como el anteproyecto presentado por el FMLN en 1995, proponían incluir disposiciones relativas a la competencia desleal en la Ley de Defensa de la Competencia. En la Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, consta que el partido de oposición presentó una propuesta durante la Sesión Plenaria para la aprobación de la LC, para que se incluyera un régimen de prohibición de la competencia desleal, la cual no fue aprobada.

²³⁷ Vid. el inicio del Art. 491 C.Com., el cual textualmente señala que: “*Se considera competencia desleal la realización de actos encaminados a atraerse clientela indebidamente...*”. El resto del artículo proporciona un elenco de prácticas prohibidas, entre las que se mencionan principalmente actos de denigración al competidor o de confusión del consumidor, realizados con el fin de desviar la clientela de otro comerciante. En el *Formulario Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva* emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en marzo 2008), la autoridad de competencia ha manifestado que la protección de la competencia se diferencia de la protección contra la competencia desleal, porque la primera se dirige a establecer las condiciones de transparencia bajo las cuales los agentes económicos pueden actuar libremente en el mercado, la segunda pretende evitar que los sujetos económicos erosionen la transparencia en los mercados, haciendo suya una reputación ajena, menoscabando la reputación de un competidor o difundiendo a los consumidores atributos falsos sobre los productos o servicios ofrecidos que dan como resultado una desviación de la clientela en perjuicio de los demás competidores.

²³⁸ En el artículo 100 de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, aprobada mediante Decreto Legislativo n. 868 del 6 de junio de 2002, publicado en el D.O. n. 125, Tomo 356 del 8 de julio de 2002, encontramos una definición más actualizada conforme a la cual “*Se considera desleal todo acto realizado en el ejercicio de una actividad mercantil o con motivo de ella, que sea contrario a los usos y prácticas honestas en materia comercial*”.

²³⁹ En febrero de 2008, la Superintendencia de Competencia reiteró la separación de ambos ámbitos, al declarar improcedente una denuncia por considerarla exenta de la aplicación del artículo 30 LC, por ser constitutiva de una práctica de competencia desleal. Vid. improcedencia pronunciada el 28 de febrero de 2008 en el caso SC-003-D/PA/NR-2008, donde la SC manifestó que “*No obstante lo anterior, se observa que los hechos sobre los cuales la sociedad peticionaria fundamenta el abuso de posición dominante de la sociedad Corporación Mundial de Inversiones, S.A. de C.V., lejos de*

anticompetitivas son objeto de un procedimiento administrativo sancionador tramitado por la Superintendencia de Competencia, mientras que frente a los actos de competencia desleal, existe una doble vía para su represión.

En un primer momento, la persona afectada puede acudir a la vía civil para intentar la reparación subjetiva del daño causado, en los tribunales que tienen competencia en materia civil y mercantil.²⁴⁰ En forma subsidiaria, el artículo 238 del Código Penal de 1998 tipifica el delito de competencia desleal, pero supedita su denuncia y conocimiento a una condición de procesabilidad, que exige que sea el Juez de lo Mercantil-ahora civil y mercantil-, que haya conocido sobre los actos de competencia desleal, quien avise al Ministerio Público, en caso de considerar que éstos pueden ser constitutivos de un ilícito penal.²⁴¹

constituir las prácticas contenidas en la disposición legal citada, podrían encajar en los supuestos contenidos en el artículo 491 del Código de Comercio...Y es que es evidente que los hechos narrados y que la denunciante considera como prácticas anticompetitivas, se circunscriben básicamente a la desacreditación de sus productos". En la misma resolución la SC agregó que "La aplicación de la Ley de Competencia tiene lugar cuando el funcionamiento de un mercado se ve afectado por una conducta anticompetitiva realizada de manera individual o concertada por uno o más agentes económicos Además, en el presente caso los hechos descritos no permiten identificar la afectación de un mercado relevante en particular, sino que se enfocan en el perjuicio causado al denunciante por posibles actos de competencia desleal, cuyo conocimiento corresponde a los juzgados de lo mercantil..."

²⁴⁰ Sobre esta distinción, puede consultarse esencialmente MOLINA, F., *op. cit.*, p. 25, quien señala que es importante distinguir la naturaleza y los mecanismos reparadores que existen frente a ambos tipos de prácticas. El procedimiento aplicable en materia de defensa de la competencia, cuya instrucción corresponde a la SC, es un proceso administrativo que se enfoca en el interés general y no en el interés particular. En la normativa mercantil, *vid.* artículos 491 a 497 del Código de Comercio de 1970 y en especial el artículo 494, que textualmente dice: "*La sentencia que declare la existencia de actos de competencia desleal ordenará además de la cesación de tales actos, las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y para evitar su repetición, así como el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando sea procedente*". En la ahora derogada Ley de Procedimientos Mercantiles de El Salvador, aprobada con Decreto Legislativo n. 360 del 14 de junio de 1973, publicada en el D.O. n. 120, Tomo 239 del 29 de junio de 1973, encontrábamos los artículos 21, 22 y 23 en los que el legislador salvadoreño había previsto mecanismos reparadores de los intereses privados afectados por los actos de competencia desleal. En el Código Procesal Civil y Mercantil de 2010, aprobado con D.L. n. 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en el D.O. n. 224 del 27 de noviembre de 2008, en vigor desde el 1 de julio de 2010, el numeral 12 del artículo 256 establece que podrán tramitarse diligencias preliminares para solicitarse el cese de los actos de competencia desleal.

²⁴¹ Este requisito se encuentra aun vigente, en el Art. 497 del C.Com: "*Cuando el Juez de Comercio que conozca de un juicio sobre competencia desleal, advierta la comisión de hechos que puedan constituir delito, deberá certificar los pasajes pertinentes del expediente y remitirlos al Fiscal General de la República, especialmente la prueba vertida al respecto, a fin de que el mencionado funcionario, bajo su responsabilidad, promueva la acción penal que sea procedente*", el cual se complementa con el artículo 238 del Código Penal de 1998, que tipifica el delito de Competencia Desleal, en los términos siguientes: "*El que propalare hechos falsos o utilizare cualquier otro medio fraudulento capaz de ocasionar grave perjuicio a un competidor, con el fin de obtener para sí o*

Sin perjuicio de conservar la separación fundamental entre ambas materias adoptada por el legislador, pero con el propósito de acercar nuestra normativa a la concepción unitaria del fenómeno concurrencial y de fortalecer el nascente sistema de defensa de la competencia, en una subsiguiente reforma de la LC habrá que considerar la necesidad de introducir algún tipo de conexión que permita establecer un enlace entre ambas normativas, a modo de otros países como España, donde si bien el tema ha sido recientemente debatido, se optó por conservar una disposición de este tipo en la legislación de defensa de la competencia nacional.²⁴²

A partir de una tipificación abierta, la Ley de Competencia salvadoreña prohíbe los acuerdos colusivos horizontales y verticales, así como el abuso de posición dominante, pero en la práctica, además de estos tres grandes grupos de conductas anti-competitivas la doctrina y la jurisprudencia también reconocen que existen actos de competencia desleal que tienen la capacidad para afectar la libertad de competencia, los que deberían poder ser enjuiciados por esta normativa, cuando además de afectar intereses privados, también produzcan una afectación del orden concurrencial.²⁴³ En este orden de cosas consideramos que puede mostrarse útil agregar una disposición que opere como norma de cierre entre ambas normativas.

un tercero una ventaja indebida, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. Para iniciar el proceso se atenderá a lo dispuesto en el artículo 497 del Código de Comercio”.

²⁴² Vid. Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, en cuyo artículo 3 se ha previsto lo siguiente: “*Falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*”. En la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal, vid. Artículo 15.”*Violación de normas. 1. Se considera desleal prevalecer en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. la ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial*”.

²⁴³ Sobre este tema, DIEZ ESTELLA, F., “Las Complicadas Relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal”, en *Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea*, n. 213, mayo/junio 2001, pp. 21 y ss., establece que tal como la normativa española de defensa de la competencia ha consignado, existen actos de competencia desleal que tienen la capacidad para trascender la afectación de los intereses privados de los competidores, resultando en una afectación del orden concurrencial en el mercado y de los intereses generales cuyo buen funcionamiento representa. En sentido similar, ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia (IV): Competencia Desleal y Publicidad*, cit., pp. 374 y ss., expresa que los actos desleales son reprobados porque además de afectar a los consumidores y competidores, pueden llegar a afectar el orden concurrencial, especialmente cuando los competidores adquieren indebidamente ventajas competitivas que le ubican injustamente en mejor posición que sus rivales. En sentido parecido, MIRANDA SERRANO, L. Ma., op. cit., p. 29, manifiestan que los actos de competencia desleal que tengan la capacidad para afectar la competencia y que no estén incluidos en los artículos de la LDC que describen las prácticas anticompetitivas- *antitrust*- prohibidas, recaen en el ámbito prohibido por el artículo 7 de la LDC [Ahora artículo 3 LDC].

El mecanismo concreto requiere discusión y adaptación a nuestro ordenamiento jurídico, ya que en países donde se ha consignado en la normativa *antitrust*, su aplicación no ha dejado de ser polémica.²⁴⁴ En el caso salvadoreño, algunas instituciones nacionales que examinaron los proyectos de Ley de Competencia, consideran que el sistema de defensa de la competencia se vería reforzado y cobraría mayor eficacia, si se reformara la LC, para que la Superintendencia pudiera investigar la existencia de una conducta de competencia desleal que también pudiera ser constitutiva de una práctica anticompetitiva.²⁴⁵

La reforma deberá contemplar aspectos operativos o procedimentales relacionados con el mecanismo de enlace: apertura de oficio, existencia de una denuncia o remisión del proceso por el Juez de lo Mercantil, previo pronunciamiento- o no sobre la existencia del acto de competencia desleal. Sin embargo, también será necesario abordar los aspectos sustantivos, ya que en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es necesario determinar con suficiente predeterminación el ámbito concreto de las conductas prohibidas.

En este sentido, si bien más adelante concluimos que la tipificación de las conductas proscritas por la LC no es taxativa, ésta se encuentra delimitada por los tres tipos de conductas generales mencionadas anteriormente. Un artículo “puente” entre la regulación de la competencia desleal y la normativa de defensa de la competencia salvadoreña requeriría de una previsión expresa que tipificara un cuarto ilícito anticompetitivo: los actos de competencia desleal que tuvieran la capacidad para afectar el objeto protegido por la LC.

²⁴⁴ Al respecto *vid.* DIEZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *cit.*, pp. 1284 y 1285, quien menciona que al momento de hacerse las propuestas para la nueva Ley de Defensa de la Competencia española, la doctrina nacional más autorizada se manifestó dividida respecto de la necesidad de conservar el ex artículo 7 de la ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. Sobre este tema, *vid.* también ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *op. cit.*, p. 321, quien concluye que se trata de un artículo poco operativo y redundante que debería ser derogado. Sin embargo, MIRANDA SERRANO, L. Ma., *op. cit.*, pp. 11-49, consideran que es necesario desentrañar las conexiones entre ambos ordenamientos establecidas por el artículo 7 LDC, para establecer la correcta aplicación del mismo.

²⁴⁵ Sobre este tema, en los escasos estudios nacionales, puede consultarse la investigación del CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, “Condiciones Jurídicas que Debe Contemplar una Ley de Competencia en El Salvador”, en *Consideraciones Jurídicas en torno a una Ley de Libre Competencia en El Salvador*, Documentos de Trabajo de FUNDAUNGO, Serie Análisis de la Realidad Nacional, 2001-3, San Salvador, septiembre 2001, pp. 17 y 18, donde se indica que se hubiera dotado de mayor efectividad al sistema de defensa de la competencia, si se hubiesen modificado las disposiciones adjetivas relativas a la competencia desleal, facultando al juez de lo mercantil para certificar a la Superintendencia, los pasajes pertinentes de aquellos procesos en los que la práctica denunciada pudiese ser constitutiva de conductas anticompetitivas.

Una previsión legal de esta naturaleza fortalecería la protección del orden concurrencial en el mercado, operando como cierre, para extender el ámbito de las conductas prohibidas a todas aquellas prácticas no comprendidas en los artículos 25, 26 y 30 LC, que realizadas en el marco de una actividad económica en el mercado pudieran afectar negativamente la libre competencia a través de conductas contrarias a la buena fe, al principio de corrección en el tráfico comercial.

15. Fines de la Ley

Una vez delimitado el objeto protegido por la Ley de Competencia, respecto del cual un estudio global realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico indica que la mayor parte de sistemas jurídicos concuerdan que el proceso competitivo no se protege como un fin en sí mismo, puesto que únicamente constituye el “qué” de la norma. La competencia se protege como instrumento para alcanzar aquéllos fines estimados dignos de tutela en un sistema y en un momento determinado.²⁴⁶ Estos constituyen el “para qué” de la Ley.

Al igual que la determinación clara del objeto protegido, el establecimiento de los fines de la Ley constituye el punto de partida indispensable para guiar al intérprete en su aplicación racional.²⁴⁷ Sin embargo, antes de entrar en materia, es

²⁴⁶ Vid. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, cit., p. 4, donde en este documento publicado en forma conjunta con el Banco Mundial, la OCDE afirma que “*the only areas of consensus apparent across different jurisdictions are that: the objective of competition policy is to protect competition by striking down or preventing those private (and where possible, public) business restraints that adversely interfere with the competitive process and that the competitive process should be protected not to maintain and promote competition for competitors’ sake but to achieve other objectives*”, lo cual en una traducción libre significa que, si bien existe consenso sobre el objeto de protección del derecho de competencia, también se reconoce que éste no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar otros fines.

²⁴⁷ La particular importancia que reviste el establecimiento claro de los fines de las leyes de defensa de la competencia, ha sido defendida con especial vigor por BORK, R.H., *op. cit.*, p. 50, quien manifiesta que las políticas para la defensa de la competencia no pueden ser racionales hasta que podamos contestar con firmeza una pregunta: ¿Cuál es el propósito de la ley, cuáles son sus fines?, puesto que todo lo demás depende de la respuesta que demos (traducción nuestra). En el mismo sentido y haciendo referencia a la obra del Juez Bork, DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003, p. 37, concuerda con la necesidad de partir de una interpretación teleológica de la normativa *antitrust* para poder alcanzar una correcta comprensión de las particulares y concretas figuras y herramientas con las que se instrumentaliza su función. Sobre la importancia de la definición de los fines en legislaciones aplicables a economías pequeñas, nos remitimos esencialmente a GAL, M.S., *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, pp. 46 y ss., quien señala que además de aportar certeza y claridad en la aplicación de la norma, en estos mercados de tamaños reducidos, la determinación de los fines tutelables cobra especial importancia, para definir los resultados que se espera obtener.

necesario precisar que se trata de un tema cuyo examen ha interesado particularmente a la doctrina anglosajona, por lo que en este apartado ésta constituirá nuestra principal fuente de referencia, aunque también completemos nuestro estudio con el análisis del derecho y la jurisprudencia de otros sistemas y con el examen de las providencias de la Superintendencia de Competencia de El Salvador.

La labor de la SC debe partir del final del artículo 1 de la Ley de Competencia, donde se establece que las finalidades perseguidas por la defensa de la competencia son: la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.²⁴⁸ Esta opción adoptada por nuestra norma refleja la práctica más generalizada en el derecho comparado,²⁴⁹ la cual también se asienta en una recomendación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo- UNCTAD.²⁵⁰ Con el fin de evitar las incertidumbres provocadas por la omisión de una mención expresa, muchos países que han aprobado leyes de competencia han optado por plasmar los fines perseguidos, con la intención de aportar certeza y uniformidad en la interpretación y aplicación de esta normativa.²⁵¹

²⁴⁸ *Vid.* inciso 1 del artículo 1 de la LC, citado más arriba al inicio de este capítulo, donde se menciona que la Ley protege la competencia con el fin de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, a partir de un criterio de igualdad jerárquica o de igualdad de importancia.

²⁴⁹ Sobre la mención expresa de los fines que persigue la normativa de competencia, en América Latina, *vid.* Art. 1 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; inciso primero del artículo 10 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 1 Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; Art. 1 de la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas de Perú, Decreto Legislativo n. 1034 del 24 de junio de 2008, publicado en el D.O. “El Peruano”, del 25 de junio de 2008; Art. 1 de la Ley de Competencia de Uruguay de 2007; y, Art. 1 de la Ley de Competencia de Venezuela de 1991. En otras latitudes y continentes, como por ejemplo en el Art. 1 de la Ley Antimonopolios de la República de China Popular del 30 de agosto de 2007, publicada en la Gaceta del Consejo de Estado n. 30, serie 1245, del 30 de octubre de 2007; Art. 1 de la Ley de Comercio Equitativo de Taiwán del 4 de febrero de 1991, publicada en la Gaceta del Despacho del Presidente n. 5364 del 4 de febrero de 1991; Art. 1 de la Ley de la República de Armenia para la Protección de la Competencia Económica del 6 de noviembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial n. 30 del 15 de diciembre de 2000 y Art. 1 de la Ley de Competencia de India 2002, del 13 de enero de 2003, publicada en la Gaceta de India n. 12 del 14 de enero de 2003, también hemos podido constatar que la tendencia generalizada es hacia una mención expresa de los fines que protegen las leyes garantes de la libre competencia.

²⁵⁰ *Vid. Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007, donde se recomienda que las leyes nacionales incluyan un artículo en el que se especifiquen los fines perseguidos por las normas de defensa de la competencia, apoyando su propuesta con ejemplos de leyes de competencia adoptadas en los 5 continentes, en las que se ha consignado una mención expresa de los fines protegidos.

²⁵¹ En el modelo anglosajón, si bien se trata de un sistema de *common law* en el que se deja un amplio margen a la construcción jurisprudencial, el debate sobre los fines de las normas *antitrust* - no expresados en las normas- ha constituido desde sus orígenes, un tema polémico y cambiante, cons-

15.1 La promoción de la eficiencia económica

El primero de los fines enunciados por nuestra Ley de Competencia es el fomento de la eficiencia económica.²⁵² Esta postura refleja una tendencia adoptada en un gran número de leyes de defensa de la competencia en el ámbito iberoamericano, Vg. Costa Rica, España, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Uruguay,²⁵³ aunque siempre de acuerdo con el citado estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la protección de la eficiencia económica en las políticas de competencia, corresponde a una tendencia bastante generalizada a nivel global.²⁵⁴ La protección o promoción de la eficiencia económica constituye uno de

tuido a partir de la doctrina de los diferentes Magistrados que han servido en diversos periodos de la Corte Suprema de Justicia de ese país. Sobre este tema, *vid.* DIEZ-ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, *cit.*, pp. 32-52 y BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 15-89, donde el autor dedica un capítulo de su obra a la síntesis histórica de la doctrina de la Corte Suprema de ese país en materia de fines del derecho *antitrust*; otro a las intenciones del Congreso que aprobó la normativa *antitrust* original; y, finalmente, un tercero a la configuración jurisprudencial actual de los fines, concluyendo que en la actualidad el único fin legítimo es la protección del bienestar de los consumidores.

²⁵² La relación entre la defensa de la competencia y la búsqueda de la eficiencia de nuestra economía, se encuentra mencionada en el IV considerando inicial de la Ley de Competencia y reiterada en el artículo 1 LC, donde la eficiencia económica se consigna como uno de los fines perseguidos por la norma.

²⁵³ En Iberoamérica, a título de ejemplo, *vid.* Art. 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006, el cual textualmente señala que “*La presente Ley tiene por objetivo promover y preservar la competencia; facilitar la participación de los agentes económicos en los mercados con el fin de mejorar la eficiencia económica...*”. En sentido similar, *vid.* Art. 1 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica de 1995; Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; Art. 1 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 2 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 1 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; Art. 1 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007 y Art. 1 de la Ley de Competencia de Venezuela de 1991, en los que se expresa que las normas de defensa de la competencia tienen por finalidad la protección de la eficiencia económica o de la eficiencia de los mercados.

²⁵⁴ *Vid.* *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, p. 3, donde la OCDE y el Banco Mundial comentan que uno de los objetivos más comunes de las políticas de defensa de la competencia ha sido la promoción de la eficiencia económica. A pesar de reconocer que existen otros fines perseguidos por la políticas de competencia, estos organismos advierten que en las dos últimas décadas, éstas se han enfocado en la promoción de la eficiencia económica, con el fin de maximizar el bienestar económico. Sobre este tema, *vid.* GELLHORN, E., y otros, *op. cit.*, pp. 45-47, quienes textualmente expresan “*Even if the Supreme Court declines to resolve the goals issue, efficiency probably will remain paramount in antitrust litigation for the foreseeable future* (Aunque la Corte Suprema decline resolver la problemática de los fines, existe probabilidad que la eficiencia seguirá siendo de suma importancia en la litigación de casos de competencia, en el futuro no lejano)” traducción nuestra. En sentido similar, CARLTON, D.W. and PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 604, apuntan que la eficiencia económica aparece como una finalidad simple en relación a otras finalidades de índole social o político, que ofrecen criterios menos objetivos para la solución de un caso. En sentido idéntico, *vid.* BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 50 y ss.

los fines que ha alcanzado mayores niveles de aceptación en virtud de su compatibilidad con el contenido eminentemente económico de estas normas.²⁵⁵

Si bien el nuestro es un estudio jurídico, hemos tomando en cuenta que la doctrina moderna que hemos venido citando considera que la correcta aplicación del derecho de la competencia requiere del conocimiento de una pluralidad de conceptos económicos, sobre los cuales los juzgadores tendrán que pronunciarse, por lo que hemos optado por incluir algunas consideraciones de tipo económico, que nos serán útiles más adelante cuando examinemos los criterios adoptados por la Superintendencia de Competencia sobre el tema de la eficiencia, o cuando hagamos referencia a los que expresa el Reglamento de la LC.²⁵⁶

²⁵⁵ El tema de los fines del derecho de competencia es uno sobre el cual no existe consenso absoluto, aunque sí algunas teorías que reúnen mayor aceptación que otras, como en el caso de las que se inclinan a favor de la protección de la eficiencia económica. Entre los defensores de la eficiencia económica como finalidad del derecho de competencia, *vid.* CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pp. 604 y ss., quienes manifiestan que la mayoría de los economistas consideran que las leyes *antitrust* deberían tener como simple finalidad, la promoción de la eficiencia. En sentido similar, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *op. cit.*, p. 71, afirman que la única finalidad del derecho *antitrust* debe ser la eficiencia económica, porque constituye la finalidad más consistente con la naturaleza económica del proceso competitivo. Estos autores agregan que el derecho de competencia debe proteger la competencia y no al competidor, ya que esta última finalidad obedecería más a opciones de tipo político. Por su parte, KOLASKY, W.J. and DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, n. 1 (2003), pp. 207 y ss. y pp. 230 y 231, afirman que en materia de fusiones y adquisiciones, la eficiencia económica ha sido reconocida como la principal finalidad del derecho de competencia, no sólo en ese país, sino también por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en virtud de los beneficios que el proceso competitivo y la ganancias en eficiencia aportan a la sociedad.

²⁵⁶ Si bien hemos constatado que existe abundante literatura sobre la importancia de los conceptos económicos para el derecho de la competencia, entre las obras recientes más relevantes podemos citar a GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 59 y BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 8 y ss. y p. 123, quienes sostienen que en los ámbitos regulados por el derecho de la competencia, el conocimiento de un mínimo de ciencia económica evita aplicar la ley con incertidumbre, por tratarse de una disciplina que constituye un híbrido entre el derecho y la economía. También comparten esta idea, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007 y ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 278. En sentido similar, CARLTON, D.W. and PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pp. 605-606, agregan que el derecho *antitrust* requiere cada vez más el conocimiento de conceptos económicos, ya que la determinación de la eficiencia no es una cuestión sencilla, ni para los economistas ni menos para los juristas, pero que aun así goza de aceptación, porque permite la consideración de los casos en forma más racional, con base en criterios técnicos y científicos y ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *op. cit.*, pp. 5-16, quienes concuerdan que la regulación jurídica de aspectos vinculados a la vida económica, requiere un conocimiento previo y certero de la naturaleza y características económicas de los bienes, actividades y sectores que se regulan.

Incluimos algunas consideraciones sobre el concepto de eficiencia, porque el objeto de este estudio inevitablemente combina elementos económicos con elementos jurídicos y porque hemos encontrado que se trata de un concepto que está lejos de tener un significado unívoco, que no ha sido definido en la LC o en el glosario correspondiente, pero cuya concreción puede contribuir a una correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia salvadoreña.

Si bien en su acepción más general, eficiencia significa maximización de los recursos, en la doctrina económica, descubrimos tres manifestaciones del concepto de eficiencia económica, que han sido vinculadas con las normas de defensa de la competencia: la eficiencia distributiva, la eficiencia productiva y la eficiencia dinámica.²⁵⁷

La eficiencia distributiva se refiere a una condición en la cual existe la mejor distribución posible de los recursos, porque se destinan a producir los bienes y servicios más valorados o más necesitados. Se dice que existe eficiencia distributiva cuando no se puede mejorar el bienestar económico de una persona sin desmejorar el de otra.²⁵⁸ La eficiencia productiva se define como la situación que se genera cuando una economía produce la mayor cantidad posible de bienes y servicios, con base en los recursos y tecnología disponibles. Es decir, cuando los recursos se organizan en forma tal que no se puede producir más de un bien sin producir menos de otro.²⁵⁹

²⁵⁷ Por todos, *vid.* CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, pp. 26 y ss., quien comenta que el concepto de eficiencia es fundamental en la ciencia económica y en particular, en la microeconomía. Este autor también agrega que la disciplina de la organización industrial ofrece tres acepciones de la eficiencia, que atienden a criterios diversos: eficiencia distributiva, eficiencia productiva y eficiencia dinámica. Desde otra perspectiva, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *op. cit.*, pp. 66 y ss., manifiestan que el término eficiencia se refiere a la distribución de los recursos con base en niveles tecnológicos establecidos y que éste engloba la eficiencia distributiva y la productiva, que son formas de eficiencia estática. Sin embargo, estos autores agregan que también existe una forma de eficiencia que promueve el desarrollo de la tecnología, a la que se le denomina eficiencia dinámica.

²⁵⁸ *Vid.* SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, p. 4 y pp. 275 y 276, quienes explican que se trata de una eficiencia paretiana asimilable al concepto de equilibrio perfecto o competencia perfecta, porque no hay modo de reorganizar la producción o el consumo de manera que se incremente la satisfacción de una persona sin reducir la de otra. En el mismo sentido, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *op. cit.*, pp. 79 y ss., también explican la eficiencia económica a partir del modelo paretiano. En sentido similar, sobre la eficiencia asignativa, *vid.* CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 26, quien explica que esta forma de eficiencia se define por una situación en la que los recursos están distribuidos conforme a su uso más provechoso.

²⁵⁹ Por todos, puede consultarse SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, p. 12, quienes explican que la eficiencia productiva se logra cuando una economía no puede producir más de un bien sin producir menos de otro bien; lo que implica que la economía se encuentra en su frontera de posibilidades de producción. Por su parte, FISCHER, S., DORNBUSCH, R. Y SCHMALENSSEE, R., *op. cit.*, pp. 174 y ss., establecen que la asignación de recursos es eficiente en la producción, si es imposible reasignar la producción total de un bien cualquiera entre las empresas para reducir el

La eficiencia dinámica se refiere a las mejoras introducidas en las técnicas de producción que favorecen la creación de productos nuevos o tecnológicamente mejorados.²⁶⁰

La Ley de Competencia no precisa a cuál de estas formas de eficiencia se refiere, ni cual debe privilegiarse, pero algunos estudios de organismos internacionales que se han interesado sobre el tema consideran que la eficiencia perseguida por el derecho de competencia implica una combinación de las tres, en virtud de los beneficios que cada una aporta.²⁶¹

La dificultad de este enfoque radica en la determinación precisa de los comportamientos que se consideran eficientes y los que no, ya que sobre los mismos no siempre existe consenso en la doctrina económica.²⁶² En nuestro ordenamiento, este

costo total que tiene para la empresa la producción de este bien. En sentido prácticamente idéntico, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 69. Sobre el concepto de eficiencia productiva, *vid.* CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 27, quien indica que la eficiencia productiva básicamente se reduce a la coincidencia que puede existir entre el costo de producción real y el costo mínimo alcanzable.

²⁶⁰ *Vid.* CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 28, quien define la eficiencia dinámica como aquella a través de la cual se logra producir mejores productos o productos nuevos, logrando mejorar las técnicas de producción. Por su parte, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *op. cit.*, p. 79, consideran que esta forma de eficiencia debe denominarse simplemente progreso tecnológico. En forma complementaria, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op.cit.*, pp. 16 y 17, también hacen notar que la eficiencia dinámica promueve la innovación o el desarrollo tecnológico, mejorando los bienes y servicios producidos o creando nuevos productos.

²⁶¹ En *A Framework...*, *cit.*, p. 3, la OCDE y el Banco Mundial expresan que la eficiencia que protege el derecho de competencia puede definirse en forma amplia como la promoción de la eficiencia distributiva y dinámica, a través de la implementación de técnicas de producción que reduzcan costos y promuevan el cambio y el desarrollo tecnológico. En sentido similar, GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., *op. cit.*, p. 19, explican que el hecho de alcanzar las tres formas de eficiencia: la productiva, la asignativa y la dinámica permite que se maximice el bienestar social. Estos autores agregan que desde la perspectiva económica, el bienestar social puede entenderse como la suma del bienestar de los consumidores y de los productores. De otro lado, la doctrina de la Escuela Económica de Chicago - una de las que más ha estudiado el tema de los fines del derecho de competencia- sostiene que el derecho *antitrust* debe buscar la promoción de la eficiencia distributiva sin perjudicar la eficiencia productiva, ya que ambas constituyen mecanismos que obligan a los productores a responder a las necesidades de los consumidores. Al respecto, *vid.* BORK, R.H., *op. cit.*, p. 90, quien manifiesta que “*the whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare*”; aunque cabe precisar que este autor identifica la eficiencia económica con el bienestar del consumidor. Sin embargo, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 43 y ss., critican esta afirmación de Bork, expresando por una parte que, si bien la eficiencia económica es una finalidad primordial del derecho de competencia, en la práctica ésta no excluye la protección de otras finalidades.

²⁶² *Vid.* CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 604 y 605, quienes comentan que, si bien la eficiencia debe constituir el principal fin perseguido por el derecho de competencia, la dificultad radica en la determinación de las prácticas que son eficientes, ya que el mismo comportamiento puede producir bienes más caros, pero tecnológicamente más perfectos. Estos renombrados profesores de economía de las universidades de Chicago y Berkeley, respectivamente, concluyen que este tipo de enfoque económico es indispensable porque aun cuando complique la tarea de los jueces, conduce

tema reviste una particular importancia, ya que además de constituir uno de los fines expresamente protegidos por la LC, el concepto de eficiencia económica también cobra una relevancia muy particular en el control de las concentraciones.²⁶³

El texto de la Ley de Competencia no contiene elementos de los que pueda inferirse cuáles comportamientos son considerados eficientes y cuáles no, puesto que se trata de conceptos que trascienden lo jurídico.²⁶⁴ Sin embargo, hemos encontrado que en su intento por proporcionar algunos elementos que contribuyan a determinar los resultados que pueden considerarse ganancias en eficiencia, en casos de acuerdos verticales y de control de concentraciones, el Reglamento de la LC parte de una concepción de eficiencia económica basada en la eficiencia productiva y en la eficiencia dinámica.

En el artículo 14 del Reglamento de la LC, el legislador incluye criterios que corresponden distintas manifestaciones de estas dos formas de eficiencia mencionadas anteriormente.²⁶⁵ Los incisos a), b), c) y e) se refieren a manifestaciones de la eficiencia productiva, estableciendo que se consideran ganancias en eficiencia las siguientes: a) La generación de ahorros en recursos que permitan al agente

a soluciones más racionales. En el mismo sentido, *vid. A Framework...., cit.*, p. 3, donde la OCDE y el Banco Mundial expresan que “*notwithstanding disagreements among economists, it is widely acknowledge that the applications of economic analysis imparts a greater degree of precision and predictability in the enforcement of competition policy*”.

²⁶³ Nos referimos a las llamadas “defensas de eficiencia”, previstas en el inciso último del artículo 34 de la LC, en los términos siguientes: “*La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación, integración o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en esta Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado*”.

²⁶⁴ Sobre este punto, podemos hacer mención de la Ley de Defensa de la Competencia española, Ley 15/2007, en cuyo Preámbulo se hace una breve mención de la eficiencia en los términos siguientes: “*La existencia de una competencia efectiva entre empresas constituye uno de los elementos definitorios de una economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento en la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*”.

²⁶⁵ *Vid.* artículo 14 y artículo 21/e del Reglamento de la LC, en los que se expresa que estos criterios deberán ser tomados en consideración, al evaluar las conductas entre no competidores previstas en el artículo 26 de la LC, puesto que se trata de conductas valoradas conforme a la regla de la razón y sancionables sólo cuando produzcan efectos anticompetitivos mayores que los procompetitivos. También habrá que considerarlos en los supuestos de concentraciones económicas, donde las ganancias en eficiencias demostradas, vinculan la decisión de la autoridad de competencia, puesto que las concentraciones económicas que demuestren ganancias en eficiencia no pueden ser denegadas, de conformidad con el inciso último del artículo 34 de la LC.

económico, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo; b) La generación de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente; c) La disminución significativa de los gastos administrativos; y, e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución. Por otra parte, el literal d) de este mismo artículo se refiere a manifestaciones de la eficiencia dinámica, al señalar que la transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, también se consideran ganancias en eficiencia.

Sin embargo, en uno de los primeros casos resueltos por la Superintendencia de Competencia, dicha autoridad parece haberse decantado inicialmente a favor de la eficiencia distributiva. En la resolución final proveída en el caso de “La Constructora y el Operador de Televisión por Cable“, en noviembre de 2007, el CDSC manifestó que se entiende por eficiencia económica “aquella situación que propicia la mejor asignación de recursos escasos y que causa una mejora del bienestar general”.²⁶⁶

No obstante ello, dado el poco tiempo que la Superintendencia de Competencia tiene de haber comenzado a funcionar, consideramos que es prematuro concluir cuáles son las manifestaciones de eficiencia a las que la Ley se refiere o a las que la SC dará primacía. Además, cabe reiterar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, señala que en realidad, las tres formas de eficiencia son compatibles con los fines perseguidos por el derecho de competencia, opinión que también ha sido respaldada por algunos sectores calificados de la doctrina.²⁶⁷

²⁶⁶ Vid. la resolución SC-017-D/PA/NR-2006 del 8 de noviembre de 2007, donde el CDSC estableció que la protección de la eficiencia económica constituía uno de los fines de la Ley de Competencia y que ésta debía entenderse como “*aquella situación que propicia la mejor asignación de recursos escasos y que causa una mejora del bienestar general*”, agregando que la “*regulación privada a la entrada no genera eficiencias en el mercado relevante, sino que al contrario impide la asignación de los recursos, pues los mismos no pueden llegar hasta las personas que los demandan*”.

²⁶⁷ Esta misma postura es retomada por un sector de la doctrina europea. En la obra de MOTTA, M., *op. cit.*, pp. 40 y ss., se desarrolla un interesante análisis sobre los efectos de la falta de competencia en las tres formas de eficiencia mencionadas, llegando a la conclusión que el irrestricto poder de mercado limita los beneficios que se obtienen de la eficiencia distributiva, de la eficiencia productiva y de la eficiencia dinámica. En el primero de los casos, porque la falta de competencia disminuye los niveles generales de bienestar. En el segundo, porque se desmejoran los procesos productivos y en el tercero, porque se reduce la inversión en desarrollo y tecnología. En sentido parecido, pero a partir de una delimitación positiva, GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., *op. cit.*, p. 19, manifiestan que es precisamente la confluencia de las tres formas de eficiencia que permite que se maximice el bienestar social. En idéntico sentido, *vid.* GAL, M.S., *op. cit.*, p. 47, quien también concuerda que el régimen regulatorio de la competencia debería permitir la maximización del bienestar general, a través de la creación de incentivos que fomenten la eficiencia productiva, asignativa y dinámica.

15.2 El bienestar de los consumidores

El segundo de los fines que la Ley de Competencia menciona en el artículo 1 es el bienestar de los consumidores. Al igual que la eficiencia económica, esta finalidad ha recibido altos niveles de aceptación a nivel global y se encuentra expresamente protegida por las leyes de competencia de muchos países de Iberoamérica *Vg.* Brasil, España, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela, pero también del resto del mundo, *Vg.* Armenia, China Popular e India, en virtud de la pluralidad de beneficios que el bienestar de los consumidores engloba, como finalidad de la defensa de la competencia.²⁶⁸

Antes de examinar el contenido del bienestar de los consumidores, es necesario precisar la definición que nuestro ordenamiento jurídico ofrece del término consumidor. El Glosario de Términos de la Superintendencia de Competencia nos remite a la definición que proporciona el literal a) del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor de 2005, donde se considera consumidor a toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan.²⁶⁹

Sobre este punto, consideramos procedente resaltar que la amplitud de la definición que ofrece la Ley de Protección al Consumidor y que ha sido adoptada por la Superintendencia de Competencia como definición oficial, es coherente con la

²⁶⁸ A título de ejemplo, en Iberoamérica, *vid.* Art. 1 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, el cual en lo pertinente establece que “*la presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios a través de la promoción y defensa de la competencia...*”. En sentido similar, *vid.* Art. 1 de la Ley de Defensa da Concorrência do Brasil de 1994; Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; artículo 10 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; artículo 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 1 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; Art. 1 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; y, Art. 1 Ley de Competencia de Venezuela de 1991. Sin embargo, al revisar normas de otros continentes y regiones, constatamos el carácter universal de esta finalidad del derecho de competencia, el cual se encuentra reflejado en leyes como la recién aprobada Ley Antimonopolios de la República de China Popular de 2007; la Ley de Comercio Equitativo de Taiwán de 1991; la Ley de la República de Armenia para la Protección de la Competencia Económica de 2000 y la Ley de Competencia de India de 2003, cuyos respectivos artículos 1 hacen mención a la protección de los consumidores como finalidad de las normas individuales.

²⁶⁹ *Vid.* la voz n. 9 del Glosario de Términos emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, cuya definición n. 9 retoma en términos idénticos, el concepto de consumidor expresado en el literal a) del artículo 3 de la LPC de 2005, transcrito *supra* en la nota 140 del capítulo I de este estudio.

configuración jurisprudencial que encontramos en los fallos que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre el tema. Este aspecto fue examinado con detalle en el capítulo anterior de este estudio, en el que expusimos que la SCN ha manifestado que el colectivo cubierto por el término consumidores se refiere a toda la sociedad, al pueblo en general o a la Nación en su dimensión de consumidora.²⁷⁰

En atención a este orden de definiciones, podemos concluir que la protección del bienestar del consumidor perseguida por la Ley de Competencia, es en la práctica una finalidad amplia que repercute en la protección de los intereses de toda la sociedad en su dimensión de demandante de bienes y servicios en el mercado. Sin embargo, a pesar del buen recibimiento que el bienestar de los consumidores ha encontrado como fin perseguido por las normas de defensa de la competencia de muchos países, algunos estudios recientes encuentran que la dificultad que esta finalidad presenta es la clara determinación de lo que se entiende por bienestar del consumidor.²⁷¹

En el modelo salvadoreño, esta tarea ha sido parcialmente facilitada por el Glosario de Términos de la SC, que define el bienestar del consumidor como “los beneficios individuales derivados del consumo de bienes y servicios”.²⁷² Por una parte, la amplitud de esta definición ofrece mucha flexibilidad para que la Superintendencia de Competencia pueda adaptar sus pronunciamientos a las especificidades

²⁷⁰ Vid. apartado 7 del capítulo I y en especial Inc. 8-87, donde la Sala ha dicho que “*la prohibición de los monopolios tiende a tutelar un derecho individual...Y un interés social: el pueblo como consumidor... y queda también establecido, que el interés social protegido es el socio económico de la mayoría de la Nación en su carácter de consumidora de cualquier clase de bienes y servicios, interés social que en realidad abarca todas las repercusiones del fenómeno económico hacia la persona como integrante de la colectividad*”. Diez años después, en la Inc. 2-92, la SCN agregó que “*Tanto monopolio como práctica monopolística, se encuentran prohibidos por ser contrarios a los intereses generales...por esa razón con el objeto que no se dañe el interés social, especialmente el de los consumidores...el monopolio como autorización debe perseguir el mismo interés socio económico, o sea la protección de la colectividad en la satisfacción de sus necesidades económico materiales...y queda también establecido que el interés social protegido es el socio económico de la mayoría en su carácter de consumidora*”.

²⁷¹ Nos referimos especialmente al sistema de los EE.UU., donde la Comisión para la Modernización del Derecho Antitrust ha encontrado que las Cortes de ese país, resuelven los casos con base en criterios de bienestar del consumidor, pero que aun no existe unanimidad sobre el contenido concreto de este término. Sobre este tema, puede consultarse el Informe de la Comisión para la Modernización del Derecho de la Competencia de los Estados Unidos de América (*AMC-Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*), Washington, D.C., 2 de abril de 2007, pp. 2 y 3, donde se reconoce que en la doctrina y en la jurisprudencia de los EE.UU. todavía no existe consenso sobre el significado y el contenido exacto del concepto de bienestar del consumidor.

²⁷² Vid. el *Glosario de Términos* emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en cuya voz n. 4 el bienestar del consumidor ha sido definido como “*los beneficios individuales que se derivan del consumo de bienes y servicios*”.

de los casos y de los tiempos, pero por otra, también hace necesario recurrir a ciertas referencias doctrinarias, con el fin de emplear criterios técnicos para su concreción.

Además de la satisfacción individual que cada persona obtiene al consumir bienes y servicios que el mercado ofrece, la doctrina generalmente concuerda en señalar que la libre competencia beneficia al consumidor porque obliga al productor a mejorar su oferta para conseguir mayor clientela.²⁷³ Además de promover una más eficiente distribución de los recursos, la presión concurrencial impulsa al productor a poner a disposición de los consumidores los bienes y servicios que éstos requieren, en mayores cantidades, en mejores condiciones y a precios más bajos. A ello se suma que la libertad de competencia beneficia a los consumidores porque preserva

²⁷³ Vid. FERNÁNDEZ- ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, cit., p. 23, quien explica que la competencia es una fuerza muy favorable para los consumidores, porque obliga al empresario a mejorar la calidad de sus productos, sus prestaciones, su presentación, a idear productos nuevos, a inventar formas más baratas de producir, a mejorar la atención al cliente y finalmente a invertir en imaginación o innovación para seducir al cliente. En sentido similar, vid. ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, cit., p. 274, apunto que la pugna por la conquista del mercado, hace prevalecer la eficiencia y constituye el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo adecuado sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar más clientes; GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 57, sostienen que el derecho protege la competencia porque este proceso obliga al empresario a satisfacer las necesidades de los consumidores, al menor precio y con el mínimo uso de recursos. En el mismo sentido, AMC-*Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington D.C., April, 2007, pp. 2 y ss., la competencia obliga a las empresas a bajar los precios, a mejorar la calidad y a innovar y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso *Northern Pacific Railway Co. y otros Vs. United States* 356 US 1 (1958) la interacción libre de las fuerzas competitivas dará paso a la mejor asignación de los recursos económicos, a los precios más bajos, a la más alta calidad y al mayor progreso material.

su libertad de elección,²⁷⁴ así como también su derecho a beneficiarse con la innovación y la diversificación de los productos que la rivalidad empresarial promueve.²⁷⁵

En concordancia con la doctrina citada, el CDSC ha adoptado varios de estos criterios en la solución de algunos de los primeros casos sometidos a su conocimiento. En las consideraciones relativas al daño causado por las prácticas anticompetitivas sancionadas en el caso en contra de “Las Eléctricas I” y en el cártel de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC manifestó que uno de los principales beneficios que la competencia aporta a los consumidores es la libertad de elegir entre varias ofertas,²⁷⁶ agregando desde la perspectiva contraria, que uno de los efectos más perniciosos que las prácticas restrictivas de la competencia causan, es la restricción del número de oferentes que pueden satisfacer una necesidad concreta.²⁷⁷

²⁷⁴ Vid. ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 274, quien apunta que la competencia promueve la mejor asignación de los recursos, beneficiando al consumidor con más y mejores productos a menor precio, lo que amplía considerablemente su capacidad de elección y satisfacción. En sentido parecido, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 12-16, manifiestan que el bienestar de los consumidores viene a constituir uno de los fines más importantes del derecho *antitrust*, en virtud de los beneficios mencionados. Por su parte, en *A Framework for the Design...*, *cit.*, p. 3, la OCDE y el Banco Mundial concuerdan en señalar que las leyes de competencia persiguen la eficiencia económica, con el fin de maximizar el bienestar de los consumidores. Citando al Departamento de Justicia de los EE.UU., estos organismos internacionales manifiestan que las leyes de competencia protegen el libre juego de la rivalidad empresarial, con el fin de fomentar la mejor distribución de los recursos, los precios más bajos, así como bienes y servicios de mayor calidad. En sentido complementario, el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 290, señala que la existencia de una pluralidad de operadores económicos que actúan independientemente, beneficia a la clientela, porque obliga al productor a ofrecer mayores ventajas que su competidor. Esta rivalidad puede generar - además de precios más bajos,- también otros beneficios, como mejoras en la calidad de los materiales, la tecnología o la presentación. Sin embargo, como revés de la misma moneda, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, pp. 255 y ss., considera que además de ser un derecho del consumidor, se trata de un elemento consustancial al proceso competitivo, porque la libertad de elección de los clientes para preferir a una empresa determinada entre todas las demás, es un elemento esencial de una situación de competencia.

²⁷⁵ En el sistema anglosajón, *vid.* en sentido similar, *Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington, D.C., 2 de abril de 2007, p. 35, donde la Comisión expone que la protección del consumidor ha sido un criterio adoptado por los tribunales de ese país desde hace varias décadas y que actualmente nadie discute los derechos de los consumidores que el derecho de competencia permite proteger.

²⁷⁶ Vid. SC-007-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007 y SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde el CDSC manifestó en forma casi idéntica, que “*uno de los principales beneficios que gozan los consumidores en un mercado en competencia, es tener la libertad de poder elegir entre varias opciones con diferencias en calidad y precios*”.

²⁷⁷ Vid. SC-008-O/PA/R-2007 y SC-009-O/PA/R-2007, ambas del 11 de septiembre de 2007, en las cuales el CDSC expresó textualmente que “*al bloquearse la entrada de un operador en el mercado relevante definido, los consumidores del mismo han resultado afectados debido a que se les restringió el conjunto de proveedores que podrían satisfacer su necesidad de consumo de energía eléctrica*”.

Además de la protección de la libertad de elección, el CDSC manifestó en el caso de “Los Puestos de Bolsa”,²⁷⁸ que otro beneficio del consumidor que la libertad de competencia busca proteger, es la posibilidad de adquirir bienes y servicios a precios adecuados. Se prohíben las prácticas que reducen el bienestar de los consumidores, porque ocasionan un incremento de los precios de los productos directa o indirectamente relacionados con la actividad anticompetitiva de los agentes económicos.

Este mismo criterio fue adoptado en el caso de “Las Petroleras”, en cuya resolución final el CDSC manifestó que las prácticas anticompetitivas cometidas habían perjudicado el bienestar de los consumidores, porque redujeron su capacidad de compra al producir una distorsión de los precios en los mercados relevantes, así como un encarecimiento de las actividades económicas en general, debido a la repercusión que los combustibles tienen para todas las actividades productivas.²⁷⁹

En el cártel de “Las Harineras” resuelto a finales de 2008,²⁸⁰ el CDSC mantuvo estos mismos criterios puesto que manifestó que uno de los principales beneficios de los que gozan los consumidores en un mercado competitivo es la libertad de elección entre varias opciones de un mismo producto, con diferente calidad y precio. Sin embargo, en otra parte de esta misma resolución y luego en 2012, en la solicitud de concentración SC-013-S/C/R-2012 *America Móvil y Digicel*, el CDSC también

²⁷⁸ Vid. SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, en la cual el CDSC expresó que “la adopción del acuerdo por parte de los agentes económicos involucrados, generó efectos sobre terceros, ya que incidió en los costos de diversas cadenas de valor productivas de distintos sectores (maíz, semillas de granos básicos, papa, frijol, arroz, entre otros), lo que redujo el bienestar de los consumidores”.

²⁷⁹ Vid. Ac. SC-004-D/PA/R-2006, SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007, donde el CDSC manifestó que “en lo que respecta al daño causado, las prácticas anticompetitivas cometidas por los agentes económicos infractores han producido una distorsión significativa de los precios de los mercados relevantes determinados en perjuicio de la eficiencia económica y del bienestar del consumidor, en el sentido que precios más competitivos hubieren provisto mejores opciones de compra en un mercado ausente de las prácticas anticompetitivas encontradas. Por otra parte, el efecto sobre terceros se materializa- como un efecto tangible y atribuible a las conductas anticompetitivas- como el traspaso de las distorsiones al resto de sectores económicos del país que redundan en un encarecimiento de las actividades económicas en general, debido a la considerable importancia que este insumo revista para las actividades productivas”.

²⁸⁰ En la resolución SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, el CDSC manifestó que “En un mercado en condiciones de competencia, uno de los principales beneficios que gozan los consumidores, es la libertad de poder elegir entre varias opciones, con diferencias de calidad y precios”. En sentido complementario, el CDSC agregó que “El bienestar de los consumidores de un bien o servicio puede definirse como la sumatoria de las diferencias entre los precios de reserva de los consumidores del bien “x” y el precio competitivo del bien o servicio en el mercado”, identificándolo con el concepto económico de excedente del consumidor.

expresó que el bienestar del consumidor puede identificarse con el concepto económico de excedente del consumidor.

Por lo tanto, si bien en la expresión “bienestar del consumidor” definida en el Glosario de Términos de la SC como los beneficios individuales que se derivan del consumo de bienes y servicios, podría parecer que caben muchas formas de provecho que el consumidor puede obtener, y si bien la Superintendencia ha comenzado a dotar de contenido a este concepto a través de sus fallos, consideramos que esta Institución tendrá que continuar su labor de interpretación y concreción de este concepto adoptando como límite, la protección de los beneficios que sean una consecuencia directa del proceso competitivo y no de cualquier manifestación del bienestar del consumidor.²⁸¹

Tal como expusimos al inicio, reiteramos que el conocimiento del contenido del objeto protegido y de los fines perseguidos resulta indispensable, con el fin de distinguir las conductas capaces de afectarlo de las que no. La delimitación del ámbito de protección garantizado por la norma y de las finalidades que se pretenden alcanzar con su aplicación, con la mayor precisión posible constituye uno de los objetivos de nuestro trabajo, con el fin de contribuir a distinguir los acuerdos objeto de nuestro estudio que afectan la competencia y los que no.

²⁸¹ Cabe precisar que, si bien modernamente se reconoce que el consumo produce un bienestar que supera la mera satisfacción de necesidades materiales, la satisfacción anímica o moral que el consumidor obtiene del acto de consumo no puede ser protegida por el derecho de competencia, porque trasciende el ámbito económico protegido por esta Ley y aun el ámbito protegido por la normativa de defensa del consumidor, por tratarse de un aspecto de imposible cuantificación. Sobre este tema, puede consultarse ROTHBARD, M.N., *Man, Economy and State*, Nash Publishing, Los Angeles, primera impresión, s/f, pp. 256 y ss., quien indica que el “income” o beneficio psíquico representado por la satisfacción que el consumo de un bien aporta, es imposible de valorar desde la perspectiva económica. Sobre este último aspecto, puede considerarse que, si bien el Art. 4 de la LPC de 2005, contiene 12 literales que enumeran los derechos básicos de los consumidores, así como también los artículos contenidos en el capítulo III de esa Ley, en los que se protegen los intereses económicos y sociales de los consumidores, ninguno alcanza la esfera de bienestar anímico o moral que el acto de consumo puede producir.

Ámbito subjetivo de la Ley de Competencia

SUMARIO: 16. Aspectos generales.- 17. Concepto de agente económico.- 18. Agentes económicos de derecho privado.- 19. Agentes Económicos de derecho público.- 20. Agentes económicos que se benefician con ayudas públicas.- 21. Sujetos excluidos de la aplicación de la Ley.

16. Aspectos generales

El campo personal de aplicación de nuestra primera Ley de Competencia se encuentra demarcado por el primero y tercer inciso del artículo 2, en los que se establece que deben entenderse sometidos a las disposiciones de la Ley, todos los agentes económicos: personas naturales y jurídicas, entidades de derecho privado y entidades de derecho público, que se dediquen directa o indirectamente a actividades económicas y cuya finalidad puede ser o no el lucro, cuyo texto transcribimos a continuación con el fin de facilitar su consulta:

Art. 2.- “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas.

...

Para los efectos de esta ley se considera agente económico toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no”.

Esta amplitud de los sujetos sometidos a la LC sigue la tendencia adoptada en la mayoría de sistemas que se han apartado de los criterios más tradicionales, conforme a los cuales las normas de competencias eran únicamente aplicables a los empresarios o comerciantes.²⁸² Actualmente, encontramos que una gran parte del derecho

²⁸² De forma general, sobre el ámbito personal de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, *vid.* BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*, Mc.Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 60-68; ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de*

comparado, de la jurisprudencia y de la doctrina, aboga por una generalización de la aplicación subjetiva de las normas de defensa competencia, ya que la efectividad de las mismas depende de que sus reglas sean aplicables al mayor número posible de operadores que intervienen en las distintas actividades económicas en el mercado.

Si bien en sus orígenes, las normas de competencia estuvieron destinadas a regular la libre competencia entre empresarios, por tratarse de los sujetos por excelencia del tráfico comercial, la experiencia adquirida en muchos sistemas ha permitido advertir que en los intercambios económicos participa una diversidad de sujetos capaces de afectar la libre competencia, quienes también deben estar sometidos a la legislación de defensa de la libre competencia, para que el mercado funcione adecuadamente.²⁸³

la Competencia, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 126-132; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th. edition, 2007, pp. 45-51 y 226-229 y ROSE, V. and ROTH, P. “Article 81 (1)”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 91-107; sobre la aplicación del derecho de la competencia a sujetos de derecho público, *vid.* ALONSO UREBA, A., *La Empresa Pública*, Montecorvo, Madrid, 1985; GEDDES, R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado: Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 147-205; Rapport Public 2002 du Conseil d’Etat, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pp. 223-279; STIGLITZ, J., *Economía del Sector Público*, traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharía, Bosch, 2ª edición, 1997, pp. 11-95 y 197-236; VICENT CHULIÁ, F., “Poderes Públicos y Derecho de la Competencia”, en *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 3313-3378; sobre las ayudas públicas, *vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El Régimen Jurídico de las Ayudas Públicas a las Actividades Económicas”, en *La Intervención Administrativa en la Economía*, en *Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004*, Consejo General del Poder Judicial VII, Madrid, 1996, pp. 119-154; RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, E.M., “El Régimen de Ayudas Públicas (I): Visión general y aspectos sustantivos”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *op. cit.*, pp. 1155-1193; VAJDA, C. and BATES, A., “State Aids”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 1497-1614.

²⁸³ *Vid.* ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 91 y ss., quienes explican que el término empresa –utilizado en el texto de Tratado CEE– es un término muy amplio que se aplica a casi cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo actividades de naturaleza económica o comercial, incluyendo una gran variedad de entidades de derecho privado y público. En el mismo sentido, ILLESCAS, R., *op. cit.*, p. 127-128, cita a BELLAMY y CHILD (1992) y a Valentine KORAH, para concluir que el término empresa, se interpreta para dar cobertura operativa y jurídica en términos de legitimación pasiva, a cualquier género de operador económico actuante en el mercado. KORAH indica que se trata de cualquier agrupación de recursos destinada al desenvolvimiento de actividades económicas y BELLAMY y CHILD manifiestan que consiste en cualquier entidad que efectúe una actividad económica con independencia de su estatuto legal o de la forma como se financie. En forma complementaria, *Vid.* KORAH, V., *op. cit.*, pp. 45-47, quien explica que se trata de un criterio muy amplio de tipo funcional, que no refleja la naturaleza de la entidad, si no su participación en actividades económicas.

Esta toma de conciencia ha producido una ampliación de la calidad y cantidad de los sujetos subordinados a las reglas de libre competencia en el mercado, llegando actualmente a considerar que todos los agentes u operadores económicos que intervienen en alguna actividad productiva y que tengan capacidad para afectar la libertad de competencia deben regirse por este estatuto: Vg. comerciantes individuales y sociales, cooperativas, agrupaciones sin fines de lucro, asociaciones empresariales, así como diversos organismos con distintos grados de participación del sector público.²⁸⁴

En este capítulo, al igual que en el anterior y en los siguientes, hemos incluido una síntesis del derecho y de la jurisprudencia comparada más relevante, así como de los trabajos especializados más reconocidos que hemos encontrado, con el propósito de presentar un marco conceptual, legal y jurisprudencial que permita ubicar a la normativa nacional.

Sin embargo, el aspecto medular que dota a este capítulo de un interés nacional particular y que aporta elementos novedosos a las obras consultadas, está integrado por el examen que hacemos del ámbito subjetivo abarcado por la Ley de Competencia salvadoreña, el cual complementamos en cada apartado, con un análisis de los pronunciamientos que la Superintendencia de Competencia ha proveído sobre este mismo tema.

17. Concepto de agente económico

En la mayoría de leyes de más reciente aprobación, como la salvadoreña, muchos países de nuestro entorno jurídico más inmediato, han optado por una configuración subjetiva intencionalmente amplia, adoptando el término de agente económico en sustitución de comerciante o empresario, con el propósito de configurar un ámbito personal resueltamente amplio, dentro del cual pueda caber cualquier modalidad de participación en el mercado. Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y

²⁸⁴ Vid. ILLESCAS, R., *op. cit.*, p. 111, quien explica que el campo personal de aplicación del derecho europeo de competencia consigue caracterizar e identificar a los sujetos concretos, cuya conducta puede ser objeto de persecución legal por el hecho de constituir una infracción al ordenamiento jurídico. Este autor agrega que en la actualidad, hemos presenciado una ampliación del número y calidad de los sujetos sometidos a las normas de competencia, cuya vinculación deriva de la mera participación en el mercado y que alcanza a múltiples figuras de derecho privado y de derecho público. En igual sentido, ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario*, *cit.*, p. 279 y “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 300, quien expone que el ámbito subjetivo de la norma de defensa de la libre competencia es amplio e incluye todos los agentes u operadores económicos que intervienen en el mercado.

República Dominicana, han recogido el término “agente económico”, España utiliza el término “empresa”, la Ley chilena usa la expresión “el que”, mientras que Argentina, Brasil, Perú, Uruguay y Venezuela utilizan el término “cualquier persona”.²⁸⁵

En los textos más antiguos, como el artículo 81.1 del Tratado de Roma, en el que se establece literalmente que las disposiciones de defensa de la competencia son aplicables a las empresas y/o a los empresarios, en los términos siguientes: “*Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...*”; así como en el artículo 1 de la Ley Sherman, en la que se expresa que la aplicación de la norma se extiende a “*cualquier persona que realice cualquier contrato, combinación o conspiración prohibida por la Ley...*”, se ha tenido que recurrir a una interpretación jurisprudencial, para actualizar el ámbito subjetivo de aplicación.

Esta ampliación jurisprudencial que ha sido necesario efectuar, así como la opción terminológica reflejada en nuestra Ley, reivindica la aplicación del derecho de competencia a prácticamente cualquier modalidad subjetiva de participación en las actividades económicas que pueda afectar el mercado, puesto que la realidad ha demostrado que no solo los empresarios o comerciantes participan en las distintas etapas del proceso económico.²⁸⁶

El desarrollo más significativo sobre este tema, lo encontramos en los estudios sobre el sistema de defensa de la libre competencia de la Unión Europea- donde aunque la letra de las disposiciones del Tratado de Roma de 1957 ocupe el término empresas²⁸⁷ - el ámbito subjetivo de aplicación del derecho europeo de la competencia

²⁸⁵ Sobre el ámbito subjetivo y su denominación, *vid.* Art. 3 de la Ley de Competencia Argentina de 1999; Art. 15 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile de 2005; Art. 2 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; Art. 3 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007 y Art. 4 de la Ley de Competencia de Venezuela de 1991, en los que se establece que la ley es aplicable a cualquier “persona”. Por otra parte, *vid.* Art. 9 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de 1995; Art. 4 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 2 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 2 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 2 de Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; y, Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008, en los que se menciona que el ámbito subjetivo de aplicación incluye a todos los “agentes económicos” que participen en las actividades económicas. En concordancia con la normativa europea, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, utiliza el término “empresa” a lo largo del articulado.

²⁸⁶ Con excepción de las actividades enumeradas en el inciso segundo del artículo 2 LC, por tratarse de actividades económicas cuya explotación corresponde exclusivamente al Estado, en virtud de una disposición constitucional o legal.

²⁸⁷ Puede consultarse los artículos 81, 82 y 86 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957, publicada en el DOCE C 325 del 24 de diciem-

ha sido ampliado por la Corte Europea de Justicia, quien en reiterada jurisprudencia ha manifestado que, a efectos del derecho de la competencia, el término empresa comprende “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.²⁸⁸

Los estudios que existen sobre el modelo europeo, concuerdan en señalar que esta configuración jurisprudencial del término empresa, ha producido una ampliación del campo personal de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, con el fin de evitar que la participación en actividades económicas de sujetos excluidos, en concurrencia con sujetos obligados a competir, desvirtúe el buen funcionamiento del mercado

El término “empresa” o “undertaking” ha sido equiparado al de operador o agente económico, para dar cabida al mayor número de entidades u organismos legalmente vinculados por la normativa de defensa de la competencia. Aunque los tratados fundacionales no han sido modificados en esta parte, en el sistema europeo se entiende que se trata de un concepto funcional, amplio, aplicable a cualquier género de entidades que realicen una actividad que pueda calificarse como actividad económica.²⁸⁹

bre de 2002.- Disposiciones aplicables a las empresas: Artículo 81.1.-“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...”; Artículo 82.-“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...” y Artículo 86.1.-“Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive...”.

²⁸⁸ La jurisprudencia del TJCE relacionada con la configuración de los sujetos sometidos al derecho europeo de la competencia es sumamente rica y variada, pero uno de los antecedentes jurisprudenciales más emblemáticos, lo constituye la sentencia del 23 de abril de 1991, en el caso C-41/90, *Höfner y Elser*, donde el Tribunal interpretó el término inglés “undertaking”, manifestando que “it must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed...”. Este criterio se ha mantenido hasta la fecha y ha sido reiterado en la sentencia del 17 de febrero de 1993, caso C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*; sentencia del 11 de diciembre de 1997, caso C-55/96, *Job Centre*; sentencias del 16 de marzo 2004, casos C-264/01, 354/01 y 355/01 *AOK-Bundesverband* y otros. Por otra parte, en la sentencia del 17 de diciembre de 1991, en el caso *Anic SpA v Commission*, el TPI manifestó que el término empresa “es un concepto complejo que incluye una gran variedad de recursos físicos y humanos que integran una entidad económica individual, que los competidores y clientes pueden ayudar a identificar”. En sentido similar, *vid.* la sentencia del TPI del 24 de octubre de 1997, caso T-244/94, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* y otros.

²⁸⁹ Sobre este tema, *vid.* entre otros, ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 91 y ss., quien tal como hemos referido más arriba, hace notar que en el ámbito europeo, el término empresa, se aplica a cual-

En el modelo anglosajón, el precitado artículo 1 de la Ley Sherman establece que el derecho de defensa de la competencia es aplicable a todas las personas –“every person”- que realicen cualquiera de las prácticas prohibidas por ese estatuto, mientras que el artículo 7 de la misma Ley completa el campo subjetivo de aplicación del derecho *antitrust*, al señalar expresamente que a efectos de esa normativa, el término persona incluye a las personas naturales, como también a las personas jurídicas, independientemente de la forma que adopten.²⁹⁰

Sin embargo, tal como se examinará con mayor detalle en otro apartado de este mismo capítulo, a diferencia del modelo europeo, es necesario adelantar que en la delimitación jurisprudencial que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., se ha establecido que el término persona adoptado tanto por la Ley Sherman, como por las demás normas que regulan la libre competencia en los EE.UU., no incluye a las personas de derecho público.²⁹¹

En atención a la pluralidad de sujetos que intervienen en las actividades económicas y que pueden afectar el orden concurrencial en el mercado, nuestra primera Ley de Competencia se redactó con la finalidad de ser aplicable a prácticamente cualquier sujeto, decantándose por el término agente económico. Se trata de una expresión que abarca una tipificación omnicomprendiva de las entidades sometidas a

quier tipo de persona natural o jurídica que lleve a cabo actividades económicas. En sentido similar, ILLESCAS, R., *op. cit.*, pp. 126 y ss., explica que se trata de un término que da cabida a cualquier género de sujeto económico, permitiendo entender por empresa a cualquier operador económico que interviene en el mercado. En igual forma, KORAH, V., *op. cit.*, pp. 45 y ss., indica que el término “*undertaking*”, es de tipo funcional, y no institucional, puesto que se aplica a una gran variedad de entidades, siempre y cuando realicen alguna actividad económica. Por su parte, PACE, L.F., *op. cit.*, pp. 77 y 79 establece que se trata de una noción en la que deben concurrir dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo estará conformado por la adecuación del operador al concepto de empresa y el elemento objetivo estará integrado por todas aquellas actividades que puedan considerarse como actividad económica.

²⁹⁰ En la normativa *antitrust* de los EE. UU., *vid.* § 8 Sherman Antitrust Act 15 U.S.C. el cual textualmente dice: “*The word “person” or “persons”, wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, this Laws of any State, or the laws of any foreign country*”, reiterado en términos idénticos en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley Clayton del 15 de octubre de 1914, codificada en el capítulo 15 § 12 del Código de Leyes de los Estados Unidos (U.S.C.).

²⁹¹ En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el precedente básico que interpreta este artículo a efectos de su aplicación a los entes de derecho público, lo encontramos en el caso *United States v. Cooper Corp.* 312 US 600 (1941), donde el Máximo Tribunal de ese país manifestó que “*In summary, we are of opinion that the text of the Act taken in its natural and ordinary sense, makes against the extension of the term “person” to include the United States, and that the usual aids to construction, taken together, instead of inducing the contrary conclusion, go to support the view that Congress did not use the word in the sense form which the Government contends*”.

las reglas de la competencia, reflejada en la variada enumeración ejemplificativa que hace el artículo 2 LC y en la definición que el Glosario de Términos elaborado por el CDSC, retoma de este mismo artículo, en la que se establece que se considera agente económico “toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no”.²⁹²

El concepto de agente económico utilizado por nuestra Ley de Competencia, supone una gran apertura en cuanto a las formas o modalidades que los sujetos sometidos a su aplicación pueden adoptar. Puede tratarse de cualquier tipo de entidad, organismo o persona, incluyendo personas naturales, dedicadas o no al comercio, con o sin fines de lucro o personas jurídicas que respondan a las características anteriores y que se encuentren regidas por un estatuto de derecho privado o por un régimen de derecho público. A efectos de establecer su sometimiento a las reglas de competencia, no interesa la forma jurídica o de hecho que adopten los operadores económicos, sino su intervención efectiva en las actividades económicas.²⁹³

Sobre este aspecto de la Ley aun no existen pronunciamientos relevantes de la Superintendencia de Competencia, dado que no se han presentado supuestos en los que haya sido necesario delimitar los entes que encajan en el concepto de agente económico. En la mayoría de los casos resueltos hasta la fecha, los agentes encausados han sido empresas constituidas en la forma de sociedades mercantiles, *v. gr.* los casos de “Los Puestos de Bolsa”, “Las Petroleras”, “Operadores de Cable”, “Las Eléctricas” “MIDES”, “Las Harineras” y “Las Agencias de Viaje”.²⁹⁴

²⁹² *Vid.* voz n. 3 del Glosario de Términos elaborado por el CDSC el que se define el término “agente económico”, a partir de la definición establecida en el inciso tercero del artículo 2 LC.

²⁹³ En el capítulo I desarrollamos el contenido de la libertad económica constitucionalmente garantizada, donde expusimos que la SCN considera que las actividades económicas amparadas por esta libertad son aquellas que forman parte de los tres grandes procesos económicos. Al respecto, *vid.* SCN Inc. 15-99/17-99 y 8-2004 y 24-98 del 26 de febrero de 2002, publicada en el D.O. n. 46, Tomo 354 del 7 de marzo de 2002 y sentencias de amparo 140-2000 del 12 de noviembre de 2002 y 969-2003 del 9 de febrero de 2005, en las que la Sala ha manifestado que se entiende por actividad económica “*las que se realizan en el marco de las tres etapas del proceso económico: (i) la primera referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; (ii) la segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y, (iii) la tercera, el consumo, uso, disposición, utilización, y aprovechamiento de esos bienes...*”.

²⁹⁴ En cinco de estos casos, los agentes sancionados han sido sociedades anónimas, reguladas por los artículos 191 y ss. del Código de Comercio de 1970. Solo “MIDES” está constituida bajo la modalidad de una sociedad de economía mixta, regulada por el artículo 43 del Código de Comercio de 1970 y por la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, D.L. 2336, del 6 de febrero de 1957, publicada en el D.O. n. 43, Tomo 174 del 12 de marzo de 1957.

Respecto de esta tipificación, apuntamos que la participación de personas de derecho privado o de entidades con fines de lucro en actividades económicas no presenta mayor novedad, puesto que en ambas se han enmarcado los sujetos históricamente más típicos del tráfico económico: las distintas clases de comerciantes. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación que demarca la Ley de Competencia incorpora un concepto particularmente novedoso para nuestra normativa reguladora de la actividad económica: la sujeción de los entes públicos a las mismas reglas que los sujetos de derecho privado que intervienen en el mercado, por lo que respecto de los primeros nuestras consideraciones serán menos extensas que respecto de los segundos.

18. Agentes económicos de derecho privado

La definición legal del concepto de agente económico se encuentra consignada en el inciso primero del artículo 2 LC, en el que se establece que se consideran agentes económicos a las personas naturales y a las personas jurídicas, a las de derecho privado y a las de derecho público, a las cooperativas, a las empresas de participación estatal y -en general- a cualquier tipo de organismo, a condición de que se trate de agentes que tengan participación en las actividades económicas, así como el inciso tercero del mismo artículo, el cual agrega que la vinculación del agente con la actividad económica puede ser directa o indirecta y que puede tratarse de entidades con o sin fines de lucro.²⁹⁵

Históricamente, los agentes económicos que han sido tradicionalmente vinculados con las actividades productivas han sido personas de derecho privado y más concretamente, los comerciantes.²⁹⁶ No obstante ello, la práctica ha demostrado que si bien el tráfico económico se desarrolla efectivamente con la participación mayoritaria de sujetos regidos por un estatuto de derecho privado, en realidad estos agentes revisten las más variadas formas y tipos de personas naturales y jurídicas, quienes a pesar de no tener el carácter legal de comerciantes, se dedican a la producción, transformación, distribución o comercialización de bienes y servicios económicamente relevantes.

²⁹⁵ Vid. texto del artículo 2 de la LC, transcrito al inicio del capítulo, en el que se enumeran los supuestos subjetivos a los que se aplica la Ley de Competencia.

²⁹⁶ Nuestro Código de Comercio, los divide en personas naturales que se dedican al comercio y en comerciantes sociales o sociedades mercantiles: Art. 2 del C.Com.- “*Son comerciantes: I- las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales. II.- Las sociedades que se llaman comerciantes sociales*”.

Esta constatación ha producido el cambio terminológico apuntado, así como la ampliación jurisprudencial de los sujetos de derecho privado que se consideran sometidos a la normativa de defensa de la competencia. Este tema ha sido mayoritariamente desarrollado por la jurisprudencia de los entes jurisdiccionales de la Unión Europea, puesto que en ese modelo ha sido necesario precisar el alcance del concepto de empresa, para extender el campo personal de aplicación de la normativa de competencia. En ese ámbito, por lo general, la doctrina se ha limitado a sistematizar o a comentar los fallos del TJCE, puesto que la ampliación subjetiva ha sido esencialmente un producto de la jurisprudencia.

En esta parte de nuestro estudio, examinaremos principalmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, tal como se ha hecho en casi todo nuestro trabajo, por tratarse de la máxima autoridad judicial en ese sistema. Sin embargo, con relación al ámbito personal de aplicación del derecho de competencia, hemos encontrado que también existen algunos pronunciamientos significativos del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, así como algunas decisiones de la Comisión Europea, a los que será necesario referirnos con el propósito de completar nuestro estudio de los sujetos de derecho privado comprendidos en el campo personal de aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

Con relación a las personas físicas, cabe precisar que además de los comerciantes individuales,²⁹⁷ a efectos del derecho de competencia, también se consideran agentes económicos, las personas naturales que no tienen el carácter de comerciantes, pero que realizan alguna actividad económica, aunque sea en forma ocasional.²⁹⁸ En esta clasificación, también encajan personas que se dedican a la prestación de servicios que no han sido tradicionalmente identificados con una actividad comercial, pero que finalmente han sido reconocidos como prestadores de servicios económicamente

²⁹⁷ En la STJCE del 11 de octubre de 1983, en el asunto C-210/81, *Oswald Schmidt o Demo-Studio Schmidt v. Comisión*, aunque el tribunal resolvió en contra del demandante, atribuyó a Oswald Schmidt, el carácter de empresa, es decir de sujeto sometido al derecho de competencia. En la STJCE del 30 de enero de 1985, asunto C-35/83, *BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Comisión*, la Corte consideró que el industrial Antonius I.C.M. Segers, comerciante individual, proveedor de servicios tabacaleros encajaba en el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de competencia europea. En igual forma, más recientemente, en la sentencia del 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/1999, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd.*, la Corte manifestó que, las partes en un contrato- sean empresas o personas naturales como en este caso- pueden reclamar en contra de la otra parte, por infracciones que vulneran el artículo 81.1 TCE.

²⁹⁸ En la STJCE del 8 de junio de 1982, en el asunto C-258/78, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Comisión*, el tribunal estableció que los derechos exclusivos conferidos a un cultivador de plantas, restringían indebidamente la competencia en el mercado común.

relevantes, como muchas de las profesiones liberales: *v. gr.* consultores, artistas, agentes aduanales, abogados, doctores, entre otros.²⁹⁹

En el modelo anglosajón no ha sido necesario proceder a una ampliación jurisprudencial tan significativa, puesto que tal como apuntamos anteriormente, la misma normativa *antitrust* establece textualmente que se aplica a “toda persona”. Las cuestiones subjetivas que ha sido necesario abordar en ese sistema en materia de personas de derecho privado, tienen relación con algunos sujetos tradicionalmente excluidos de la aplicación del derecho *antitrust*, como las mencionadas profesiones liberales.³⁰⁰

Sin embargo, tal como se podrá constatar en los párrafos que siguen, la Corte Suprema de Justicia de ese país ha abordado principalmente el tema a partir del efecto anticompetitivo que pueden tener las decisiones colectivas de las asociaciones de profesionales, más no a partir de casos de profesionales individualmente considerados.³⁰¹

²⁹⁹ En orden cronológico, en la Decisión de la Comisión del 26 de julio de 1976, en el caso *REUTER/BASF* publicada en el DOCE L 254 del 17 de septiembre de 1976, se estableció que el Dr. Gottfried Reuter químico investigador de profesión, actuando como consultor comercial y principal accionista de Reuter-Holding GmbH, constituía un sujeto distinto de la empresa de la que era accionista, sometido por cuenta propia al derecho de competencia. En la decisión de la Comisión del 26 de mayo de 1978, en el caso *RAI/UNITEL* publicada en el DOCE L 157 del 15 de junio de 1978, se estableció que los acuerdos celebrados entre cuatro cantantes de ópera y la empresa alemana UNITEL también debían incluirse dentro del ámbito de aplicación de la normativa de competencia europea. En la jurisprudencia del TJCE se ha establecido en igual forma, que los agentes aduanales italianos y los abogados de varios países europeos deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo de la regulación de competencia europea. En sentencia del 18 de junio de 1998, en el asunto C- 35/96, *Comisión v. República Italiana*, la Corte manifestó que si bien la actividad que ejercen los agentes aduanales no es una actividad comercial, tiene carácter económico en la medida en que los agentes realizan sus funciones a cambio de un pago, asumiendo riesgos económicos propios. Finalmente, en jurisprudencia más reciente, en la resolución del TJCE del 19 de febrero de 2002, en el asunto C- 309/99, *J.C.J. Wouters y otros*, la Corte estableció que los abogados ejercen una actividad económica, por lo que deben incluirse en el ámbito de aplicación subjetiva abarcado por el término empresa.

³⁰⁰ Sobre este tema, por todos, *vid.* BAUER, J.P. “Professional Activities and The Antitrust Laws”, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 50, 1974-1975, pp. 570 y ss., donde se establece que se trata de un tema que viene siendo debatido desde hace 50 años, puesto que tradicionalmente se ha considerado que las profesiones liberales estaban exceptuadas de la aplicación del derecho *antitrust*, porque se trata de ocupaciones que requieren una formación especial en artes o ciencias liberales, caracterizadas por un alto nivel de regulación estatal y propia, por lo que no habían sido consideradas actividades comerciales en los términos de la normativa de competencia. En el mismo sentido, pero más recientemente, *vid.* TERRY, L.S., “The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as “Service Providers”, en *Journal of the Professional Lawyer*, Vol. 2008, pp. 189 y ss. y KOLASKY, W., “Antitrust and the Liberal Professions: The U.S. Experience” (en www.eui.it, consultada el 27 de marzo de 2009).

³⁰¹ En orden cronológico, puede consultarse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en los casos *Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 US773 (1975); *Virginia State Board of*

Además de las personas naturales, la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado consideran que el concepto de agente económico de derecho privado incluye lógicamente a los comerciantes sociales o sociedades mercantiles tradicionalmente identificadas con el ejercicio de alguna actividad económica.

Sin embargo, en materia de agentes económicos de derecho privado, el campo personal de aplicación también se extiende a otros sujetos o entidades, con o sin personalidad jurídica, como las sociedades irregulares;³⁰² algunos tipos de asociaciones que no persiguen la obtención de utilidades, como las fundaciones, organizaciones y asociaciones sin fines de lucro;³⁰³ así como también a asociaciones de interés social, como las cooperativas, en tanto tengan participación en actividades económicas.³⁰⁴ En igual forma, también se incluyen en el ámbito subjetivo de aplicación, distintos fenómenos agregativos empresariales, como las asociaciones de

Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council 425 US 748 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona* 433 US 350 (1977); *National Society of Professional Engineers v. United States* 245 US 679 (1978); *Arizona v. Maricopa County Medical Society* 457 US 332 (1982); *FTC v. Indiana Federation of Dentists* 476 US 447 (1986); *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association* 493 US 411 (1990); *California Dental Association v. FTC* 526 US 756 (1999).

³⁰² Para antecedentes sobre entidades sin personalidad jurídica que han sido considerados sujetos sometidos al derecho de competencia europea, *vid.* la Decisión de la Comisión del 7 de diciembre de 1978, publicada en el DOCE L 693 del 20 de marzo de 1969 en el caso de la agrupación de hecho CECIMO (Comité Européen de Coopération des Industries de la Machine-Outil), en el cual el sujeto objeto de investigación fue una asociación de hecho, constituida por un grupo de asociaciones nacionales de profesionales constructores de maquinaria.

³⁰³ Para antecedentes sobre entidades sin fines de lucro, *vid.* la STJCE del 16 de noviembre de 1995, en la cuestión prejudicial pronunciada en el caso C-244/94, *CCMSA*, donde el tribunal expresó que un organismo sin fines de lucro que se dedica a la prestación de un sistema no obligatorio de seguros de pensiones, constituye una empresa en los términos del Tratado.

³⁰⁴ Para antecedentes sobre casos de asociaciones cooperativas sometidas al derecho de competencia europeo, *vid.* STJCE del 25 de marzo de 1981, en el caso C-61/80, *Coöperative Stremsel –en Kleurselabriek v. Commission*, donde el TJCE manifestó que una cooperativa agrícola que impone a sus miembros la obligación de proveerse únicamente a través de ella, constituye un sujeto capaz de afectar las condiciones de competencia en el mercado. Puede considerarse también la Decisión de la Comisión del 26 de noviembre de 1986 en el caso *MELDOC*, publicada en el DOCE L 348 del 10 de diciembre de 1986, donde también se aplicó la normativa europea de competencia a varias cooperativas lecheras holandesas, por cuanto tenían participación en la realización de actividades económicas, como la elaboración de productos lácteos.

empresarios³⁰⁵ y los grupos de empresas, en la medida en que pueden actuar como un solo agente económico en el mercado.³⁰⁶

Cabe precisar que la LC extiende expresamente su ámbito de aplicación a todos estos sujetos o entidades respecto de los cuales se ha ampliado jurisprudencialmente el campo de aplicación de la normativa de competencia comparada, puesto que también se ha reconocido que en el mercado salvadoreño, muchos de estos sujetos realizan actividades económicas, directa o indirectamente, ubicándose en una relación de competencia a la par de comerciantes sociales o individuales y/o de toda la gama de sujetos que tienen o pueden tener participación en el tráfico económico.

Con relación a las sociedades de hecho o sociedades irregulares, la normativa mercantil establece que gozan de personalidad jurídica en lo que las perjudique, de tal suerte que puedan responder por sus actos ante terceros, en los términos del artículo 346 del C.Com, cuya parte inicial textualmente señala que “*la sociedad que careciere absolutamente de formalidades para su otorgamiento, no tiene existencia legal, pero la adquirirá al contratar con terceros en los términos que se indican en el artículo 348*”.

En forma complementaria, la parte inicial del artículo 348 C.Com, señala que “*Las sociedades a que se refieren los artículos anteriores, que se hubieren exteriorizado como tales frente a terceros tienen personalidad jurídica en cuanto los perjudique, pero no en lo que pudiere beneficiarles*”, por lo que no existe impedimento para que puedan ser sometidas a la normativa de competencia nacional.³⁰⁷

³⁰⁵ Para antecedentes sobre asociaciones de empresarios, puede consultarse la Decisión de la Comisión del 15 de diciembre de 1982, en el caso *AROW/BNIC*, publicada en el DOCE L 379 del 21 de diciembre de 1982, donde se estableció que los acuerdos de fijación de precios tomados en el seno de la asociación de productores de coñac denominada Oficina Nacional de Profesionales del Coñac, no estaban exentos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado. En forma similar, *vid.* la Decisión de la Comisión del 19 de julio de 1989, en el caso *Asociación de Banqueros Holandeses*, publicada en el DOCE L 253 del 30 de agosto de 1989, en la cual la Comisión estableció que los acuerdos tomados por la Asociación, sobre comisiones y otras condiciones para la prestación de los servicios bancarios, eran contrarios a los artículos 85 y 86 del Tratado. En el modelo anglosajón, *vid.* la jurisprudencia citada en la nota 302 *supra*.

³⁰⁶ Para pronunciamientos sobre la aplicación del derecho de competencia europeo a grupos empresariales, *vid.* la Decisión de la Comisión del 17 de diciembre de 1980, en el caso *Italian Glass*, publicada en el DOCE L 383 del 31 de diciembre de 1980. Por otra parte, en un procedimiento preliminar, el TJCE estableció en la sentencia del 12 de julio de 1984, en el caso *C- 170/83 Hydrotherme Gerätebau GmbH V. Compact. Del Dr. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, que para efectos del derecho de competencia el término “empresa” debe entenderse que designa una unidad económica, aunque esa unidad esté conformada por varias personas naturales o jurídicas.

³⁰⁷ *Vid.* el artículo 346 y siguientes del C.Com de 1970, en los que se regula la responsabilidad de las sociedades de hecho o de las sociedades irregulares, en los términos establecidos en los artículos transcritos en el texto.

En igual forma, es necesario considerar que las personas jurídicas sin fines de lucro, dentro de las cuales en nuestro país, se incluyen las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones para fines benéficos, las asociaciones de tipo cultural o académico, entre otros, no tienen prohibido participar en actividades económicas por la ley, sino que únicamente generar utilidades para sus miembros.³⁰⁸

En la práctica, se trata de formas asociativas que muchas veces participan directa o indirectamente en actividades económicas relacionadas con la consecución de sus fines, como la contratación de servicios o la compra y venta de bienes, con la condicionante que dichos ingresos deben servir para financiar las actividades o fines propios de la asociación.³⁰⁹ En este orden de cosas, existe la posibilidad que los sujetos sin fines de lucro regulados por la normativa salvadoreña, compitan en el mercado con los demás sujetos del tráfico económico y deban someterse a la normativa de competencia, en igualdad de condiciones

Finalmente, en el ámbito de las formas asociativas de derecho privado que tienen existencia legal en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario incluir a las cooperativas, por cuanto se trata de asociaciones privadas de interés social, dedicadas a fomentar el bienestar y, en muchos casos, el beneficio económico de sus miembros, por medio de la producción de distintos bienes o la prestación de servicios, en su mayoría de naturaleza económica.³¹⁰

En este caso, si bien su normativa marco establece que se trata de asociaciones de interés social, porque en muchos casos protegen los intereses de grupos minorita-

³⁰⁸ Para la regulación nacional de estas asociaciones en El Salvador, *vid.* la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, D.L. n. 894, del 21 de noviembre de 1996, publicada en el D.O. 238, Tomo 333, del 17 de diciembre de 1996, en especial el artículo 9 que literalmente establece que: “Art. 9.- *Se entenderá que una asociación y fundación es sin fines de lucro, cuando no persiga el enriquecimiento directo de sus miembros, fundadores y administradores. En consecuencia, no podrán distribuir beneficios, remanentes o utilidades entre ellos, ni disponer la distribución del patrimonio de la entidad entre los mismos al ocurrir la disolución y liquidación de la entidad. Las asociaciones y fundaciones, no podrán ser fiadoras, caucioneras o avalistas de obligaciones*”.

³⁰⁹ En el inciso segundo del artículo 3 la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, se establece que “*Lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad que tienen para la realización de todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, establecidos en su norma interna, siempre que no contraríen el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres*”. En forma complementaria, los artículos 36 a 38 establecen que estas asociaciones pueden contratar servicios y pueden comprar y vender bienes.

³¹⁰ *Vid.* artículos 7 a 12 de la Ley General de Asociaciones Cooperativas, aprobada con D.L. n. 339 del 6 de mayo de 1986, publicado en el D.O. n. 86, tomo 281 del 14 de mayo de 1986, en el primero de los cuales se establece que las cooperativas podrán ser de diversos tipos, como “...a) *Cooperativas de producción; b) Cooperativas de vivienda; c) Cooperativas de servicios*”.

rios o que requieren especial protección debido a su condición de microempresarios o de productores artesanales, en la práctica, las cooperativas que se dedican a la producción de bienes o servicios intercambiados en el mercado, como la producción y venta de productos agrícolas, pesqueros, artesanales o industriales, persiguen el lucro y rivalizan con comerciantes sociales o individuales dedicados a la misma actividad económica.

En igual forma rivalizan las cooperativas dedicadas a la prestación de servicios de ahorro y crédito, transporte, consumo, seguros, entre otros, por lo que a efectos de defensa de la libre competencia, es necesario someterlas a las mismas reglas.

Para concluir, recordamos que anteriormente expusimos que en los casos resueltos por la Superintendencia de Competencia, hasta la fecha de conclusión de nuestro estudio, la mayor parte de agentes económicos sancionados han sido sociedades mercantiles, por lo que aun no se cuenta con criterios que orienten la aplicación efectiva de la Ley de Competencia a sujetos económicos que en este país no hemos identificado tradicionalmente con la realización de alguna actividad económica.

Actualmente existe un solo caso en contra de una asociación sin fines de lucro, cuya denuncia fue declarada improcedente por la Superintendente de Competencia, en virtud de no haberse encontrado suficientes indicios sobre la existencia de una conducta prohibida por la LC.³¹¹

No obstante ello, esta denuncia generó una recomendación de política pública, emitida por el Consejo Directivo de la SC, con el fin de evitar que la normativa reguladora de las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, contenga disposiciones que permitan falsear las condiciones de competencia en el mercado, al crear ventajas competitivas artificiales a favor de estos sujetos, tal como se examinará con mayor detalle en los dos apartados que siguen.³¹²

³¹¹ En la resolución SC-011-D/PA/R-2006, del 26 de septiembre de 2006, se declaró improcedente la denuncia de la sociedad “Aviación Salvadoreña, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse “AVIASA, S. A. de C. V., en contra de la asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva *“en virtud de no haberse encontrado indicios suficientes que permitiesen determinar la concurrencia de una posible violación al artículo 30 letra c) de la Ley de Competencia”*.

³¹² En acuerdo de fecha 26 de junio de 2007, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia resolvió: “a) Informar al señor Ministro de Hacienda los resultados del análisis técnico, jurídico y económico del presente caso, que se ha realizado con base en la Ley de Competencia, para que a partir de éste y de acuerdo a lo establecido en los artículos 6 letra c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 7 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro, determine la procedencia de mantener o revocar la declaratoria de sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta concedida a la Asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva; b) recomendar al señor Ministro de Hacienda que previo a conceder la declaración de

19. Agentes económicos de derecho público

La enumeración de los sujetos sometidos a las reglas de la libre competencia, que hace el artículo 2 de la LC incorpora expresamente a los agentes económicos de derecho público. Esta disposición hace un inventario detallado de las entidades públicas sometidas al derecho de competencia, enumerando por separado las entidades estatales, las entidades municipales y las empresas de participación estatal, con el fin de reiterar la amplitud del ámbito subjetivo sometido a la Ley, así como su aplicación extensiva a todo tipo de organismo de derecho público, sin reparar en la forma que puedan adoptar.³¹³

Al igual que muchas de las situaciones reguladas en la LC, por tratarse de temas novedosos, no contamos con estudios nacionales sobre la aplicación del derecho de competencia a las personas de derecho público y muy pocos sobre su intervención en actividades económicas. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el fenómeno privatizador experimentado en El Salvador, al igual que en muchas otras latitudes ha reducido considerablemente la participación del Estado en las actividades económicas, por lo que para el examen de este tema, debemos recurrir fundamentalmente a la doctrina, a la jurisprudencia y a la regulación adoptada en los modelos que han servido de base para nuestro trabajo.

En el modelo anglosajón, la doctrina científica no se ha dedicado al estudio de este tema con la magnitud que se ha hecho en Europa, puesto que los pocos autores que se han interesado por la aplicación del derecho de la competencia a

sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta a una persona jurídica, evalúe si la misma constituye una entidad de utilidad pública, en aras de contribuir a la eliminación de potenciales distorsiones a la competencia en los mercados...”.

³¹³ Con relación a la tipificación de las dos primeras clases de entes públicos que pueden intervenir en las actividades económicas, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. n. 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. n. 236, Tomo 261 del 19 de diciembre de 1978, ofrece la única definición legal de lo que se entiende por Administración Pública, en los términos siguientes: “Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública: a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, c) el Gobierno Local”, postura que ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia 230-C-2002, del 22 de mayo de 2002. Por otra parte, en la improcedencia pronunciada en el amparo 538-2005, el 3 de noviembre de 2005, la SCN ha manifestado que el concepto de Estado comprende “tanto al Estado en forma centralizada como descentralizada, implicando que el titular de dichos bienes deberá ser, necesariamente, una persona jurídica pública estatal”.

entes públicos, han reconocido que en ese ámbito, la aplicación del derecho *antitrust* se ha concentrado en los agentes económicos privados.³¹⁴ De una parte, porque las empresas titularidad del Estado no han formado parte de las instituciones tradicionales del modelo económico implementado en Estados Unidos y, de otra, porque los entes públicos que participan en actividades económicas han gozado históricamente de inmunidad frente a la aplicación del derecho *antitrust*.³¹⁵

En Estados Unidos la normativa *antitrust* no contiene disposiciones expresamente dirigidas a los sujetos de derecho público, por cuanto tanto el texto de la Ley Sherman como el de la Ley Clayton, se declaran aplicables a toda persona. No obstante ello, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país, se ha establecido que el término persona adoptado por las normas de defensa de la competencia, no incluye a las entidades estatales, incluidos los Estados Federados, los Municipios y las empresas estatales, como los servicios postales.³¹⁶

³¹⁴ Vid. SAPPINGTON, D.E.M. and SIDAK, J.G., “Anticompetitive Behavior by State- Owned Enterprises: Incentives and Capabilities” in GEDDES, R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, p. 1, quienes explican que en el ámbito anglosajón, el estudio de las reglas de competencia aplicables a las entidades públicas es muy inferior a su desarrollo europeo y que ello se debe en parte, al sistema capitalista que ha imperado en los EE.UU. y Canadá -entre otros- donde no se ha favorecido la titularidad pública de las empresas o por lo menos no con la magnitud que se ha hecho en Europa. En el mismo sentido, GEDDES, R.R., “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”, in *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, p. 27. Por su parte, PIERCE, R.J., Jr. and GELLHORN, E., *Regulated Industries In a Nutshell*, West Group, 4th edition, St. Paul, 1999, p. 295, explican que si bien la titularidad estatal de las empresas es una forma de intervención estatal en la economía, éste ha sido un fenómeno muy poco común en los EE.UU., respecto de Europa, donde ha existido una fuerte tradición de propiedad estatal de los servicios públicos. En sentido similar, STIGLITZ, J., *La Economía del Sector Público*, traducido por María Esther Rabasco y Luis Toharía, Bosch, 2^a edición, Barcelona, 1997, pp. 203 y 204, coincide en señalar que en Estados Unidos la participación directa del Estado en actividades productivas, no ha tenido la misma dimensión que en Europa, puesto que en ese país el Estado se ha limitado preferentemente a su papel de supervisor y regulador de la producción de bienes y servicios. Sobre este tema, también puede consultarse COLOMA, G., “Fusiones y Adquisiciones en Mercados con Empresas Públicas y Privadas”, paper n. 27, publicado por Berkeley Program in Law & Economics, University of Berkeley, año 2006, quien apunta que la revisión de la literatura sobre el tema de la aplicación del derecho de la competencia en mercados en los que participan empresas públicas y privadas, es notablemente escasa porque se trata de dos temas tradicionalmente disociados en la literatura económica anglosajona (en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/27>, consultada el 6 de mayo de 2008).

³¹⁵ Sobre la inmunidad de aplicación del derecho de la competencia de la que gozan la mayoría de entes públicos en los EE. UU., *vid.* también los comentarios sobre el *State Action* y otras excepciones, en SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 799-813, quienes comentan que tanto el Estado Central como las municipalidades pueden abrigarse bajo esta excepción, así como ciertos casos de particulares que actúan por orden y bajo el imperio del Estado. En ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 6th edition, Chicago, 2007, pp. 1273-1284, también se hace una recapitulación de la jurisprudencia de base que ha permitido construir esta doctrina.

³¹⁶ Sobre la inmunidad de aplicación del derecho de la competencia a los entes públicos en los EE.UU., puede consultarse *United States v. Cooper Corp.* 312 US 600 (1941), donde la Corte Suprema de

Es por ello que nuestras consideraciones sobre la aplicación de la Ley de Competencia a entidades públicas, se basarán principalmente en los estudios elaborados en el modelo europeo, donde una mayor participación del Estado en las actividades económicas ha llevado a un mayor análisis de el tema y de la sumisión de las mismas al derecho de defensa de la competencia,³¹⁷ así como a una regulación expresa en el TCE, de la cual se ha derivado un nutrido desarrollo jurisprudencial.

El primero de los aspectos que es necesario puntualizar es que, independientemente de la enumeración que hace nuestra normativa de los diversos tipos de entes estatales sometidos al derecho de la competencia, en varios países de la Unión Europea y en la Unión misma, éstos han sido reunidos bajo el concepto de empresa pública, con fundamento en la aplicación del mismo criterio funcional que se ha utilizado para la interpretación del término empresa que utilizan los artículos 81, 82 y la mención expresa a la empresas públicas que hace el artículo 86, todos del TCE, cuyo número 1 literalmente dice: “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan dere-*

los EE.UU. manifestó que el Estado es inmune a la aplicación del derecho *antitrust*, ya que por ser un ente soberano no cabe en el término persona utilizado por el artículo 7 de la Ley Sherman. Esta jurisprudencia ha sido complementada en *Parker. v. Brown*, 317 US 341 (1943) donde la CSJ de los EE.UU. ha manifestado que los actos de los Estados Federados y de los Municipios gozan de inmunidad de aplicación del derecho de competencia, porque se encuentran recubiertos por el manto de soberanía del Estado, pronunciamiento que es conocido como “*State action doctrine*”. Más recientemente, en *Hoover v. Ronwin*, 466 US. 558 (1984) y *United States Postal Services v. Flamingo Industries Ltd. et al.* 540 US 736 (2004), la CSJ de los EE.UU. manifestó que el servicio de correos de ese país no puede considerarse en su forma y función, como un ente separado del Gobierno de los EE.UU., por lo que se encuentra exento de la aplicación de las leyes *antitrust*.

³¹⁷ Sobre este tema, por todos, *vid.* ILLESCAS, R., *op. cit.*, pp. 131 y ss., quien apunta que en Europa, el sector público constituye un sujeto de primera magnitud en la vida económica, caracterizada – y no sólo históricamente– por el intervencionismo estatal y el mercantilismo. En sentido similar, TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 30 y ss., quien expone que el fenómeno de la presencia de las empresas públicas en la vida económica europea, se generalizó considerablemente en el periodo posterior a la segunda guerra mundial, aunque actualmente haya ocurrido lo que muchos denominan la “huida hacia el derecho privado”. En igual sentido, ARIÑO ORTIZ, G., y otros, *Principios de Derecho Público...*, *cit.*, pp. 460 y ss., también explica el proceso de publicación de varias actividades económicas, a partir de una síntesis de las nacionalizaciones europeas de los años 40. En igual forma, en el ámbito español, GAMIR CASARES, L., “El Proceso de Transformación de la Empresa Pública”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n. 811, 2003, pp. 221-234, quien, a partir de un análisis de la evolución de las empresas públicas en España, establece que fue el periodo posterior a la segunda guerra mundial, durante la dictadura franquista, cuando se produjo su mayor auge en España y MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I*, *cit.*, pp. 225-232, quien considera que las empresas públicas en España se remontan a la época de la Corona, con una notable potenciación del sector público en los años posteriores a la guerra civil.

chos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”.

De la misma forma como el concepto de empresa es extensivo a toda modalidad de participación privada en las actividades económica, el concepto de empresa pública ha sido interpretado para dar cobertura a la mayoría de entes públicos que intervienen en actividades económicas en el mercado, independientemente de su forma de organización.³¹⁸

En el ámbito de las instituciones europeas existen varios textos básicos a partir de los cuales se ha construido la noción de empresa pública mayoritariamente aceptada por el derecho de competencia. Tanto el Parlamento, como la Comisión y el TJCE han contribuido a forjar el concepto, partiendo inicialmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citamos a continuación.

En orden cronológico, en 1962, en el caso *Mannesmann*, se estableció que se considera empresa pública, cualquier empresa sometida a la influencia dominante del Estado.³¹⁹ Veinticinco años después, en el caso *Comisión Europea v. República Italiana*, el TJCE manifestó que las entidades que ejercen actividades económicas de carácter comercial o industrial, consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado, aunque formen parte de la Administración Pública, también se consideran empresas públicas.³²⁰ En el tercero de los tres fallos emblemáticos, en el caso *Decoster*, resuelto en 1991, el TJCE agregó que se consideran públicas aquellas empresas bajo la influencia dominante del Estado, aunque no compartan su personalidad jurídica.³²¹

³¹⁸ Vid. *supra* nota 289 de este mismo capítulo, donde explicamos que el ámbito subjetivo de aplicación del derecho de competencia europeo ha sido ampliado a través de la jurisprudencia del TJCE, puesto que si bien los Tratados utilizan el término “empresa” y no el de agente u operador económico, que es el término moderno utilizado por la doctrina y las leyes más recientes, este concepto ha sido ampliado con el fin de ser claramente aplicable a la mayor variedad de operadores económicos posibles.

³¹⁹ Vid. STJCE del 13 de julio de 1962, en el caso C-19/61, *Mannesmann AG v. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, donde la Corte estableció que cualquier empresa bajo la influencia dominante del Estado se considera empresa pública.

³²⁰ Puede consultarse la STJCE del 16 de junio de 1987, caso C-118/85, *Comisión v. República Italiana* en la cual la Corte manifestó que “...no importa si el Estado ejerce dichas actividades [económicas] a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante...”.

³²¹ Vid. también, sobre esta misma doctrina, la STJCE del 27 de octubre de 1993, caso C-69/91 *Decoster*, donde el Tribunal reitera que se considera empresa pública tanto a las entidades independientes

En la doctrina asentada por el TJCE en la jurisprudencia citada, el concepto de empresa pública es eminentemente funcional y reúne a las entidades con personalidad jurídica independiente del Estado, que participan a título individual en las actividades económicas, pero respecto de las cuales éste ejerce algún tipo de influencia dominante, así como con mayor razón, a los órganos que se encuentran directamente integrados en la Administración del Estado, ya que su sometimiento al control estatal es total.³²²

El Parlamento Europeo ha reconocido que la noción de empresa pública abarca realidades muy diversas, puesto que en la práctica, la participación del Estado en el mercado ha sido presidida por una diversidad de razones y de formas.³²³ Sin embargo, si bien éstas pueden variar de un país a otro, además de la mencionada jurisprudencia del TJCE, para los fines del mercado interior, el Parlamento apunta que la definición que ofrece la directiva 80/723 de la Comisión, constituye la referencia básica, a partir de la cual se ha construido esta teoría en la normativa comunitaria, aunque esta haya sido actualmente sustituida por la Directiva 2006/111/CE de la Comisión.³²⁴

El artículo 2 de la citada directiva 80/723, retomado en términos idénticos en el literal b) del artículo 2 de la directiva 2006/111/CE, considera empresa pública a cualquier empresa sobre la cual las Autoridades Públicas pueden ejercer una influencia dominante en forma directa o indirecta, en virtud de su propiedad, participación financiera o de las normas que la rigen, retomando el concepto de “influencia dominante de la jurisprudencia del TJCE”.³²⁵ No obstante ello, el Parlamento considera que estas definiciones ofrecidas por las instituciones europeas, no logran reflejar

sobre las cuales el Estado ejerce una influencia dominante, como los órganos que ejercen una actividad económica compartiendo la personalidad jurídica del Estado.

³²² Vid. la STJCE del 16 de junio de 1987, caso C- 118/85, *Comisión v. República Italiana*, cit. supra en la nota 321.

³²³ Vid. documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, Serie Economía, w-21, 1996, p. 11, donde se establece la noción de empresa pública da cobertura a realidades muy diversas, porque la participación del Estado en actividades económicas en los países europeos, ha sido presidida por una gran variedades de razones, ya que en cada país la variedad de formas atiende a razones y a momentos históricos diversos.

³²⁴ En el capítulo primero del documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, cit., el Parlamento Europeo reconoce que el concepto de empresa pública puede referirse a una gran variedad de realidades, aunque a nivel comunitario la noción se haya construido a partir de la jurisprudencia del TJCE y de la Directiva 80/723/CEE. Para la Directiva vigente, vid. Directiva 2006/111/CE de la Comisión, del 16 de noviembre de 2006, publicada en el DOCE L 318 del 17 de noviembre de 2006.

³²⁵ Vid. el art. 2 de la Directiva 80/723/CEE del 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, publicada en el DOCE L 195 del 29 de marzo de 1980, en el que se define la empresa pública como “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.

la amplitud que abarca la noción, porque además de su carácter público, es necesario que en ella concurren un mínimo de elementos distintivos de la empresa.³²⁶

En vistas de lo expuesto, una parte de la doctrina más autorizada entiende por empresa pública cualquier entidad que desarrolle actividades de carácter productivo en régimen de concurrencia, respecto de la cual el Estado ejerce una influencia dominante, independientemente de la forma jurídica que adopte. Es empresa pública toda modalidad de participación estatal en el mercado, en calidad de oferente de bienes y servicios de naturaleza económica, tanto cuando forme parte de la estructura orgánica de la Administración Pública, como cuando sea total o parcialmente financiada con fondos estatales, de tal suerte que aunque adopten formas jurídicas de derecho privado, su participación en las actividades económicas esté condicionada por una influencia dominante del Estado.³²⁷

Otro sector de la doctrina especializada concurre que el término empresa pública puede dar cobertura a una pluralidad de formas organizativas. No obstante ello, se aventura a definirla como toda unidad organizativa, dotada o no de personalidad jurídica, que integre o no la estructura orgánica del Estado, con independencia de la forma que adopte, siempre que sea creada, dirigida o controlada por el Estado para producir bienes o servicios para el mercado.³²⁸

³²⁶ Vid. el documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, cit., p. 13, donde el Parlamento señala que es necesario que las empresas públicas puedan distinguirse de otras actividades que dependen de los poderes públicos, porque demuestran un grado mínimo de independencia frente a la autoridad pública que la crea; porque tiene un objeto económico, como la producción de bienes y servicios económicos y porque, al menos algunos aspectos de su modo de funcionamiento, se asemejan al de una empresa privada.

³²⁷ Al respecto, vid. ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, pp. 141-143, quien hace notar que el concepto de empresa pública no viene definido por la titularidad de la empresa por parte de la Administración Pública, sino que por el control directo o indirecto que ejerce el Estado sobre la misma, siendo indiferente que adopte formas de derecho privado como las sociedades anónimas. En sentido similar, VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, p. 3341, apunta que existe unanimidad de opinión respecto de la característica que distingue las empresas privadas de las públicas, la cual no se basa en aspectos jurídico formales, ni de propiedad u orgánicos, sino en que en la dirección efectiva de las mismas corresponda o no al Estado. En igual sentido, MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I*, cit., pp. 232 y ss., manifiesta que el Estado puede operar en el mercado bajo formas jurídicas muy variadas, aun adoptando algunas propias del derecho privado, las cuales serán consideradas públicas cuando se encuentren bajo la dirección y control de la Administración.

³²⁸ Sobre este tema, MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I*, cit., p. 235, manifiesta que se entiende por empresa pública toda unidad organizativa dotada generalmente de personalidad que, con independencia de la forma jurídica que adopte, producen para el mercado bienes y/o servicios y que son creadas, dirigidas y/o controladas por la Administración. En sentido similar, retoma la definición del Prof. Martín-Retortillo, el estudio de CARBONELL PORRAS, E., "El Título Jurídico que Habilita el Ejercicio de la Actividad de las Sociedades Mercantiles Estatales de Infraestructuras Varias ¿Convenio o Contrato Administrativo", en *Los Mercados de Interés General*:

En la normativa de la Unión Europea esta preocupación aparece expresamente reflejada en el citado artículo 86 del TCE, el cual contiene el principio de no discriminación o igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas, con el fin de evitar importantes distorsiones en la situación competitiva de las empresas, cuando en un mismo sector concurren empresas públicas y privadas.

La doctrina manifiesta que esta ampliación subjetiva a los entes de derecho público resulta indispensable para que todos los sujetos que intervienen en el mercado-independientemente de su forma de financiación- se encuentren sometidos a las mismas reglas concurrenciales, puesto que de otra forma, la participación de sujetos en régimen de excepción, desvirtuaría la efectiva aplicación de la normativa de defensa de la competencia. No basta que exista una ampliación del campo personal de aplicación que incluya las empresas públicas, también es necesario que su intervención en el mercado se haga en igualdad de condiciones.

La doctrina y la jurisprudencia comparada sobre la participación de los entes públicos en actividades económicas sometidas a las reglas de la libre competencia en el mercado es unánime al afirmar que ésta debe ejercerse en igualdad de condiciones con los particulares, para evitar que se produzcan distorsiones en la libre competencia derivadas de la situación privilegiada de la que de hecho gozan muchas empresas públicas.³²⁹

Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transporte, Coordinado por Santiago González-Varas Ibáñez, Granada, 2001, p. 377, quien adopta esta misma definición para un concepto genérico de empresa pública, a partir del cual se puedan distinguir las distintas formas de personificación.

³²⁹ Sobre la necesaria sumisión de las entidades públicas en igualdad de condiciones que las entidades privadas en la Unión Europea, *vid.* ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, pp. 135 y ss., quien manifiesta que si el Estado interviene en el mercado, debe hacerlo respetando las mismas reglas a las que se somete la iniciativa privada, para que exista paridad de condiciones o trato unitario. En sentido idéntico, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pp. 287 y 288, donde este autor expresa que esta preocupación se encuentra claramente reflejada en el artículo 86 (ex Art. 90) del TCE, el cual prescribe una igualdad de trato para empresas públicas y privadas que intervienen en el mercado. En el mismo sentido, ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 95 y ss., donde estos autores exponen que si bien las disposiciones del TCE relativas a las empresas públicas tienen por destinatarios a los Estados, en la práctica implican que –salvo por excepciones tasadas, esencialmente basadas en el ejercicio de potestades soberanas- las entidades públicas que participan en actividades económicas, se encuentran sometidas a las reglas del Derecho Comunitario en igualdad de condiciones que los agentes privados. Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado: Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21 y ss., comenta que la normativa europea contiene reglas generales de sometimiento de las empresas públicas a los principios de la libre competencia, mientras que ILLESCAS, R., *op. cit.*, p. 131, apunta que el sector público es un sujeto de primera magnitud en la vida económica europea, por lo que la sumisión de dicho sector a la normativa de competencia, es un factor crítico para su existencia. Encontramos esa misma referencia a la necesaria aplicación del derecho de la competencia a todos los operadores económicos, incluido el sector público, en BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, pp. 63 y ss.;

Tanto los estudios anglosajones, como los europeos consideran que en muchos casos, los privilegios de los que pueden beneficiarse las empresas públicas por su vinculación al Estado, crean una ventaja competitiva artificial, favoreciendo la permanencia en el mercado de operadores ineficientes o contribuyendo a crear un mejor posicionamiento, que puede crear una posición dominante, que no esté basada en una gestión económica más eficiente.³³⁰

Algunas de estas ventajas son otorgadas por el Estado mismo, como en el caso de la agilización en los trámites administrativos, las exenciones de impuestos, los subsidios, la entrega de bienes a título gratuito o cualquier modalidad de ayuda pública- de la que también pueden beneficiarse las empresas privadas- tal como se examinará en el apartado siguiente. Otras, son ventajas intrínsecas a la naturaleza pública de los fondos, que les exime del riesgo de fuga de capital o de la quiebra. Sin embargo, otras también pueden ser concedidas por entidades privadas, en atención al respaldo ilimitado del Estado, del que gozan las empresas públicas, como el acceso a financiamiento en mejores condiciones que los particulares.³³¹

La normativa de la UE aplicable a los privilegios estatales a favor de las empresas públicas ha sido desarrollada en la jurisprudencia de los Estados Miembros, ya que se trata de un fenómeno propio de cada Estado.³³² En este orden de ideas, nos remi-

PELLISÉ CAPELL, J., Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 30 y ss.; y, entre otros más, VICENT CHULIÁ, F., *op. cit.*, pp. 3313-3324.

³³⁰ Vid. Rapport Public 2002 du Conseil d'Etat, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pp. 236 y ss., donde el *Conseil d'État* francés manifiesta que entre todas las prácticas anticompetitivas, la que resulta más común por parte de las empresas públicas es el abuso de posición de dominio: « *l'abus de position dominante constitue le risque majeur que courent les collectivités publiques intervenant sur un marché, en raison même de leur poids, de leurs moyens et de leur régime juridique* ». En sentido similar, vid. GEDDES, R.R., *op. cit.*, pp. 28 y ss., quien manifiesta que las empresas públicas (entidades titularidad del Estado o entidades de participación estatal) gozan de una variedad de subsidios, privilegios e inmunidades que crean una ventaja anticompetitiva artificial, porque no ha sido obtenida a través de una mayor eficiencia.

³³¹ Para un estudio sobre los privilegios o beneficios de los que gozan las empresas públicas en consideración a su vinculación o dependencia del Estado, vid. GEDDES, R.R., *op. cit.*, pp. 28 y ss., quien manifiesta que las empresas públicas pueden ofrecer los bienes y servicios a precios más baratos en virtud de beneficios como exenciones de impuestos, créditos a tasas de interés más bajas, estabilidad del capital, inmunidad del riesgo de quiebra- entre otros. Esta situación perjudica la competencia porque elimina artificialmente a los competidores y desanima a competidores potenciales a entrar en el mismo sector de actividades. En sentido idéntico, vid. ALONSO UREBA, A., *op. cit.*, pp. 174-176 y MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I*, *cit.*, p. 238, quienes presentan un elenco de ventajas artificiales de las que gozan los operadores económicos públicos, muy similar. Sobre este tema, también puede consultarse MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, p. 168.

³³² Vid. el texto del artículo 86 de TCE, donde a efectos de la aplicación del derecho de competencia, se establece la igualdad de condiciones entre las empresas públicas y privadas, con especial prohi-

tiremos a una sentencia del Tribunal Supremo Español de 1989, de mucha utilidad para completar el estudio de este tema, por cuanto ese Tribunal manifestó que las empresas públicas que participan en actividades económicas deben estar sometidas a las mismas reglas de competencia que las entidades privadas.³³³

Para garantizar la participación igualitaria, el TSE manifestó que las empresas públicas deben soportar las mismas cargas fiscales, sociales, financieras y de toda índole, que pesan sobre las entidades privadas, así como también deben estar sometidas a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, ya que ello restringe el libre juego de la competencia, protegido por la normativa de la Unión Europea, de tal suerte que sobresalgan aquellas que han demostrado ser más eficientes.

Esta igualdad de “armas” entre las entidades públicas y las privadas, al momento de participar en el mercado es la que permite la existencia de verdaderas condiciones de competencia. Es por ello que trasladado a nuestro país, no basta que la Ley de Competencia declare que los entes públicos se encuentran sometidos a sus reglas. La mayor equiparación posible de condiciones entre los entes públicos y los demás sujetos que participan en las actividades económicas es una necesidad y uno de los grandes retos que el recién creado sistema de defensa de la competencia debe

bición a los Estados para que concedan a las primeras cualquier tipo de privilegio que contraría las reglas de libre competencia establecidas en el Tratado, el cual literalmente dice: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.”

³³³ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo Español 5279/1989 del 10 de octubre (RJ 1989/7352) donde la Sala de lo Contencioso del TS Español ha manifestado que “la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (Art. 128.2 CE) y de empresas privadas (Art. 38 CE) en el marco de una economía de mercado y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público privado. Por tanto, las empresas pública que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas fiscales, sociales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresa de capital público prevalerse de ningún a forma de posición dominante...”.

enfrentar, aunque esta equiparación tome en cuenta las diferencias intrínsecas de cada tipo de agente económico.³³⁴

Al examinar la primera Ley de Competencia salvadoreña, advertimos que la delimitación de los entes públicos sometidos al derecho de competencia por la que se decantó el legislador salvadoreño refleja la doctrina adoptada por las instituciones europeas mencionadas, puesto que parte de una concepción bastante amplia de los sujetos públicos regidos por este estatuto. Sobre este aspecto de la LC es necesario precisar que se trata de una tendencia que en igual forma ha sido adoptada por la mayor parte de países de América Latina, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, donde las empresas públicas también se encuentran expresamente sometidas a la legislación de defensa de la competencia.³³⁵

³³⁴ Sobre este punto, el *Conseil d'Etat* Francés tiene una postura matizada, puesto que considera que si bien las empresas públicas que prestan servicios económicos gozan de privilegios, ello no necesariamente constituye una ventaja contraria a la libre competencia, ya que la competencia o rivalidad empresarial se beneficia de la desigualdad entre los competidores, puesto que aun entre competidores privados siempre existen diferencias que ubican a unas en mejor posición que otras. En este sentido, el *Conseil d'Etat* considera que no puede esperarse del Estado que elimine las desigualdades que existen entre los operadores económicos, ni los privilegios de los que gozan las entidades públicas, sino únicamente impedir sus abusos. *Vid.* Rapport Public 2002 du Conseil d'Etat, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pp. 267 y ss., donde el *Conseil d'Etat* invoca su propia jurisprudencia para reiterar que « *Le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques-* (avis 96-A-12 du 17 septembre 1996) » y agrega que « *le principe est la liberté et seuls les abus sont interdits. Le principe de libre concurrence n'impose nullement que toutes les entreprises soumissionnaires se trouvent dans une situation financière ou juridique identique et les différences peuvent être grandes entre la petite entreprises artisanale et la filiale d'un grand groupe international, soumissionnaires au même marché et dont les obligations sociales et fiscales peuvent être différentes* ».

³³⁵ A título de ejemplo, en América Latina, la sumisión expresa de los entes públicos a las normas de competencia, la encontramos en el Art. 4 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, en el que se establece textualmente que “*Están sometidos a la presente ley todos los agentes económicos o sus asociaciones, ya sean personas naturales o jurídicas, órganos o entidades de la Administración pública, municipal, industriales, comerciantes, profesionales, entidades con o sin fines de lucro, y otra personas que por otro título participen como sujetos activos en la actividad económica dentro del territorio de la República de Honduras. También se consideran agentes económicos sometidos a la presente ley, las agrupaciones de profesionales tengan o no personalidad jurídica*”. En igual sentido, Art. 3 de la Ley de Competencia Argentina de 1999; Art. 15 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 2 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de 1995; Art. 3 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 2 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 2 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; numeral 2.1 del Art. 2 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; inciso uno del artículo 3 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 3 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007 y Art. 4 de la Ley de Competencia de Venezuela de 1991.

Entre los entes de derecho público incluidos en el ámbito subjetivo demarcado por el artículo 2 de la LC, se incluyó a la Administración Central y a las administraciones locales, por cuanto se trata de entes directamente integrados en la estructura del Estado. Por otra parte, el texto de la disposición en referencia también menciona a las empresas que reflejan una mayor autonomía formal o material, pero en las que existe algún título de participación estatal, como las empresas estatales.

Ante de examinar con mayor detalle la pluralidad de sujetos de derecho público a los que resulta aplicable la normativa de competencia salvadoreña, es necesario señalar que la participación del Estado salvadoreño en actividades económicas, cuenta con una habilitación constitucional expresa, recogida en el artículo 113 de la Constitución de 1983, el cual prevé que el Estado puede participar en asociaciones de tipo económico que fomenten el incremento de la riqueza nacional, dejando abierta la posibilidad que dicha participación adopte diversas manifestaciones, incluso las formas típicas del derecho privado.³³⁶

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no existe una normativa marco que las regule expresamente, ni ley alguna que proporcione un concepto, la participación del Estado en actividades económicas, adoptando personificaciones de derecho privado ha sido reconocida en el proceso de inconstitucionalidad 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996, donde si bien no se establece un concepto, se señalan algunos elementos básicos que las distinguen.

En la jurisprudencia citada, las empresas públicas están caracterizadas por: i) haber sido creadas por una decisión estatal; ii) por manejar fondos públicos; y, iii) por estar sujetas a la voluntad estatal y no a la de los particulares. En forma complementaria, también se reconoce que las empresas públicas o de participación estatal gozan de una serie de privilegios o ventajas derivadas de su vinculación al Estado.³³⁷

³³⁶ En la Constitución de 1983, puede consultarse el Art. 113, en el que se establece textualmente que: *“Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades. En esta clase de asociaciones, además de los particulares, podrán participar el Estado, los municipios y las entidades de utilidad pública”*. Estas últimas se encuentran mencionadas en el inciso segundo del artículo 43 del C.Com. ELS, en los términos siguientes: *“Son Instituciones de interés público aquellas sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones creadas por iniciativa privada a las que, por ejercer funciones de interés general, se les reconoce aquella calidad por una ley especial”*.

³³⁷ Sobre las sociedades de economía mixta y en particular sobre la naturaleza jurídica del Banco Hipotecario de El Salvador, puede consultarse la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN en el proceso 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996, publicada en el D.O. n. 143, Tomo 332, del 31 de julio de 1996, donde el Tribunal manifestó que *“...De lo antes expuesto se establece: (a) que el Banco Hipotecario de El Salvador no ha sido una sociedad anónima de carácter privado, producto*

Si bien este pronunciamiento no utiliza la misma terminología empleada en el ámbito europeo, el mismo hace referencia a varios de los elementos básicos a partir de los cuales se ha elaborado el concepto de empresa pública en ese ámbito. En esencia, la Sala de lo Constitucional ha reconocido que a pesar de tratarse de una entidad constituida bajo una forma de derecho privado, si la misma se encuentra bajo una influencia dominante del Estado - aunque no sea la única influencia- estaremos en presencia de una empresa pública.

En la práctica, las empresas públicas o empresas de participación estatal como las denomina la Ley de Competencia, pueden adoptar dos modalidades: empresas en las que la participación estatal es total y exclusiva y empresas en las que la participación estatal es parcial, porque coexiste con la participación de sujetos privados, sea en la financiación como en la administración.

En el primer tipo, encajan dos modalidades diferentes: las entidades que se consideran empresas propiamente estatales porque se encuentran integradas en la estructura orgánica del Estado, como los municipios o diversas formas asociativas que, siendo financiadas con un capital 100% público, se dedican a la prestación de bienes o servicios de naturaleza económica, como las entidades autónomas y en algunos casos, también algunas sociedades anónimas.³³⁸

de un contrato celebrado con base en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes; más bien es una sociedad anónima de economía mixta cuyo capital fue formado con fondos públicos provenientes de impuestos específicos, y cuyas acciones fueron asignadas a las asociaciones agropecuarias accionistas, en su calidad de asociaciones particulares de interés público, gozando la sociedad anónima de prerrogativas tales como exenciones fiscales -como una "concesión del Estado"- garantía de las cédulas hipotecarias emitidas con la responsabilidad subsidiaria e ilimitada del Estado, y participación estatal en su administración, por lo cual la constitución del Banco Hipotecario de El Salvador, Sociedad Anónima, fue producto de una decisión estatal en el cual la voluntad de los particulares no fue determinante, y su funcionamiento realizando actividades bancarias se ha basado en su ley y estatutos y no en las decisiones de los particulares...".

³³⁸ Sobre el tema de la participación estatal en actividades económicas, los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional que encontramos están relacionados con la prestación de los servicios públicos, en los cuales el Tribunal se ha pronunciado en forma muy indirecta sobre la participación de entidades estatales en actividades económicas. Sobre las formas de gestión de los servicios públicos, *vid.* Inc. 4-97/7-97 pronunciada el 26 de agosto de 1998, publicada en el D.O. n. 168, Tomo 340 del 10 de septiembre de 1998, donde el Tribunal ha manifestado que "...Sobre la titularidad del sujeto que presta el servicio público, precisamente por el carácter general de la necesidad o interés a satisfacer, en un primer momento de la evolución de dicha noción se entendió que sólo podía ser prestado por el Estado, o por entes públicos. Sin embargo, actualmente la práctica en la gestión de los mismos demuestra que puede adoptarse varias modalidades, atendiendo a la participación más o menos directa de la Administración; así, planteada una clasificación de la gestión del servicio público basada en tal criterio, la misma puede ser: directa, indirecta y mixta". En la Inc. 2-2002, la SCN ha manifestado que los servicios públicos prestados por el Estado constituyen actividad económica, en los términos siguientes: "En cuanto a la relación que guardan la libertad económica

Las dos últimas se regulan por su propia ley de creación y aunque ninguna proporcione una definición, las mismas aparecen mencionadas en diversos textos legales, bajo la denominación de empresas públicas o estatales.³³⁹ En la Ley de Presupuesto General de la Nación, únicamente se consideran empresas públicas la Lotería Nacional de Beneficencia, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma.³⁴⁰

No obstante, ello en la práctica son empresas públicas todas aquellas instituciones sometidas a un régimen de derecho público, pero dedicadas a la producción de bienes o la prestación de servicios, en concurrencia con los particulares,³⁴¹ porque no cumplen con finalidades o no realizan actividades de exclusiva potestad del Estado. A título de ejemplo podemos mencionar el Banco Multisectorial de Inversiones o el Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, quienes en la práctica prestan una actividad económica, en competencia con sus homólogos privados, en el mercado de servicios financieros y en la venta de productos farmacéuticos.³⁴²

y la libertad de contratación con el régimen de los servicios públicos, cabría señalar que, si bien la prestación de los mismos pertenece originariamente al Estado –y por ello podría pensarse que están excluidos totalmente del ámbito de protección de dichas libertades– tales servicios constituyen en su esencia actividades de tipo económico, por lo que sí estarían cubiertas por la libertad económica y la de contratación, aunque con un nivel de regulación y de limitación mucho más intenso que el permitido para el resto de actividades de esa naturaleza”.

³³⁹ A título de ejemplo, sobre las menciones a las empresas públicas en la legislación nacional, encontramos una de las referencias más relevantes en la Constitución de 1983, Art. 195/4^a.-“ *La fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se denominará Corte de Cuentas de la República, y que tendrá las siguientes atribuciones: . . . 4a.-Fiscalizar la gestión económica de las Instituciones y empresas estatales de carácter autónomo y de las entidades que se costeen con fondos del Erario o que reciban subvención o subsidio del mismo”.*

³⁴⁰ Vid. la Ley de Presupuesto General de la Nación (en www.mh.gov.sv, consultada en octubre 2012), donde además de los presupuestos específicos de los tres órganos del Estado y de las entidades autónomas, aparecen rubros específicos para las empresas públicas, donde se menciona únicamente a la Lotería Nacional de Beneficencia, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma.

³⁴¹ La Sala de lo Constitucional se ha referido indirectamente a este tipo de asociaciones en una sentencia relacionada con la protección de los recursos naturales, en el Amparo 242-2001 del 26 de junio de 2003, en los términos siguientes “... *la responsabilidad del Estado incluye la planificación y ejecución de programas que tiendan a la protección de los mismos -en los cuales participen el Estado y los particulares- e incluso el fomento y la participación activa en formas asociativas -v. gr., sociedades o asociaciones de interés público- que tengan por objeto incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos, tal como lo prescribe el art. 113 Cn.”.*

³⁴² De conformidad con la Ley de Creación del Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, D.L. N. 278, del 14 de diciembre de 1984, publicada en el D.O. n. 15, Tomo 286 del 22 de enero de 1985, se creó el Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, como institución autónoma, de derecho público

A efectos de la aplicación de la normativa de competencia nacional, también deben considerarse empresas públicas, aquellas entidades respecto de las cuales el Estado ejerce una influencia dominante, aun cuando carezcan de personalidad jurídica propia, pero que realizan actividades económicas en el mercado en concurrencia con sujetos de derecho privado, como por ejemplo el Centro Internacional de Ferias y Convenciones o los hoteles propiedad del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, ya que la celebración de congresos o la prestación de servicios hoteleros, no son actividades conferidas exclusivamente al Estado.³⁴³

En el segundo tipo de empresas estatales, encajan las que la legislación mercantil nacional denomina sociedades de economía mixta. Se trata de sociedades que tienen forma mercantil, pero que están sometidas a un régimen especial, en virtud de la participación del Estado en la conformación de su capital o su accionario, incluyendo cierta regulación que fomenta el ejercicio de una influencia dominante de parte del Estado.³⁴⁴

En El Salvador, éstas se encuentran reguladas por el Código de Comercio y por la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, en la que se

que tienen por finalidad el suministro de productos farmacéuticos y similares a los elementos de la Fuerza Armada. Sin embargo, en la práctica estas farmacias compiten con toda la gama de farmacias privadas que operan en el mercado nacional, puesto que ofrecen sus servicios al público en general. Por otra parte, el Banco Multisectorial de Inversiones se creó mediante su Ley de Creación, D.L. n. 856, del 21 de abril de 1994, publicada en el D.O. n. 98, Tomo 323 del 27 de mayo de 1994, como institución pública de crédito para fomentar la inversión privada. No obstante ello, en la práctica también realiza una serie de actividades económicas en concurrencia con sujetos de derecho privado, ya que su misma normativa (*Vid.* Art. 3), establece que deberá realizar operaciones financieras en condiciones de mercado y no en situación de *supra* ordenación a subordinación. También puede considerarse el caso de la Empresa Transmisora de El Salvador, S.A. de C.V. (ETESAL), la cual si bien se organiza como sociedad anónima, opera con fondos públicos, en régimen de monopolio.

³⁴³ *Vid.* Ley del Centro Internacional de Ferias y Convenciones de El Salvador, DL n. 220, del 19 de enero de 2007, publicado en el D.O. 31, Tomo 374 del 15 de febrero de 2007: Art. 1.- “*Créase el CENTRO INTERNACIONAL DE FERIAS Y CONVENCIONES DE EL SALVADOR, como Institución de derecho público que se podrá abreviar CENTRO DE FERIAS Y CONVENCIONES, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía económica, financiera y administrativa...*”.

³⁴⁴ *Vid.* incisos 1 y 3 del artículo 43 del C.Com. ELS: “*Son sociedades de economía mixta aquellas que, teniendo forma anónima, están constituidas por el Estado, el Municipio, las Instituciones Oficiales Autónomas, otras sociedades de economía mixta o las instituciones de interés público, en concurrencia con particulares... Las sociedades de economía mixta y las instituciones de interés público no son comerciantes sociales, pero les serán aplicables las disposiciones de este Código en cuanto a los actos mercantiles que realicen*”. Sobre este tema, en la escasa doctrina nacional, puede consultarse LARA VELADO, R., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2ª edición, San Salvador, 1972, pp. 105-107, quien explica que se trata de sociedades organizadas en forma privada, pero sometidas al imperio decisional del Estado. En virtud de esta particularidad, las entidades públicas que las integran gozan de ciertos privilegios que no se derivan del accionado poseído, sino de su vinculación al Estado.

establecen algunos aspectos sobre la integración de los órganos de administración y las clases de acciones representativas de capital, en virtud de la participación del Estado en concurrencia con particulares.³⁴⁵ A título de ejemplo, podemos mencionar la Distribuidora Eléctrica de Usulután, S.E.M. (DEUSEM), Alba Petróleos, S.E.M., Manejo Integral de Desechos Sólidos (MIDES), S.E.M. y el Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, la autoridad de competencia no ha dado trámite a ningún caso en el que los sujetos investigados sean entidades de derecho público. No obstante ello, ha proveído algunos criterios en dos resoluciones de trámites. La primera, data de octubre de 2007 y la segunda de marzo de 2010. En la improcedencia proveída en el caso “MIDES”, en 2007, la Superintendente de Competencia abordó el tema de forma indirecta, al señalar que uno de los sujetos denunciados era el municipio de Santa Ana. En la resolución de 2010, la SC mantuvo la identidad de la autoridad demandada confidencial.

Sin embargo, en ambas, la SC aprovechó para reiterar que el campo personal de aplicación de la LC está configurado por los sujetos descritos en el artículo 2 de la normativa de competencia, dentro de los cuales quedan incluidos sujetos estatales, que se dediquen a actividades económicas que no se encuentren exentas por el inciso segundo de esta disposición, como en el caso denunciado.³⁴⁶ Las actividades que constituyan actos de autoridad y que no pueden considerarse actividad económica, no están sujetas a control de la autoridad de competencia nacional.³⁴⁷

³⁴⁵ Vid. la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, aprobada mediante Decreto Legislativo n. 236 del 6 de febrero de 1957, publicada en el D.O. n. 43 Tomo 174, del 12 de marzo de 1957, en la que se consignan algunas de las facultades especiales de las que gozan los entes públicos que participan en estas sociedades, independientemente del porcentaje de su participación el capital. En los estudios nacionales, LARA VELADO, R., *op. cit.*, p. 105-107, establece que cada una de estas sociedades se regulará también por su ley de creación y que en todo caso, las disposiciones especiales que regulan estas sociedades en las que tiene participación el Estado “*privan por su especialidad, sobre la normativa mercantil común*”.

³⁴⁶ Vid. Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la Superintendente de Competencia del 8 de octubre de 2007, donde la SC manifestó textualmente que “*los sujetos que entran en tales supuestos son los únicos a los que podría imputárseles la comisión de prácticas anticompetitivas y, en consecuencia ser sancionados de acuerdo a los procedimientos y criterios previstos en la Ley de Competencia...según el artículo 2 incisos 1º y final de la Ley de Competencia, las entidades estatales pueden calificarse como agentes económicos en la medida que se dediquen directa o indirectamente a actividades económicas; pero excluye del conocimiento de la Ley de Competencia a las actividades económicas aludida en su artículo 2 inciso 2º*”.

³⁴⁷ Improcedencia S-006/D/PS/NR-2010 del 3 de marzo de 2010, donde el Superintendente de Competencia manifestó que “*De lo expresado por la denunciante se evidencia que las actuaciones atribuidas a xxxxxxxxx Conforman actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica por parte de xxxxxxxxxx. En consecuencia, no es competencia de esta Superintendencia revisar la validez de este tipo de actuaciones...*”.

20. Agentes económicos que se benefician con ayudas públicas

De todas las consideraciones expuestas en este capítulo, hemos podido concluir que existe una tendencia generalizada a favor de la aplicación expansiva del derecho de competencia al mayor número de sujetos que participan en actividades económicas, con el fin de no menoscabar los beneficios de orden público que esta normativa pretende garantizar. En igual forma, además de una aplicación expansiva, la doctrina, la normativa comparada y la jurisprudencia analizada señalan que esta ampliación subjetiva tiene que ir aparejada de un sometimiento en igualdad de condiciones.

En línea con lo señalado, se ha advertido que en la práctica, el ente con mayor capacidad para falsear las condiciones de competencia en el mercado es el propio Estado, a través del sistema de las ayudas públicas. Con el fin de minimizar estos efectos, una mayoría de sistemas de defensa de la competencia han optado por limitar las distintas modalidades de ayudas públicas o estatales de las que los distintos agentes económicos pueden beneficiarse, sean éstos empresas públicas o privadas, puesto que constituyen uno de los factores con mayor potencial para alterar las condiciones de competencia en el mercado, en la medida en que crean ventajas competitivas artificiales a favor de los agentes económicos beneficiados.

En el modelo anglosajón, la normativa de competencia no contiene ninguna prohibición expresa, y en la práctica existe una variedad de sectores económicos que reciben ayudas estatales, sin considerar que se trata de una práctica contraria al derecho *antitrust*, por lo que para los fines de nuestro estudio nos remitiremos esencialmente, al tratamiento que el concepto de las ayudas públicas ha tenido en la doctrina, en la normativa y en la jurisprudencia de la Unión Europea.³⁴⁸

Hemos de precisar que nos remitiremos únicamente a los aspectos sustantivos de orden conceptual, puesto que la regulación de las ayudas públicas en este modelo, ha generado una nutrida legislación derivada basada en la especial necesidad de proteger el mercado común o mercado interior, cuya consolidación persigue este sistema supranacional.³⁴⁹

³⁴⁸ Para una recopilación reciente de la legislación de la Unión en materia de ayudas públicas, *vid.* Vademecum: Community Law on State Aids, European Commission, Directorate General for Competition, 30 September 2008 (en http://ec.europa.eu/competiton_state_aid/studies_reports/studies_reports.cf).

³⁴⁹ En el modelo Europeo, la regulación de las ayudas públicas ha sido objeto de una nutrida legislación derivada, que tiene por finalidad principal conservar las condiciones de competencia y la integridad del mercado común, ya que la libertad del mercado podría verse falseada por medidas adoptadas por los Estados a favor de sus empresas nacionales. Sobre este tema, por todos, *vid.* DE LAS HERAS, A.: “Las Ayudas Públicas en la Comunidad”, *Boletín de Estudios Económicos* n. 126, diciembre, 1985,

El concepto de ayuda pública que ofrece la doctrina no es unívoco, sin embargo la mayoría de definiciones contienen algunos aspectos comunes, que parten de los elementos que integran la descripción general que aparece en el artículo 87 del TCE, en cuyo numeral 1 se señala textualmente que “*Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones*”.³⁵⁰

En este orden de ideas, algunos estudios especializados consideran que el concepto legal de ayuda pública puede definirse como cualquier atribución o ventaja patrimonial establecida a favor de determinada o determinadas empresas, realizadas

p. 455, quien- en síntesis- apunta que la política comunitaria de la competencia se centra en dos objetivos: garantizar la unidad del mercado interior, evitando las prácticas anticompetitivas e impedir que los Estados falseen las reglas del juego favoreciendo a las empresas públicas o concediendo ayudas estatales al sector privado. En sentido similar, más recientemente, *vid.* VAJDA, C. and BATES, A., “State Aids”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *op. cit.*, pp. 1497 y ss., donde se reitera que la creación de un mercado único regido por un sistema de libre competencia, ha impuesto la necesidad de prohibir que los Estados miembros concedan a sus agentes económicos, ayudas que puedan distorsionar la competencia y el comercio entre los Estados. Para mayor estudio sobre las ayudas públicas en la UE, la Dirección General para la Competencia de la Comisión Europea ha editado un manual sobre la regulación de las ayudas públicas, en el que se sintetizan todas las reglas aplicables en ese sistema.

³⁵⁰ Para el punto de partida, *vid.* el artículo 87 y siguientes del TCE, el cual transcribimos dada su relevancia: “1. *Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.* 2. *Serán compatibles con el mercado común: a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos; b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.* 3. *podrán considerarse compatibles con el mercado común: a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo; b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común; e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión”.*

directa o indirectamente con cargo a fondos públicos y en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado.³⁵¹

Algunos de los estudios más calificados entienden que el concepto de ayuda pública es un concepto genérico que puede identificarse con cualquier prestación positiva o negativa, que crea una ventaja a favor de su destinatario, con cargo a fondos públicos, conferida a un determinado grupo de agentes económicos, que resulte en una afectación real o potencial de la competencia.³⁵²

En forma levemente diferente, otros sectores de la doctrina también entienden por ayuda pública, cualquier ventaja económicamente cuantificable, de origen estatal, cualquiera que sea la forma que revista, siempre que beneficie solo a determinadas empresas o productos y que falsee o amenace con falsear las condiciones de competencia en el mercado.³⁵³

Se trata de un concepto amplio conforme al cual pueden considerarse ayudas públicas, todas aquellas medidas estatales que bajo la forma de algún tipo de colaboración para determinados agentes económicos públicos o privados, interfieren con la “igualdad de armas” en la lucha por el mercado, en la medida en que mejoran artificialmente la posición de algunos operadores.³⁵⁴

³⁵¹ Al respecto, puede consultarse CÁRDENAS ORTIZ, R., *Las Ayudas de Estado y el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Investigación Jurídica n. 3/03 (en www.ief.es/Publicaciones/InvesJuridicas/InvJuridica03_03.pdf), quien manifiesta que los artículos 87 a 89 del TCE, parten de una noción de ayuda económica entendida como cualquier atribución o ventaja patrimonial establecida a favor de empresas determinadas, individualmente o de forma global, realizadas directa o indirectamente con cargo a fondos públicos y en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado.

³⁵² Esta definición la encontramos esencialmente en, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 286, quien recuerda que el concepto de ayuda pública reflejado en el art. 87 TCE es más amplio que el de subvención y comprende todo tipo de prestaciones, tanto positivas como negativas, que se financien con recursos públicos.

³⁵³ *Vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El Régimen Jurídico de las Ayudas Públicas a las Actividades Económicas”, en *La Intervención Administrativa en la Economía*, en *Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004*, Consejo General del Poder Judicial VII, Madrid, 1996, p. 150, quien señala que en el ámbito europeo son incompatibles con el mercado común las ayudas concedidas por los Estados o por medio de recursos estatales, cualquiera que sea la forma que revistan, siempre que tiendan a favorecer determinadas empresas o producciones y falseen o amenacen falsear la competencia, afectando los intercambios comerciales de bienes y servicios entre los Estados miembros. En sentido parecido, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 703, apuntan que se trata de una noción genérica que supone la existencia de una ventaja apreciable, de origen estatal que beneficia a determinadas empresas o productos y de las que se deduce un falseamiento real o potencial de la competencia y una alteración del comercio entre los Estados miembros.

³⁵⁴ Al respecto, *vid.* EMBID IRUJO, J.M., “El Régimen de las Ayudas Estatales a las Empresas en

A título de ejemplo, estas ayudas pueden adoptar las más variadas formas de prestaciones positivas, como los subsidios, préstamos más blandos, ventas de insumos a precios inferiores que su cotización en el mercado, compras de insumos a precios mayores que su precio de mercado, avales o garantías estatales, entre otros. En igual forma, también recaen en el concepto de ayudas públicas, las prestaciones negativas, como las reducciones, postergaciones o exenciones de impuestos y tasas.³⁵⁵

En la práctica, no tiene importancia la forma que éstas revistan, siempre y cuando concurren en ella un mínimo de algunos elementos: que se trate de una ventaja que reduzca las cargas que los operadores económicos tienen que soportar generalmente, con cargo a fondos estatales; que sea concedida en forma selectiva, sólo a algunos agentes, pero no a todos los integrantes de un sector productivo determinado y que resulte en una afectación de la competencia.³⁵⁶

el Derecho Comunitario (comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 10 de julio de 1986)”, *Noticias de la CEE* n. 33, 1987, p. 127, quien señala que los operadores económicos, públicos o privados no pueden ver mejorada su posición en el mismo como consecuencia de prestaciones no imputables directamente a los mecanismos de asignación de recursos que derivan del mercado. En sentido parecido, KORAH, V., *op. cit.*, p. 236, expone que los más perjudicados por las ayudas son los demás operadores económicos en un mismo mercado, puesto que tienen que competir con las empresas beneficiadas en condiciones de desventaja. En igual forma, RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, E.M., “El Régimen de Ayudas Públicas (I): Visión general y aspectos sustantivos”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *op. cit.*, p. 1155, apuntan que en muchos casos, las ayudas públicas disminuyen el bienestar económico general y desincentivan a las empresas, puesto que permiten la sobrevivencia de operadores económicos menos rentables a costas de los que sí lo son.

³⁵⁵ Vid. KORAH, V., *op. cit.*, pp. 236 y 237, quien indica que el concepto de ayuda es sumamente amplio e incluye cualquier ventaja gratuitamente concedida por el Estado, como préstamos más blandos, garantías de créditos, exenciones o postergaciones en el pago de impuestos, entre otros. En sentido parecido, VAJDA, C. and BATES, A., *op. cit.*, pp. 1525 y ss., proporcionan un listado de prácticas ejemplificativas de lo que puede constituir una ayuda, entre las que se mencionan fondos para la inversión, subsidios para cubrir pérdidas, préstamos blandos, tipos preferenciales de descuentos en relación con los créditos para la exportación, reducciones preferenciales de cargas públicas, pagos de incentivos para generar empleo en una industria en particular, la publicidad y promoción de los productos de una industria en particular, entre otros. En igual sentido, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 286 y 287, quien incluye entre un listado ejemplificativo de ayudas, las exoneraciones de impuestos o tasas, las bonificaciones de los tipos de interés, los avales del Estado, los préstamos ventajosos, las cesiones de edificios o terrenos, entre otros.

³⁵⁶ Sobre estos elementos que integran el concepto, *vid.* RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, E.M., *op. cit.*, pp. 1174 y ss., donde se establece que debe tratarse de una medida que sea financiada con fondos estatales, que cree una ventaja económica y que sea selectivamente otorgada solo a ciertos operadores, con la capacidad para afectar la competencia, entre los Estados miembros. En sentido idéntico, *vid.* VAJDA, C. and BATES, A., *op. cit.*, pp. 1502 y ss., donde si bien también se coincide en señalar que se trata de un concepto sumamente amplio y genérico, existe cierto consenso respecto de los elementos que integran una ayuda: i) concesión de una ventaja; ii) otorgada por un Estado o con cargo a fondos públicos; iii) concedida únicamente a ciertos operadores

El TJCE ha proveído varios fallos emblemáticos a partir de los cuales se ha delimitado la noción de ayuda pública o ayuda estatal como todas aquellas prestaciones positivas, como las subvenciones, así como también las intervenciones que bajo cualquier forma, alivien las cargas que normalmente tienen que soportar los agentes económicos, que favorezcan a determinadas empresa o producciones, de tal suerte que resulten afectadas las condiciones de competencia en el mercado.³⁵⁷

En igual forma, la jurisprudencia del TJCE ha ido dando forma a los elementos constitutivos de una ayuda. Como primer requisito, debe tratarse de una intervención estatal o que implique fondos estatales. En segundo lugar, en ese ámbito, es indispensable que esta ayuda o intervención afecte los intercambios entre los Estados miembros. En tercer lugar, la ayuda debe conferir una ventaja al beneficiario o beneficiarios y, en cuarto lugar, la intervención estatal debe falsear la competencia en el mercado.³⁵⁸

En el ámbito geográfico y jurídico más próximo a nuestra normativa, la regulación de las ayudas públicas en las normas de defensa de la competencia es minoritaria. En sintonía con la normativa supranacional, España es uno de los tres países de nuestro entorno jurídico más inmediato en regularlas expresamente.³⁵⁹

económicos-, iv) que distorsione la competencia; aunque en ese modelo, también es necesario un quinto elemento, puesto que se requiere que la ayuda afecte el comercio entre los Estados miembros de la UE. En sentido idéntico, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 287.

³⁵⁷ Vid. STJCE del 23 de febrero de 1961, en el caso C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. Alta Autoridad CECA*, donde el Tribunal manifestó que “... *El concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no solo las prestaciones positivas, con las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa*”. En jurisprudencia posterior, STJCE del 27 de marzo de 1980, en la cuestión prejudicial planteada en el caso C-61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Denavit Italiana, Srl.*; STJCE del 15 de marzo de 1994, en la cuestión prejudicial planteada en el caso C-387/92 *Banco de España v. Ayuntamiento de Valencia*; STJCE del 19 de mayo de 1999 en el caso C-6/97, *República Italiana v. Comisión Europea*, el Tribunal reiteró la misma noción y agregó que “*El artículo 92 del tratado tiene por objeto evitar que los intercambios entre Estados miembros resulten afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo formas diversas falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones...*”.

³⁵⁸ Para pronunciamientos sobre estos requisitos, en la jurisprudencia más reciente, *vid.* STJCE del 15 de julio de 2004, en el caso C-345/02, *Pearle BV.* y STJCE del 2 de abril de 2009, en el caso C-431/07 *P. Bouygues S.A. y Bouygues Telecom S.A. v. Comisión Europea*, donde la Corte ha reiterado que “*El artículo 87 CE, apartado 1, establece cuatro requisitos cumulativos. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia*”.

³⁵⁹ Vid. Art. 11 de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, relativo a las ayudas públicas, en cuyo numeral 1 – de 6 numerales- se establece que: “1. *La Comisión Nacional de Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de*

Mientras que en América Latina, únicamente las leyes de defensa de la competencia de Nicaragua y de República Dominicana disponen una prohibición expresa de las ayudas estatales- redactada en términos prácticamente idénticos en ambas leyes- por medio de la cual se establece que las respectivas autoridades de competencia examinarán “los efectos sobre las condiciones de competencia, de los subsidios, ayudas estatales o incentivos otorgados a empresas públicas o privadas, con cargo a los recursos públicos y procederá, si fuere el caso, a solicitar a los poderes públicos, la supresión o modificación de tales subsidios, así como las medidas conducentes al restablecimiento de la competencia”.³⁶⁰

En la normativa salvadoreña este tema constituye una de las grandes omisiones de la Ley de Competencia, puesto que se trata de un aspecto que no fue regulado. La única referencia que encontramos en la normativa se encuentra en el RLC, bajo la forma de una mención indirecta que relaciona las ayudas públicas con la creación de barreras de entrada que favorecen el mantenimiento de una posición de dominio, aunque su regulación forma parte de las reformas propuestas por la SC en 2012.

El subnumeral ix) del literal c) del artículo 16 del RLC establece que la existencia de barreras de entrada tales como “los actos de autoridades nacionales y municipales que sean discriminatorios en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores y prestadores de servicios”, son elementos que deben considerarse para determinar si un agente económico goza de posición de dominio en el mercado.³⁶¹

Las distorsiones en las condiciones de competencia provocadas por la existencia de sujetos que se benefician con ayudas públicas han comenzado a aflorar en la aplicación de la Ley de Competencia. En el caso “Club Salvadoreño de Aviación Civil”, la SC conoció de una denuncia en contra de una entidad de derecho privado, que se había beneficiado de ciertos beneficios fiscales en función de su

las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados...”

³⁶⁰ En la norma nicaragüense, *vid.* el inciso segundo del artículo 11.- Tratamiento de las Ayudas Estatales y en la ley dominicana, *vid.* el inciso segundo del artículo 15.- Tratamiento de las Ayudas Estatales, los cuales reproducen en términos idénticos, el texto entrecomillado, con la diferencia que en Nicaragua esta atribución compete a la Comisión Nicaragüense de Defensa del Consumidor y de la Competencia y en República Dominicana, la misma corresponde a la comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

³⁶¹ *Vid.* el artículo 16 del RLC: “Para determinar si un agente económico investigado goza de posición dominante, de conformidad con el artículo 29 de la ley, la Superintendencia tomará en cuenta lo siguiente: ...c) la existencia de barreras de entrada tales como: ... ix) los actos de autoridades nacionales y municipales que sean discriminatorios en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores y prestadores de servicios”.

calificación como entidad de utilidad pública, concluyendo que la participación en el mercado salvadoreño, de diversos tipos de sujetos que gozan de beneficios estatales, puede crear una distorsión en la competencia.³⁶²

En atención a esta realidad y haciendo uso de su función de abogacía por la competencia, el CDSC presentó una propuesta de política pública en la que recomendó al Ministerio de Hacienda que valorara la eliminación de las exoneraciones tributarias que crean distorsiones en las condiciones de competencia, que no están justificadas en la protección de un interés igual o superior, como puede ocurrir con las ayudas públicas en general.³⁶³

³⁶² Vid. la improcedencia SC-011-D/PA/R-2006, el 4 de junio de 2007 en el caso “Aviasa, S.A. de C.V. y Asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva”, en virtud de la cual el CDSC resolvió: “a) informar el señor Ministro de Hacienda los resultados del análisis técnico, jurídico y económico del presente caso, que se ha realizado con base en la Ley de Competencia para que a partir de éste y de acuerdo a lo establecido en los artículos 6 letra c) de la Ley de Impuesto sobre la Renta y 7 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, determine la procedencia de mantener o revocar la declaratoria de sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta concedida a la Asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva; b) recomendar al señor Ministro de Hacienda que previo a conceder la declaración de sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta a una persona jurídica, evalúe si la misma constituye una entidad de utilidad pública, en aras de contribuir a la eliminación de potenciales distorsiones a la competencia en los mercados; así como dar seguimiento de forma anual el desempeño de los sujetos económicos beneficiados para determinar si se justifican las condiciones que se evaluaron para la declaratoria de utilidad pública; c) recomendar al señor Ministro de Hacienda que realice una evaluación de los criterios y marco legal aplicables a la exención fiscal otorgada a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, tomando como base los resultados expuestos, con el objeto de proponer recomendaciones de reforma legislativa a las autoridades competentes, en aras de promover, proteger y garantizar la competencia en los mercados...”.

³⁶³ Sobre este tema, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pp. 121-124, apunta que si bien el Estado moderno ha ocupado el instrumento de las ayudas económico-financieras a favor de empresas y sectores productivos, con el fin de lograr el encauzamiento de algunas actividades económicas, para conseguir finalidades legítimas, el fenómeno de las ayudas públicas ha tenido que ser reconsiderado en virtud de su incidencia en la competencia y en los intercambios comerciales. En sentido similar, MARTIN-RETORTILLO B., S., *Derecho Administrativo Económico I, cit.*, pp. 477 y ss., quien refiriéndose a las subvenciones, por ser la manifestación más común de estas ayudas, manifiesta que si bien incentivan el sector privado, en su operatividad en el ámbito económico, alteran los precios, perturban la competencia y crean desigualdades allí donde debería reinar la igualdad. Por su parte, RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 1158, indican que si bien las ayudas públicas pueden perseguir objetivos legítimos de interés general, como el desarrollo de ciertas regiones, la investigación o la protección del medio ambiente, es necesario establecer reglas claras, por cuanto en la práctica falsean las condiciones de igualdad entre los operadores económicos. Sobre este mismo tema, *vid. Competition Policy in Subsidies and State Aids*, OCDE, noviembre de 2001, p. 7, donde la OCDE expresa que existen diversas razones por las cuales el Estado puede brindar algún tipo de ayuda financiera a las empresas, como el fomento del crecimiento económico de un sector o región; la prestación de servicios que no son rentables; la promoción del empleo- entre otros- pero que generalmente estas ayudas distorsionan la competencia, reduciendo los niveles de bienestar general, inicialmente perseguidos con la asignación de las ayudas.

Esta propuesta se encamina a suprimir e impedir la creación de ventajas artificiales a favor de los agentes económicos que se encuentran exentos de las cargas fiscales, que soportan los demás operadores, puesto que los costos de producción y los precios de venta de los beneficiados no reflejan las condiciones reales de mercado. Este privilegio les ubica artificialmente en una situación más favorable que las demás empresas que se dedican a la misma actividad, lo que distorsiona la competencia, puesto que los favorecidos gozan de una ventaja que no se deriva de una mayor eficiencia económica, ni de una mejor estrategia para responder a las necesidades de los consumidores o para adaptarse a las demandas del mercado, sino que de un privilegio concedido por el Estado.³⁶⁴

La existencia en nuestro mercado de sujetos que se benefician de privilegios concedidos por el Estado es una situación que puede impedir la efectividad de la norma de defensa de la competencia en el país o que los beneficios que de ella se esperan, desplieguen sus efectos en provecho de la mayor parte de la población.

La promoción del estudio y revisión de estos privilegios anticoncurrenciales, legalmente concedidos, así como su adecuación a las reglas del libre mercado por parte de los entes Estatales que las confieren es parte de la labor de abogacía de la competencia que la Superintendencia debe llevar a cabo con fuerza,³⁶⁵ ya que, si bien

³⁶⁴ En materia de ventajas competitivas de las que gozan los entes públicos, en virtud de beneficios derivados de esta especial condición, *vid. supra* notas 331 y 332 de este mismo capítulo, donde expusimos las consideraciones de GEDDES, R.R., *op. cit.*, pp. 28 y ss., quien manifiesta que las empresas de titularidad pública o financiadas por el Estado – y en su caso cualquier sujeto- que gozan de una variedad de subsidios, privilegios e inmunidades obtiene una ventaja anticompetitiva artificial, porque la misma no ha sido obtenida a través de una mayor eficiencia, pudiendo ofrecer los bienes y servicios a precios más baratos en virtud de beneficios, como exenciones de impuestos. En sentido similar, ALONSO SOTO, R., Significado y Aplicación del Artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Madrid, junio de 1998 (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ras%20-%20Art90CEE.pdf, consultada el 5 de mayo de 2008), donde el Dr. Alonso Soto explica que el artículo 90 del TCE pretende evitar que las empresas vinculadas al sector público ostenten una posición privilegiada de la que deriven alguna ventaja competitiva, que podría producir distorsiones en los mercados en los que participen empresas públicas en concurrencia con empresas privadas o desequilibrios significativos entre los Estados en los cuales exista una preponderancia de empresas públicas.

³⁶⁵ *Vid.* el documento *Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina*, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2000, donde la UNCTAD ha manifestado que en las economías en transición, el proceso de cambio requiere de una revisión de la interpretación de los elementos que integran el Estado de Derecho. La aparición de leyes de competencia permite una materialización de los derechos económicos que exige del Estado un rol más participativo, conforme al cual es necesario revisar los objetivos de las políticas de competencia, en el marco de la restante normativa. Esta labor de sensibilización implica una

la LC establece la sumisión de todos los organismos que participen en actividades económicas, para garantizar la efectividad de la misma, es necesario que esta participación se haga en condiciones de igualdad y que las únicas ventajas de las que gocen los agentes económicos sean aquellas conseguidas en virtud de sus propios esfuerzos por conquistar el mercado.³⁶⁶

Considerando que este estado de cosas todavía dista de ser una realidad, esta primera recomendación de política pública, relacionada con beneficios tributarios otorgados a determinados sujetos, posee una trascendencia fundamental para la efectiva existencia de condiciones de competencia en el mercado salvadoreño, por lo que en la medida en que exista una misma razón, los órganos estatales o entes públicos concernidos deberán considerar su necesaria ampliación a todos los privilegios estatales concedidos a las empresas públicas y privadas, para que a partir de una revisión del marco legal vigente, se proponga la revisión y la eventual eliminación de los beneficios estatales, que distorsionan las condiciones de competencia, sin estar justificados en la protección de un interés igual o superior.³⁶⁷

Independientemente de la posibilidad que la Superintendencia concrete el ámbito de aplicación de la LC, a través de sus pronunciamientos o que logre modificaciones en la Legislación, a través de sus actividades de abogacía por la competencia, la solución adoptada en otros sistemas ha consistido en incluir disposiciones reguladoras de las ayudas estatales en las normas de defensa de la competencia, a

labor de abogacía de la competencia por parte de las agencias encargadas de promoverla para que los objetivos de competencia sean atendidos por el Estado.

³⁶⁶ Vid. *Formulario Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva* emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en marzo 2008), en cuyo numeral II, la SC ha manifestado que “*la defensa de la competencia tiene como objeto la protección legal de la transparencia del mercado, como espacio natural de actuación de oferentes y demandantes, para que sus actuaciones no se vean limitadas, restringidas o impedidas por prácticas anticompetitivas realizadas por algún agente o agentes económico(s) o por regulaciones del Estado que inhiban la capacidad empresarial de sus participantes para actuar libre y creativamente en el mercado*”.

³⁶⁷ En este punto cabe recordar que en capítulo II de nuestro estudio, concluimos que el derecho de competencia trasciende la protección de intereses privados y que ha sido concebido como una forma de regulación que garantiza el orden público económico que consiste en el buen funcionamiento del mercado. Sobre este tema, vid. ALONSO SOTO, R., “El Interés Público...”, *cit.*, pp. 7 y 8, donde este autor recuerda que el derecho de competencia es un mecanismo de impulso y defensa del sistema de economía de mercado y un modo de impedir los excesos de la libertad de empresa, el cual permite trascender la concepción tradicional de autonomía de la voluntad, que constituye un límite a la actuación de los poderes públicos y de los particulares por su carácter de norma de orden público económico. En sentido similar, SORIANO GARCÍA, J.E., *op. cit.*, pp. 28 y 29, donde este autor recuerda que el derecho de competencia protege el orden público económico, en la medida en que protege el buen funcionamiento del mercado como institución fundamental del modelo económico.

fin de prohibir todas aquellas prestaciones positivas o negativas conferidas a las empresas públicas y privadas, que distorsionen la competencia, habilitando directamente a la autoridad de defensa de la competencia para que recomiende las reformas legislativas necesarias.³⁶⁸

En la Unión Europea, este tema ha sido estrictamente regulado, con el fin de impedir que los Estados desvirtúen individualmente la aplicación de las normas de competencia, a través de la concesión de ayudas estatales a sus empresas nacionales.³⁶⁹ Sin embargo, esta regla también es aplicable a los ámbitos estrictamente nacionales, como el nuestro donde la desigualdad proveniente de estos privilegios puede afectar las condiciones de competencia en el mercado, al otorgar derechos especiales a determinadas empresas, que pueden provocar un mejor posicionamiento en el mercado basado en ayudas estatales y no en una mayor eficiencia económica, hasta conducir al establecimiento de una posición de dominio artificial y a sus eventuales abusos.³⁷⁰

Esta es una de las omisiones de nuestra Ley de Competencia cuya corrección puede contribuir a mejorar las condiciones de competencia en el mercado salvadoreño, con el fin de permitir que todos los consumidores se beneficien de la

³⁶⁸ Vid. *supra* notas 360 y 361 de este mismo capítulo, en las que se establece que en las normas de defensa de la competencia iberoamericanas, las ayudas públicas se encuentran expresamente reguladas en el artículo 11 de la Ley de Competencia de Honduras de 2005 y la Ley de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008. En España, el artículo 11 de la Ley 15/2007 hace referencia a la regulación nacional de las ayudas públicas, en concordancia con el marco impuesto por el derecho europeo de la competencia, conforme al cual la regla general es la prohibición y su implementación, una excepción.

³⁶⁹ Vid. Artículo 87.1 del TCE: “*Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones...*”. Sobre este tema, vid. también ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pp. 285 y ss., quien manifiesta que en el ámbito europeo, se encuentran prohibidas la mayoría de ayudas estatales de contenido económico, que falsean la competencia en el mercado común.

³⁷⁰ Vid. SIGNES DE MESA, J.I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)”, en *RDM* n. 262, 2006, p. 1466, donde en una postura muy similar a la del Conseil d’Etat francés, este autor afirma que la mera existencia de derechos exclusivos debe distinguirse del ejercicio de los mismos, ya que si bien los Estados pueden justificar la extracción de determinadas actividades del campo de la competencia, son los abusos que las empresas privilegiadas cometen, que dan lugar a violaciones de las normas de defensa de la competencia contenidas en la normativa europea. Por su parte, RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, E.M., *op. cit.*, pp. 1155 y ss., explican que las ayudas públicas se prohíben porque constituyen un elemento que resta eficacia a un régimen de libre competencia, puesto que permiten la supervivencia del menos rentable o menos eficiente, a costas de los operadores que sí lo son. Esto reduce el bienestar económico y desincentiva a las empresas.

existencia de rivalidad en el amplio espectro de actividades económicas que no han sido exceptuadas por la Ley.

La existencia de sujetos privilegiados distorsiona la libertad de competencia y dificulta su defensa, en la medida que el mejor posicionamiento en el mercado de estos operadores económicos, otorgado por Ley, les exime de la necesidad de demostrar una mayor eficiencia económica y de la necesidad de rivalizar vigorosamente con los demás agentes económicos que intervienen en el mercado, tal como ha sido consignado el artículo 16 RLC, examinado más arriba.

Esta situación ha sido detectada por la Superintendencia de Competencia quien en su recomendación de política pública dirigida al Ministro de Hacienda, en junio de 2007, le exhorta para que se hagan los estudios necesarios que determinen la real necesidad de mantener algunas de las exoneraciones previstas por el la normativa fiscal. Por lo que, si bien no se trata de abolir en forma automática todos los beneficios y privilegios positivos y negativos que el Estado concede a determinados agentes económicos, sobre la base de decisiones de política económica, consideramos que en un primer momento, es necesario proceder a la revisión integral de los que ya han sido otorgados, con el fin de suprimir los que no están basados en la protección del interés general.³⁷¹

Una vez efectuado el análisis de las ayudas de Estado que son indispensables, porque también garantizan el bienestar general, los intereses de la colectividad, o porque responden a políticas económicas a favor de determinados sectores o actividades,³⁷² es necesario reformar la LC para agregar un régimen de prohibición

³⁷¹ Sobre este punto, cabe recordar que en el capítulo I de este mismo estudio, concluimos que todo nuestro ordenamiento económico constitucional está orientado a la protección del interés social. Es decir, que toda la actividad económica debe orientarse a la defensa del interés de las mayorías – Art. 101 CN y 102 CN- y que en forma complementaria, el inciso último del artículo 246 de la Constitución de 1983 expresamente señala que el interés público tiene primacía sobre el interés privado, por lo que considerando que el derecho de competencia permite proteger el orden público económico, la Ley de Competencia se inserta en nuestro ordenamiento jurídico como la concreción de un mandato constitucional, cuya finalidad esencial es la protección de intereses económicos generales sobre los intereses económicos privados.

³⁷² Sobre este tema, puede consultarse el documento de la OCDE, *Competition Policy in Subsidies and State Aids*, cit., p. 7, donde este organismo internacional especializado sintetiza los objetivos que los Estados pueden perseguir con la concesión de ayudas públicas, de la siguiente manera: a) para promover la actividad económica de ciertas regiones o para apoyar a las empresas ubicadas en determinadas regiones; b) para fomentar la producción de bienes y servicios en lugares donde no es económicamente rentable producirlos (lugares remotos); c) para evitar la depresión de alguna actividad económica; d) para contrarrestar los efectos de algún desastre natural; e) para corregir algunas fallas de mercado, promover I+D o proteger el medio ambiente; f) para fomentar el empleo; g) para aumentar la cuota de mercado de las empresas subsidiadas en perjuicio de empresas

general de las ayudas públicas, a partir del cual puedan delimitarse los beneficios que deben recaer dentro de esta noción, así como los procedimientos para su control por parte de la autoridad de competencia nacional, sin perjuicio que los órganos estatales que las confieren, realicen un análisis previo de la relación costo-beneficio de cada ayuda.

21. Sujetos excluidos de la aplicación de la Ley

En la mayor parte de ordenamientos jurídicos afines al nuestro, las normas de competencia incluyen un régimen de actividades exentas o de sujetos inmunes a su aplicación. La Ley de Panamá contiene un régimen muy similar, pero más amplio que el nuestro.³⁷³ A título de ejemplo, sin hacer distinción respecto de la calidad del sujeto, Costa Rica exceptúa a los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y al igual que Chile, tampoco extiende la normativa de competencia a los monopolios creados por Ley.³⁷⁴ Honduras, Nicaragua y México exoneran los convenios, acuerdos o asociaciones de tipo laboral.³⁷⁵ España tampoco hace distinción en razón del sujeto, exceptuando únicamente las actividades exentas

ubicadas en otros países (traducción nuestra, versión original en inglés y francés).

³⁷³ El inciso primero del Art. 3 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, señala que la ley no es aplicable a las actividades económicas que la Constitución y la Ley reservan a favor del Estado (El texto es prácticamente idéntico al inciso segundo del artículo 2 de nuestra Ley), aunque en tres incisos adicionales, el régimen de exclusiones sea más extenso y detallado.

³⁷⁴ Vid. el Art. 9 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de 1995 en cuyos literales a) y b), se exceptúan los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y los monopolios del Estado creados por ley, los cuales en lo pertinente disponen: "...Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título: a. Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión los términos que señalen las leyes... b. Los monopolios del Estado creados por Ley...". El Art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile de 2005, autoriza los monopolios creados por ley.

³⁷⁵ Vid. el Art. 5 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, en el que se exceptúan de su ámbito de aplicación los convenios colectivos de trabajo; art. 4 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006, en el cual se exceptúan las actividades sindicales, los derechos de propiedad intelectual y en forma excepcional, los acuerdos entre empresas que tengan por efecto la promoción de las exportaciones, mientras no causen efectos en el mercado interno; y los artículos 4, 5 y 6 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992, exceptúan las funciones que ejerce el Estado de manera exclusiva de conformidad con el artículo 28 de la CN, las asociaciones de trabajadores, los privilegios temporales concedidos a los autores y artistas y las asociaciones o sociedades cooperativas que con el fin de promover el desarrollo regional, vendan sus productos en el extranjero.

por ministerio de Ley.³⁷⁶ La ley uruguaya basa su sistema en la protección del interés general.³⁷⁷

Nuestra Ley ha configurado un régimen de excepciones establecidas a partir de criterios objetivos, descritos en el inciso segundo del artículo 2 LC, puesto que la exclusión se construye en beneficio de determinadas actividades y no de determinados sujetos. Sin embargo, hemos abordado este tema en el capítulo relativo al ámbito subjetivo porque en realidad, la excepción prevista en este inciso también contiene elementos objetivos, puesto que menciona a los entes públicos, que realicen una actividad económica que les ha sido atribuida en forma exclusiva, en virtud de alguna disposición constitucional o de alguna Ley.

A continuación transcribimos el inciso segundo del artículo 2 LC, para facilitar su consulta:

“No obstante lo anterior, esta Ley no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los Municipios. En lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los Municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

De la lectura del inciso en referencia, podemos constatar que si bien la Ley se refiere a actividades exceptuadas, en realidad para que pueda configurarse la excepción o la inmunidad frente a la aplicación de la Ley de Competencia, debe cumplirse una condición subjetiva y una condición objetiva.

La primera, establece que la excepción es únicamente aplicable al Estado y a los Municipios, en su dimensión institucional -las entidades que forman parte de la Administración Pública Central y las que integran las Administraciones Locales- por lo que concluimos que ésta no se extiende a las empresas de participación estatal referidas en el inciso primero de este mismo artículo. La segunda condición dispone que la actividad económica exenta sea prestada en régimen de exclusividad, en virtud de una habilitación constitucional o legal.

Cabe precisar que la opción adoptada por nuestra Ley de Competencia en materia de exclusiones, refleja una combinación de los dos modelos más relevantes

³⁷⁶ En el Art. 4 de Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, se enumeran las conductas exentas en virtud de una disposición legal.

³⁷⁷ *Vid.* Art. 2 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, en el que se exoneran de la aplicación de la Ley todas las limitaciones establecidas por ley en razón del interés general.

estudiados, pero mostrando mayor afinidad con el modelo europeo. En el modelo de los EE.UU., el criterio determinante es eminentemente subjetivo, puesto que tal como apuntamos anteriormente en este capítulo, los entes públicos gozan de una inmunidad casi generalizada frente a la aplicación del derecho *antitrust*, aunque con el fin de proteger otros intereses de política económica, también se exceptúan varios sectores de actividades económicas específicas.³⁷⁸

En la Unión Europea, en tanto los sujetos de derecho público intervienen en el mercado, se encuentran sometidos a la aplicación de las normas de competencia, con contadas excepciones, basadas en el ejercicio de potestades de imperio o de funciones de tipo social. Los sujetos que cumplen con actos de poder público o con atribuciones de solidaridad social, no se reputan empresas a efectos del derecho de la competencia europeo, ya que se considera que las actividades relacionadas con las facultades de imperio y las atribuciones derivadas de la solidaridad social no pueden considerarse actividades económicas.³⁷⁹

³⁷⁸ Vid. SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 755 y ss., quienes explican que en EE.UU., el Congreso ha modificado o exonerado de la aplicación del derecho *antitrust* a algunos sectores económicos con el fin aplicar exclusivamente la regulación correspondiente o de favorecer un resultado económico determinado. Estos autores mencionan que se encuentran exceptuados los mercados de valores, energía, sindicatos, seguros, atletas profesionales, sectores agrícolas y asociaciones de pescadores. En sentido similar, *vid.* AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, pp. 106 y ss., quienes también enumeran las actividades exentas de la aplicación de la normativa *antitrust*, entre las cuales incluyen las asociaciones agrícolas y de pescadores, los sindicatos y, ciertos aspectos de algunos sectores regulados como las telecomunicaciones y el transporte. En sentido idéntico, GELLHORN, E., y otros, *op. cit.*, pp. 568-583, también incluyen esta misma referencia a las actividades exentas de la aplicación del derecho *antitrust* por razones de política industrial o de prevalencia de la normativa sectorial.

³⁷⁹ Vid. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, 2003, p. 335, quienes apuntan que si bien en el derecho europeo de la competencia, el concepto de empresa o de sujetos sometidos a su ámbito de aplicación es muy amplio, deben considerarse ajenos a la esfera de los intercambios económicos a los organismos que desempeñen funciones basadas en la solidaridad social y en las prerrogativas de imperio del Estado. En sentido similar, MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.*, pp. 156 y ss., apunta que en el ámbito europeo existe una aplicación extensiva de las reglas de competencia a todos los operadores económicos que puedan enmarcarse en el concepto de empresa- pública y privada- pero que desde una aproximación negativa del concepto, excluye de la aplicación de las normas de competencia a los sujetos que ejercen funciones de autoridad y a los que prestan atenciones que pueden enmarcarse en actividades de solidaridad pública. En sentido similar, SIGNES DE MESA, J.I., *op. cit.*, pp. 1454 y 1455, quien también expone que las actividades ligadas a las prerrogativas del *ius imperium* del Estado o las actividades a través de las cuales los organismos del Estado cumplen con una función de carácter social, quedan excluidas de la calificación de actividad económica. En el Rapport Public 2002 du Conseil d'Etat francés, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pp. 227 y ss., también se hace referencia a esta misma postura, apuntando que en la jurisprudencia del TJCE se encuentran dos excepciones al concepto de empresa pública: los organismos públicos que ejercen prerrogativas de imperio y los que tienen misiones de tipo social, porque se considera que no ejercen actividades propiamente económicas.

La doctrina de la exclusión de los actos de imperio fue asentada en ese sistema por el fallo dictado por el TJCE en la consulta prejudicial planteada por la Corte de Casación Belga, para que el TJCE interpretara los artículos 86 y 90 del Tratado CEE, en el caso *SAT Fluggesellschaft Mbh v. Eurocontrol*, donde el Tribunal concluyó que las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, no constituyen actividades económicas y están excluidas de la aplicación de las normas europeas sobre competencia. Esta postura ha sido confirmada en abundante jurisprudencia del TJCE y aun se encuentra vigente.³⁸⁰

En sentido similar, la jurisprudencia del TJCE también ha exceptuado de la aplicación del derecho de competencia, a las entidades que cumplen con atribuciones vinculadas con la solidaridad social, como las prestaciones relacionadas con la seguridad social de la población. Estas actividades se derivan de la obligación que compete al Estado de asegurar la subsistencia de su población conforme a un mínimo de condiciones, por lo que a efectos del derecho de competencia, los entes estatales que cumplen con atribuciones derivadas de la solidaridad social no se consideran empresas, ya que este tipo de funciones tampoco encajan en la categoría de actividades económicas.³⁸¹

En la normativa de competencia nacional - a partir de criterios positivos- el legislador excluye a las instituciones que integran la Administración Estatal y las Administraciones Municipales, así como también a las entidades autónomas y las

³⁸⁰ Vid. STJCE del 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft Mbh v. EUROCONTROL*, donde el Tribunal Europeo manifestó que “*Tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación sobre la competencia del Tratado*”. Esta doctrina fue luego confirmada en la sentencia pronunciada por el TJCE del 18 de marzo de 1997, asunto C-343/95, *Diego Calí & figli Srl v. Servizi Ecologici del Porto di Genova*, donde en un caso que involucraba funciones de protección medioambiental, el TJCE manifestó que las actividades relativas a la protección del medio ambiente son prerrogativas típicas de los poderes públicos que no presentan carácter económico que justifique la aplicación de las normas de competencia previstas por el Tratado.

³⁸¹ Sobre este tema, vid. STJCE del 17 de febrero de 1993, asuntos C-159/91 y C-160/91, *Poucet vs. Assurances Générales y Caisse Mutuelle du Languedoc-Roussillon y Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation*, donde el Tribunal manifestó que “*las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que por lo tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado*”. Cabe precisar que este criterio ha permanecido invariado y que ha sido reiterado en jurisprudencia reciente. V.gr. STJCE del 22 de enero de 2002, asunto C-218/00, *Cisal v. INAIL* y sentencia del 10 de noviembre de 2005, asunto C-205/03, *FENIN*.

empresas públicas, en tanto realicen las actividades económicas que les han sido conferidas con exclusividad, porque todas éstas integran de una u otra forma la estructura estatal.

A título de ejemplo, podemos mencionar la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma CEPA-que tiene a su cargo la administración, explotación, dirección y ejecución de las operaciones portuarias en todos los puertos de la República no sometidos a un régimen especial y la Lotería Nacional de Beneficencia –LNB- a quien corresponde en forma exclusiva las actividades económicas que recaigan dentro de la clasificación de loterías.³⁸²

Sin embargo, en atención al texto del artículo 2 LC, en el que se establece que la Ley se aplica a todos los agentes económicos u organismos de cualquier tipo que tengan participación en las actividades económicas, podemos agregar -a partir de una delimitación negativa- que también pueden considerarse excluidos los entes del Estado Central y los Municipios, cuando realicen actividades cuya naturaleza no sea económica.

A la vista de lo expuesto, el contenido del artículo bajo examen muestra una postura similar a la regulación europea, puesto que por una parte, las potestades de *ius imperii* forman parte de las facultades exclusivas del Estado y por otra, las atribuciones de solidaridad social que el Estado salvadoreño ejerce en función de un mandato constitucional o legal, derivado del régimen social y personalista que lo caracteriza y que se encuentra garantizado en la Constitución de 1983, no constituyen actividades económicas.³⁸³

³⁸² A título de ejemplo cabe mencionar que la Ley de Presupuesto General del Estado 2009, establece que tanto, CEPA como la Lotería Nacional de Beneficencia-LNB- son empresas públicas 100% estatales. De conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Comisión Portuaria Autónoma, le corresponde la administración, explotación, dirección y ejecución de las operaciones portuarias en todos los puertos de la República no sometidos a un régimen especial, así como las actividades relacionadas con el almacenamiento de mercadería de exportación e importación, así como todo el manejo del sistema ferroviario nacional. En materia de loterías, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia, aprobada con D.L. n. 3129 del 12 de septiembre de 1960, publicada en el D.O. n. 176, Tomo 188 del 23 de septiembre de 1960, establece que el negocio de lotería en este país, es exclusivo de la LNB, por lo que queda prohibido su ejercicio a cualquier otra persona natural o jurídica, de derecho público o privado.

³⁸³ Sobre el Estado Social en El Salvador, *vid.* inciso tercero del artículo 1 de la CN de 1983, y nuestros comentarios en el capítulo I y en especial la bibliografía y estudios citados en la nota 23, donde hacemos referencia a la configuración constitucional del Estado salvadoreño. Sobre la concepción personalista, *vid.* el inciso primero del artículo 1 de la CN de 1983 y nuestros comentarios en el capítulo I, así como la jurisprudencia citada en las notas 43 y 44 de ese capítulo y en especial forma la sentencia de amparo 241-2001 y la Inc. 9-2003.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, existe dos pronunciamientos de la autoridad de competencia nacional de los que puedan deducirse algunos criterios que permitan precisar el contenido de las exclusiones previstas por el inciso segundo del artículo 2 LC.

El primero, conoció y declaró improcedente una denuncia presentada en contra de la Alcaldía Municipal de Santa Ana y de un concesionario privado, porque la SC manifestó que reconoce que los Municipios se encuentran sometidos a la Ley de Competencia cuando realizan actividades económicas, pero que en el caso de tratarse de actividades que impliquen el ejercicio de facultades que las leyes les confieren en forma exclusiva, las mismas deben entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, puesto que constituyen actividades relacionadas con potestades inherentes al Estado, que no se ejercen en régimen de competencia con otros agentes económicos.³⁸⁴

De conformidad con este pronunciamiento de la SC, deben considerarse exentos de la aplicación de la Ley de Competencia, aquellos sujetos que realicen en forma exclusiva, actividades económicas que la Constitución o las leyes reservan al Estado. En el caso bajo examen, la SC manifiesta que el servicio de recolección de desechos sólidos, puede calificarse como servicio público inherente al Municipio, por constar entre los servicios municipales sujetos al pago de una tasa, de conformidad con la

³⁸⁴ Vid. Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la Superintendente de Competencia del 8 de octubre de 2007, donde textualmente se manifestó que *“En concordancia con lo anterior, el artículo 4 del Código Municipal establece las facultades que en forma autónoma poseen las municipalidades y, dentro de tales, en el número 19 incluye la “prestación del servicio de (...) tratamiento y disposición final de basura...Del mismo modo, el artículo 8, número 11.10 de la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la Ciudad de Santa Ana dispone que el cargo que pagan los habitantes de dicha ciudad por el servicio de disposición de desechos sólidos se configura como una tasa; en vista de ello se considera que se trata de un servicio público inherente al Estado y- en concreto- según lo dispuesto por el Código Municipal- a los Municipios. Por ello, la prestación de ese servicio es una actividad reservada a los Municipios... Por lo que se determina que en el presente caso la Ley de Competencia no es aplicable al Municipio de Santa Ana en lo que se refiere al tratamiento y disposición de desechos sólidos, por cuanto el ejercicio de la actividad económica referida en el mencionado servicio encaja en las exclusiones prescritas en el artículo 2 inciso 2º de la Ley de Competencia, en el sentido que se trata de una actividad económica reservada exclusivamente a los Municipios”*.

correspondiente ordenanza municipal,³⁸⁵ aun cuando, como en el presente caso, el servicio sea prestado por un concesionario privado.³⁸⁶

No obstante ello, la SC separa las consideraciones relativas al Municipio de las consideraciones relativas al concesionario privado. En este pronunciamiento, se reconoce que el otorgamiento de una concesión de un servicio en forma exclusiva genera a favor de su titular una posición dominante en el mercado.³⁸⁷ Sin embargo, la Superintendente de Competencia también declara la improcedencia de la denuncia respecto del operador privado prestador del servicio, porque no existen elementos que demuestren que ha existido un abuso de dicha posición, no porque haya ampliado el régimen de excepciones al concesionario privado.³⁸⁸

³⁸⁵ Esta decisión podría ser cuestionada en virtud de las sentencias que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre la naturaleza, titularidad y modalidad de ejercicio de los servicios públicos Al respecto, *vid.* Inc. 44-2003 del 19 de abril de 2005, publicada en el D.O. n. 82, Tomo 67 del 3 de mayo de 2005, en los que la Sala señaló que: “...A partir de los mencionados elementos, puede conceptuarse el servicio público, desde un enfoque descriptivo, y atendiendo a su naturaleza jurídica, como la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión puede ser realizada por el Estado en forma directa, indirecta o mixta, sujeta a un régimen jurídico que garantice continuidad, regularidad y generalidad”. En sentido idéntico, véase también las sentencias de habeas corpus 18-2005 del 25 de agosto de 2005 y 65-2004 del 24 de junio de 2005; y, el auto de sobreseimiento proveído en el amparo 242-2003 Ac., el 6 de enero de 2005, donde también se desarrolla el tema del servicio público.

³⁸⁶ *Vid.* Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la Superintendente de Competencia del 8 de octubre de 2007, donde sobre el tema de los concesionarios, el CDSC manifestó que “De esta manera, se observa que las actividades económicas realizadas por los Municipios pueden ser prestadas por ellos mismos, o en su defecto, pueden facultar a un tercero para que preste tal servicio. Dicho tercero puede ser una entidad de carácter municipal o un particular... A partir de tal disposición es válido sostener que cuando la Administración Pública da en concesión un servicio público, el concesionario es quien participa como proveedor del servicio, mientras que el Estado, por su parte se desvincula de su participación como prestador para dedicarse a vigilar y a controlar las actuaciones del concesionario...”.

³⁸⁷ Sobre el tema de la concesiones públicas puede consultarse ESCOLÁN SUAY, C., “Competencia en los procesos de concesiones”, Ensayos de Competencia, Art. 02-08 (en www.sc.gob.sv, consultada el 18 de mayo de 2009), en el cual la Superintendente de Competencia manifestó que dado que la concesiones se conceden generalmente en el mercado salvadoreño con carácter monopólico, también es importante que el proceso de otorgamiento de las mismas, sea de carácter competitivo. Debe garantizarse que participen el mayor número de agentes posibles, para que se produzca lo que en la ciencia económica se denomina “competencia por el mercado”.

³⁸⁸ *Vid.* Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la Superintendente de Competencia del 8 de octubre de 2007, donde la SC agrega que “Desde la perspectiva trazada, puede concluirse que efectivamente PRESYS, ostenta una posición de dominio en la prestación del servicio de tratamiento y disposición de basura, en el Municipio de Santa Ana; sin embargo, dicha circunstancia obedece a la relación contractual existente entre ambas personas jurídicas, pues aun cuando la mera suscripción del contrato, confiere una posición de dominio a PRESYS (circunstancia que no es sancionable), ello no supone un abuso de la misma. Así no habiéndose señalado otra conducta que evidencie el abuso de la posición dominante por parte de PRESYS, deberá también declararse sin lugar por improcedente la denuncia interpuesta por MIDES”. No obstante ello, para concluir

Casi tres años después, en un pronunciamiento extremadamente breve, la Superintendencia de Competencia declaró improcedente una denuncia en contra de una entidad estatal cuya identidad aparece resguardada en la resolución que pone fin a la investigación, porque las actuaciones denunciadas constituyen actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica.³⁸⁹

En este orden de ideas, concluimos que la excepción establecida en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley de Competencia, solo es aplicable a las actividades que la Constitución o la Ley confieren al Estado o a los Municipios, cuando éstas sean ejercidas por las entidades Estatales, pero no cuando sean llevada a cabo por entes privados en régimen de concesión.

En nuestro parecer, el lenguaje del artículo es claro ya que establece que la excepción sólo opera en presencia de un requisito subjetivo y de un requisito objetivo. Si bien la parte inicial del inciso segundo del artículo 2 establece que debe tratarse de una actividad que la Constitución o las Leyes confieren al Estado o a los Municipios en forma exclusiva, la parte final aclara que la excepción solo es aplicable a los sujetos de derecho público que integren, la estructura orgánica del Estado Central o Municipal.

Los concesionarios privados no encajan en este supuesto porque carecen del elemento objetivo, por lo que concluimos que estos sujetos sí quedan sometidos a la normativa de competencia nacional, aun cuando ejerzan una actividad reservada al Estado o a los Municipios, puesto que tal como la parte final de esta disposición transcrita al inicio de este capítulo, establece sólo los entes públicos pueden considerarse excluidos ya que “en lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los Municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley”.

la SC manifiesta que “*considera oportuno remitir el informe realizado por las Intendencias Legal y Económica de esta institución, para que el Consejo Directivo examine los resultados de las investigaciones y, si lo considere necesario, emita las correspondientes recomendaciones de política pública*”. Cabe precisar que esta resolución fue confirmada el 15 de noviembre de 2007, por el CDSC, luego de haber conocido en un recurso de revisión.

³⁸⁹ Improcedencia SC-006-D/PS/NR-2010, pronunciada por el Superintendente de Competencia el tres de marzo de dos mil diez, en la cual textualmente se expresa que: “*De lo expresado por la denunciante se evidencia que las actuaciones atribuidas a (...) conforman actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica por parte de (...). En consecuencia, no es competencia de esta Superintendencia revisar la validez de este tipo de actuaciones y, por ello, habrá que declarar improcedente la denuncia presentada*”.

Prohibición de los acuerdos entre competidores y no competidores: generalidades

SUMARIO: 22. Aspectos comunes relativos a los acuerdos entre competidores y entre no competidores.- 23. Necesidad de obligar a los agentes económicos a competir.- 24. Concepto de acuerdo.- 25. Existencia de voluntades independientes.- 26. Tratamiento de las prácticas concertadas o de los acuerdos tácitos.- 27. Tipificación abierta de las conductas prohibidas.- 27.1 Descripción de las conductas punibles.- 27.2 Graduación de la gravedad de las conductas prohibidas.- 28. Omisión de una regla “de minimis” o regulación de los acuerdos de menor importancia.

22. Aspectos comunes relativos a los acuerdos entre competidores y entre no competidores

La Ley de Competencia salvadoreña prohíbe tres grupos de prácticas anticompetitivas, al mismo tiempo que dispone un mecanismo de control de la estructura del mercado, a partir de los cuales la autoridad en la materia puede activar los dispositivos de defensa de la libre competencia establecidos por la Ley, con el fin de combatir las distorsiones creadas por la tendencia natural que tienen los agentes económicos a no querer competir.³⁹⁰

³⁹⁰ De forma general, sobre el concepto de acuerdo, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 297-333; KAPLOW, L., and SHAPIRO, C., “Chapter 15: Antitrust”, in *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, coordinado por A. Mitchell Polinsky y Steve Shavell, North Holland, 1ª edición, Oxford, 2007, p. 1122 y ss.; GALÁN CORONA, E., “Prohibición de Prácticas Colusorias (I): visión general”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 173-225; sobre la existencia de voluntades independientes, *vid.* AREEDA, P. and KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, 6ª edición, Aspen, 2004, pp. 165-446; ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 297-333; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 8ª edición, Madrid, 2007, pp. 315 y ss.; sobre las prácticas concertadas, *vid.* POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 2001, pp. 51-192; TURNER, D., “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, en *Harvard Law Review*, Vol. 75, n. 4, Feb. 1962, pp. 655-684; NAVARRO SUAY, M.C., *Las Conductas Conscientemente Paralelas*, Thomson-Civitas, 1ª edición, 2005; sobre la tipificación de las prácticas colusivas prohibidas, *vid.* FUSADES,

Nuestro estudio se enfocará en el tratamiento de los pactos colusivos prohibidos por la Ley, con una especial referencia a los acuerdos horizontales, puesto que se trata de las conductas colusivas más frecuentemente sancionadas por la Superintendencia de Competencia hasta la conclusión de nuestro estudio.³⁹¹ En este capítulo, examinaremos los aspectos que los acuerdos horizontales tienen en común con los acuerdos verticales, puesto que existen varios elementos que el legislador reguló en forma muy similar para ambos tipos de colusiones.

El artículo 25 LC prohíbe los acuerdos entre competidores y el artículo 26 LC prohíbe las prácticas anticompetitivas entre no competidores. En este capítulo, examinaremos los elementos generales más significativos, que son comunes a ambos tipos de prácticas, partiendo de la constatación de la necesidad de obligar a los agentes económicos a competir. También haremos un análisis del concepto de acuerdo utilizado en materia de defensa de la competencia, así como del sistema de tipificación abierta, adoptado en ambos casos, para concluir con una referencia a los acuerdos de menor importancia.

“Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, diciembre 2004; MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, enero de 2007; ORTIZ-BLANCO, L. y RUIZ GARCÍA, N., “El Nuevo Régimen Sancionador de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: ¿tres pasos adelante y uno atrás?”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n. 48, extraordinario Octubre-Diciembre 2007: La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, reflexiones sobre las principales novedades, Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, pp. 233-258; sobre la regla “de minimis”, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 297-333; ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 109-171; y, sobre los aspectos económicos relacionados con estas prácticas, por todos, *vid.* CABRAL, L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 2000, pp. 127-150; CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3rd Edition, Massachusetts, 2000, pp. 121-142 y 616-627; MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 137-230; SCHERER, F.M. and ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3rd edition, Princeton, 1990, pp. 235-353; SCHMALENSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North Holland, 3rd reprinting, New York, 1992, pp. 259-475; y TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, 13th reprinting, MIT Press, Cambridge, 2002, pp. 239 y ss.

³⁹¹ Hasta el 1 de octubre de 2012, la Superintendencia de Competencia había sancionado cinco casos de prácticas entre competidores (“Los Puestos de Bolsa”, “Las Harineras”, “Las Agencias de Viaje”, “Servicios portuarios de Acajutla” y “Las Telefónicas”), pero ningún caso de conductas verticales ha sido sancionado. Para un listado de los casos investigados, puede consultarse www.sc.gob.sv.

Si bien este capítulo se enfoca en los elementos que los acuerdos horizontales tienen en común con los verticales, es necesario mencionar que en la práctica ambos tipos de pactos colusivos, se encuentran regulados en dos artículos diferentes. Esta separación formal adoptada por la LC salvadoreña, no recibe un tratamiento uniforme en el derecho comparado.

Tanto en la legislación de competencia anglosajona, como en la europea, así como en una pluralidad de países de nuestro entorno geográfico más inmediato, encontramos variedad de sistemas. La normativa *antitrust* de los EE.UU. y la normativa de defensa de la competencia de la Unión Europea optaron por una enumeración unificada, que prohíbe ambas conductas de forma conjunta, en un mismo artículo: Art. 1 de la Ley Sherman y Art. 81 del TCE.³⁹²

En Iberoamérica, encontramos diversidad de modalidades de regulación. Algunos países como Nicaragua y Perú han optado por un tratamiento similar al nuestro, separando las prácticas horizontales de las verticales;³⁹³ Costa Rica, Honduras, México y Panamá separan las prácticas en absolutas y relativas,³⁹⁴ mientras que Argentina, Brasil, Chile, España, República Dominicana y Venezuela han

³⁹² Aunque la jurisprudencia proveída por la Corte Suprema de los EE.UU. y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se haya encargado de establecer las diferencias entre los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales, en la legislación de ambos sistemas, las prácticas anticompetitivas prohibidas se engloban en un solo artículo, sin enumerar en forma separada las prácticas horizontales y las prácticas verticales. Así en el modelo de los EE.UU., el artículo 1 de la Ley Sherman prohíbe “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”, toda forma de limitación al comercio que resulte en una práctica anticompetitiva. En igual forma, en el sistema europeo, el artículo 81 del TCE prohíbe “*todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas*” que puedan afectar la libertad de competencia en el mercado común.

³⁹³ Al respecto, *vid.* el artículo 5 de la Ley de Competencia de Nicaragua de 2006, el cual establece que “*Quedan prohibidos los convenios y acuerdos entre empresas competidoras, sean éstos expresos o tácitos, escritos o verbales, que tengan por objeto o que produzca o pueda producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado...*”, así como el artículo 11 de de la Ley de Competencia de Perú de 2008, el cual textualmente señala que “*Se entienden por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones, o prácticas concertadas realizadas por agentes competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia...*”.

³⁹⁴ Para prohibiciones clasificadas como prácticas absolutas y relativas, *vid.* artículos 11 y 12 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 1995; artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; y artículos 13 y 16 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, mientras que los artículos 6 y 8 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, prohíben respectivamente, las prácticas que son prohibidas por su misma naturaleza y las prácticas que son prohibidas según sus efectos.

optado por la prohibición conjunta de las conductas anticompetitivas constitutivas de ambos tipos de prácticas.³⁹⁵

Este primer capítulo sobre las prácticas colusivas prohibidas, se focaliza en las generalidades comunes a los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales, a partir de los cuales nuestra legislación considera que se configuran las conductas sancionables. Nuestro examen no abordará los aspectos particulares de cada modalidad de colusión que pueda encajar en las prohibiciones de los artículos 25 y 26 LC, puesto que, tal como se expone más adelante, la enumeración abierta y meramente ejemplificativa, que adopta nuestra ley, hace imposible e irrelevante examinar todas y cada una de ellas.

Desde una perspectiva metodológica, precisamos que este capítulo presenta una estructura muy similar a los anteriores. En un primer término, incluimos una síntesis del derecho y de la jurisprudencia comparada, así como de las obras especializadas más significativas que hemos consultado sobre los temas objeto de esta parte de nuestra investigación, con la finalidad de fijar el marco conceptual, legal y jurisprudencial que refleja nuestra legislación de competencia.

El contenido fundamental de este capítulo, que dota a nuestra investigación de un interés nacional particular y que aporta elementos novedosos está conformado por el examen del correspondiente articulado de la ley y de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia, a partir de los cuales formulamos algunas conclusiones, en las que presentamos los aciertos de la normativa de competencia o – en su caso- nuestras recomendaciones de reformas para mejorar la efectividad de la primera Ley de Competencia de El Salvador.

23. Necesidad de obligar a los agentes económicos a competir

A título de introducción, es necesario recordar que al inicio del capítulo II de nuestro estudio, advertimos que, si bien la presión concurrencial que se produce en el

³⁹⁵ En España, *vid.* el artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el cual señala textualmente que “*se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*”. En sentido similar, *vid.* el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999; el Art. 21 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 3 de la Ley de Competencia de Chile de 2005; Art. 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 4 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y, en Venezuela, el Art. 10 de la Ley de Competencia de 1991.

proceso de pugna por el mercado obliga a los operadores económicos a trabajar ardua y permanentemente para superar a los demás agentes económicos, en sus estrategias para captar un mayor sector de la demanda, ésta no es una situación que se alcance o se mantenga fácilmente, porque en la práctica, la competencia resulta benéfica para los consumidores, pero incómoda para los agentes económicos.

La dinámica concurrencial o rivalidad empresarial obliga a los operadores económicos a diseñar técnicas de producción y de gestión de sus actividades, que les permitan satisfacer un mayor sector de la demanda, ofreciendo más o mejores productos, a precios más bajos. Este efecto de la libre competencia favorece a la sociedad en general en su dimensión de consumidora, porque además de ofrecerle acceso a mayor variedad de productos de mejor calidad, suprime las posibilidades que tienen los agentes económicos de obtener ganancias desmesuradas, en perjuicio de los intereses de la colectividad.³⁹⁶

Ante este orden de cosas, aunque la libre competencia sea un elemento del liberalismo económico reivindicado por los operadores económicos, para oponerse a la intervención estatal, paradójicamente, los mismos empresarios buscan formas de evitar la rivalidad empresarial, con el fin de maximizar sus beneficios o ganancias individuales. De un lado, pueden lograrlo eliminando la competencia, a través una mayor eficiencia económica. De otro lado, y sin tanto esfuerzo, los agentes económicos pueden obtener mayores ganancias, dejando de luchar por apropiarse del mercado y eliminando los riesgos del proceso concurrencial, a través de la realización de prácticas que supriman la rivalidad mutua, como en el caso de las colusiones entre competidores y entre no competidores.

³⁹⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 8ª edición, Madrid, 2007, p. 293, donde el autor recuerda que, con el propósito de captar un mayor sector de la demanda, los empresarios deben mantenerse siempre preocupados por los progresos tecnológicos, por los gustos de los consumidores, por las estrategias de sus rivales, por vender a precios más baratos, etc. Esta presión implica una situación de esfuerzo y riesgo continuo, por lo que para los agentes económicos resulta más cómodo evitar la presión competitiva, celebrando acuerdos con sus rivales para no competir. También expone esta misma idea FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M., *op. cit.*, p. 23, quien comenta que nada es tan incómodo para un empresario como vivir bajo una situación de competencia permanente, que le obliga a producir bastante o mejor, y a poco costo. En forma complementaria y desde la perspectiva económica, CABRAL, L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 2000, p. 127, hace notar que en un mercado competitivo, las empresas sólo pueden obtener beneficios a expensas de las ganancias de los demás operadores económicos, por lo que resulta natural que traten de aumentar su poder de mercado, a través de la celebración de acuerdos para no competir, que permiten aumentar los beneficios de las empresas en perjuicio de los consumidores. En el mismo sentido, *vid.* HICKS, J.R., "The Theory of Monopoly", in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935, p. 8, donde este economista expresó que el mejor de los beneficios del monopolio es una vida tranquila.

A la primera Ley de Competencia salvadoreña, le incumbe una difícil tarea, puesto que además de tener que combatir contra la tendencia natural de los agentes económicos a no querer competir, la LC vino a insertarse en un sistema regulador de las actuaciones de los operadores económicos –entiéndase comerciantes en la normativa anterior- en el cual, el Código de Comercio había sido concebido para favorecer al empresario y no al mercado. En el ordenamiento jurídico nacional anterior a la entrada en vigor de la LC, la competencia era considerada una opción y no una obligación.³⁹⁷

Algunas disposiciones -ahora derogadas- del Código de Comercio expresamente facultaban a los comerciantes a no competir, permitiéndoles repartirse los mercados de productos y los mercados geográficos, así como celebrar acuerdos para equiparar las condiciones de oferta al público, de tal suerte que la rivalidad o pugna por un determinado mercado podía quedar legalmente suprimida.³⁹⁸

Además de derogar expresamente estos artículos del Código de Comercio que legalizaban los acuerdos anticompetitivos, el capítulo I y el capítulo II del Título III de la LC, prohíben dos de las clasificaciones de prácticas anticompetitivas más

³⁹⁷ Vid. MARTÍNEZ, J.E., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos sin Autoridad de Competencia: el caso de El Salvador*, mimeo, San Salvador, 2005, p. 9; MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, enero de 2007, pp. 18 y 19 y MUADI GARCÍA, G.A., *Informe sobre las Necesidades y Prioridades en el Área de Políticas de Competencia*, Proyecto de la UNCTAD apoyado por SECO (Suiza) sobre el Fortalecimiento de Capacidades e Instituciones en el Área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor para los países de Centroamérica, San Salvador, noviembre 2003, p. 22, quienes concuerdan en señalar que uno de los mayores obstáculos a la aprobación de esta Ley fue la resistencia del sector empresarial, que hasta ese momento se había visto beneficiado con reformas pro empresa. Por su parte, MARTÍNEZ y MOLINA, también agregan, que la falta de una orientación clara a favor de la competencia, así como la ausencia de este tema en las agendas políticas-económicas constituyeron otros dos obstáculos significativos para la aprobación de la Ley. En el mismo sentido, vid. ESCALANTE ARCE, P.A., *Los Estancos, las Prácticas Monopólicas y las Rentas del Estado en el Salvador*, Superintendencia de Competencia, San Salvador, 2008, p. 307, donde se establece que en el marco normativo anterior, la protección gubernamental se dirigió a los empresarios y no al mercado, produciendo estructuras oligopólicas y mercados cautivos, protegidos de la competencia.

³⁹⁸ Vid. literal a) del artículo 57 de la Ley de Competencia, por medio del cual se derogaron los artículos 489 y 490 del Código de Comercio de 1970, en los cuales el legislador salvadoreño había legalizado algunas modalidades de pactos para no competir entre comerciantes: Art. 489.- “*Son válidos los pactos que restrinjan la actividad mercantil de un comerciante respecto de una plaza o región o a una determinada especie de comercio, siempre que su duración no sea superior a diez años y que no se contrarie ninguna garantía constitucional*” y Art. 490.- “*Son válidos los pactos que reglamenten modalidades referentes a la cantidad y calidad de la producción o características de los servicios prestados al público, en los límites del artículo anterior*”.

frecuentemente vedadas: los acuerdos entre competidores y los acuerdos entre no competidores. Los elementos específicos más relevantes de las conductas horizontales serán examinados en el capítulo V de este estudio, mientras que en éste nos concentraremos en los aspectos generales comunes a ambas prácticas colusivas.³⁹⁹

24. Concepto de acuerdo

El artículo 25 LC y el artículo 26 LC prohíben las prácticas anticompetitivas entre competidores y no competidores, independientemente de su modalidad de manifestación. Se trata de un sistema de tipificación general y abierta, que será objeto de examen de un apartado ulterior de este mismo capítulo. No obstante la amplitud de los enunciados de ambos artículos, en este apartado podremos constatar que los estudios más autorizados concuerdan en señalar que, independientemente de la modalidad o forma que las prácticas anticompetitivas adopten, el punto de partida tiene que ser la existencia de algún tipo de comunicación previa, que resulte en la coordinación de las conductas, de tal suerte que se produzca lo que a efectos del derecho de competencia se entiende como acuerdo, o propiamente hablando, un acuerdo colusorio.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Sobre la Ley de Competencia salvadoreña, *vid.* MOLINA, F., *op. cit.*, p. 11, donde este autor comenta que el legislador salvadoreño enumeró las conductas que en la experiencia de otros países, se consideran como las prácticas anticompetitivas más comunes. En sentido similar, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, Diciembre, 2004, p. 7, donde el Departamento de Estudios Legales de esta fundación también concuerda que nuestra Ley de Competencia ha recogido las prácticas más comunes, que como tales son reconocidas por la mayoría de legislaciones. *Vid.* también, RIVERA, E. y SCHATAN, C., *Los Mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas n. 41, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, septiembre de 2006, p. 27, donde estos autores manifiestan que, si bien en El Salvador, la tipificación de las prácticas se basa en la distinción entre acuerdos entre competidores, acuerdos entre no competidores y concentraciones, la tipificación de las prácticas en los países de la región, es muy similar.

⁴⁰⁰ Sobre la necesidad que exista alguna forma de comunicación para que pueda considerarse que ha existido un acuerdo, que produzca la coincidencia de opiniones o acciones, *vid.* KAPLOW, L., and SHAPIRO, C., “Chapter 15: Antitrust”, in *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, coordinado por A. Mitchell Polinsky y Steve Shavell, North Holland, 1ª edición, Oxford, 2007, p. 1122, quienes apuntan que en materia de regulación *antitrust*, el intercambio de información que se produce durante los distintos tipos de comunicación, constituye un elemento esencial para el establecimiento de un acuerdo. En sentido similar, TURNER, D., “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal”, en *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1962, pp. 664 y 665, explica que el concepto de acuerdo adoptado en ese país comprende distintas formas de comunicación, que incluyen tanto actos como palabras. En sentido complementario, PAGE, W., “Twombly and Communication: The Emerging Definition of Concerted Action Under the New Pleading Standards”, University of Florida Legal Studies Research Paper n. 2008-01 (en <http://ssrn.com/abstract=1286872>, consultada el 25 de julio 2009), quien a partir de este precedente, considera que la existencia de alguna forma de comunicación previa entre los agentes económicos,

Prácticamente todas las formas de entendimiento a través de las cuales los agentes económicos hacen coincidir sus voluntades para suprimir conscientemente la competencia pueden recaer dentro de la prohibición. En materia de defensa de la competencia, deben entenderse prohibidas todas las modalidades de concertación voluntaria, a través de las cuales los operadores económicos abandonan sus estrategias unilaterales, para fijar líneas de conducta conjuntas en perjuicio de la competencia.

En virtud de esta amplitud de conductas a las que podrían aplicarse los preceptos bajo examen, la mayor parte de estudios que existen sobre las prácticas o acuerdos, que se consideran prohibidos por el derecho de competencia, parten de la necesidad de determinar cuáles comportamientos recaen dentro del ámbito de prohibición y cuáles no. En este orden de ideas, la determinación clara del concepto de acuerdo resulta fundamental para el establecimiento de una práctica prohibida por el artículo 25 o por el artículo 26 LC.

En su acepción más amplia, el vocablo “acuerdo” significa coincidencia de opiniones o voluntades entre dos o más partes. Sin embargo para efectos de nuestro estudio, es necesario abordarlo en forma más específica y concreta, con el propósito de establecer una acepción aplicable al ámbito del derecho de competencia.

En primer lugar, es necesario partir de la constatación que se trata de un término respecto del cual no contamos con un concepto legal, puesto que al igual que ocurre con la mayoría de términos propios de esta normativa sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de acuerdo no se encuentra definido en la LC o en el RLC. Al respecto hemos de precisar que, después de haber discutido varias opciones, al momento de redactar la versión definitiva de la Ley, el legislador decidió no incluir definiciones en el texto del articulado de la normativa de competencia.⁴⁰¹

Sin embargo, poco tiempo después de haber comenzado a desempeñarse, el CDSC emitió un Glosario de Términos, en el que se incluyeron algunas definiciones que proporcionan elementos que pueden ayudar a concretar el ámbito de aplicación

constituye un elemento que las partes deben comprobar cuando aleguen que la conducta anticompetitiva es constitutiva de una práctica concertada.

⁴⁰¹ Vid. *Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador*, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, donde consta la intervención del Diputado Gerson Martínez, quien manifestó que, tal como se había propuesto en varios de los anteproyectos de ley, incluso en el de ARENA que había servido de base para el proyecto que se estaba discutiendo, era necesario incluir un artículo con un glosario de términos para reducir las interpretaciones arbitrarias o equivocadas de conceptos nuevos y para delimitar el campo de acción de la entidad contralora. Sin embargo, al momento de aprobar el texto definitivo, la mayoría parlamentaria votó por no incluir un glosario en el texto de la LC.

de los artículos bajo examen. Entre éstas, cobra especial relevancia la definición del término “concertación”, que proporciona el Glosario de Términos. La voz n. 8 señala que se considera concertación toda forma de “coordinación entre agentes económicos para limitar, impedir o restringir la competencia o el acceso al mercado a cualquier otro agente económico”.⁴⁰²

Consideramos que para efectos de la aplicación de la Ley de Competencia salvadoreña, podemos equipar el término concertación definido en el glosario, al concepto de acuerdo mencionado anteriormente, por cuanto en sus acepciones más generales, tienen significados muy similares: concertación significa pactar, acordar, ajustar de tal forma que se logre identidad de fines o propósitos a partir de intenciones diferentes, siendo irrelevante la forma adoptada, mientras que acuerdo, tal como señalamos, significa coincidencia de opiniones o voluntades entre dos o más sujetos.⁴⁰³

A partir de los elementos que integran esta definición, puede entenderse que estaremos en presencia de una concertación o de un acuerdo anticompetitivo, cuando existan dos o más agentes económicos, que coordinen sus conductas, con el propósito de realizar algún comportamiento anticompetitivo, ya que, tal como se examinará en el apartado siguiente, la condición necesaria para la configuración de un acuerdo, es la existencia real y separada de dos o más operadores económicos.

De forma más específica, la voz n. 2 del citado Glosario establece que se consideran acuerdos horizontales aquellos “arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí”, mientras que los acuerdos verticales han sido definidos como aquella situación en la cual “un agente económico con posición dominante en un mercado utiliza la misma, con agentes económicos

⁴⁰² Cabe precisar, que si bien el glosario no se incluyó en el texto de la Ley, éste fue elaborado por el Consejo Directivo de la SC, por medio de la resolución RC-AG-08/2006 del 17 de octubre de 2006, con el fin de aportar claridad sobre estos conceptos totalmente nuevos.

⁴⁰³ *Vid.* el Cuadro Comparativo de los diversos Anteproyectos de Ley de Competencia, Asamblea Legislativa, San Salvador, 2004, donde consta un resumen de los anteproyectos propuestos por diversos sectores entre 1994 y 2003. En tres de ellos, se proponía incluir un artículo que incorporara definiciones de algunos conceptos, entre las que se incluía la del término acuerdo. Tanto en las propuestas de algunos diputados de la oposición, como en la del partido Alianza Republicana Nacionalista, se coincidía en definir el término acuerdo como “todo contrato, convenio, concertación o práctica concertada” entre dos o más firmas o agentes económicos. El anteproyecto presentado por los diputados Ileana Rogel y Miguel Navarrete y el de ARENA también consideraban que el concepto de acuerdo debía incluir las prácticas “intencionalmente paralelas”.

ubicados en diferentes eslabones de la misma cadena de producción, distribución o comercialización”.⁴⁰⁴

Estas definiciones acuñadas por la autoridad de competencia nacional encuentran su sustento en un amplio sector de la doctrina que considera que en materia de derecho de la competencia, el concepto de acuerdo debe entenderse en términos muy amplios y poco formalistas, que atiendan a criterios de eficacia en la coincidencia de la voluntad y en la aplicación de la norma.

Se considera que encajan en el concepto de acuerdo prohibido por la normativa de defensa de la competencia, todas aquellas conductas que sean fruto de algún tipo de contrato, arreglo, pacto, concierto, colusión, decisión o de distintas formas de colaboración entre dos o más sujetos independientes, que tengan por objeto o efecto la limitación de la competencia entre agentes económicos.⁴⁰⁵

En materia de prácticas para suprimir la competencia, la concurrencia de voluntades o de entendimientos, que permite concluir que ha existido un acuerdo, se juzga con criterios muy poco formalistas. Basta comprobar que varios agentes económicos han actuado coordinadamente en el mercado de forma consciente, para

⁴⁰⁴ Vid. la voz n. 2 del Glosario de Términos, donde se establece que los acuerdos horizontales son los “arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí, que se unen, para entre otros, acordar precios, cantidades, división de zonas geográficas y licitaciones o concursos, limitando, restringiendo o impidiendo la competencia. También son llamadas conductas horizontales o absolutas”. En la misma voz, los acuerdos verticales son definidos como “situaciones en las cuales un agente económico con posición dominante en un mercado utiliza la misma con agentes económicos ubicados en diferentes eslabones de la misma cadena de producción, distribución o comercialización, con el fin de limitar, restringir o impedir la competencia, tales como los convenios de exclusividad, la imposición de condiciones. Son también conocidos como conductas verticales o relativas”, mientras que la voz n. 8 ofrece la definición transcrita más arriba, en el texto.

⁴⁰⁵ Sobre el requisito de la bilateralidad, puede consultarse NAVARRO SUAY, M.C., *Las Conductas Conscientemente Paralelas*, Thomson-Civitas, 1ª edición, 2005, pp. 141 y 142, quien apunta que la existencia de dos o más entidades separadas tiene especial importancia con el fin de determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo. En forma similar, vid. HYLTON, K.N., *op. cit.*, p. 28, quien también explica que para establecer una infracción punible, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Sherman, es necesario establecer- entre otros- la existencia de al menos una dualidad de agentes involucrados. En sentido parecido, vid. GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, p. 182, quien concuerda que los acuerdos anticompetitivos pueden revestir cualquier forma, siempre y cuando concurren por lo menos dos voluntades reales y diferenciadas. En sentido similar, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, p. 859, quienes manifiestan que en materia de acuerdos anticompetitivos, se ha hecho una interpretación extensiva, que obedece a criterios de efectividad de aplicación. Se exige que exista una “entente” o concertación realizada entre una pluralidad de empresas, independientemente de la forma que adopte.

que la prohibición les sea aplicable, sin que tenga mayor trascendencia la naturaleza del entendimiento a través del cual se haya producido la coordinación.

Puede tratarse de pactos escritos o verbales, de acuerdos legalmente vinculantes, como los contratos o de meros pactos entre caballeros. También quedan obviamente incluidas las modalidades de acuerdos expresos, pero también algunas formas de concertaciones tácitas, siempre que resulten en una concertación para suprimir la competencia entre los agentes económicos involucrados. Si se logra una identidad de propósito, a partir de intenciones distintas, independientemente de la forma que ésta revista, para efectos del derecho de competencia, existe un acuerdo.⁴⁰⁶

En el derecho comparado consultado para fines de nuestro estudio tampoco encontramos un concepto legal. No obstante, dada la relevancia que este concepto tiene para determinar si se está en presencia o no de una conducta anticompetitiva, la jurisprudencia comparada sobre el tema ha sido abundante.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia estableció en el caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, que para que exista un acuerdo prohibido por la normativa *antitrust*, basta que exista un compromiso consciente para llevar a cabo una estrategia común, que permita alcanzar un objetivo prohibido por la Ley.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Sobre la amplitud de modalidades y formas que los acuerdos anticompetitivos pueden adoptar, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 316. En sentido similar, *vid.* GALÁN CORONA, E., “Prohibición de Prácticas Colusorias (I): visión general”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, p. 179, quien apunta que el objeto de prohibición es la concertación entre empresas para eliminar la competencia, cualquiera que sea la forma que revista. Coincide en resaltar este criterio ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, *cit.*, p. 234, quien manifiesta que el concepto de acuerdo incluye todos los pactos escritos o verbales a través de los cuales los operadores económicos coordinan sus comportamientos para falsear la competencia. En la doctrina anglosajona, también se considera que en el concepto de acuerdo pueden incluirse una gran variedad de conductas que las cortes tienden a distinguir con base en la forma de comunicación adoptada. Sobre este tema, SCHERER, F.M. and ROSS, D., *op. cit.*, p. 236, manifiestan que la variedad de arreglos colusivos sobre precios en una industria tan solo está limitada por los confines del ingenio humano. Por su parte, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 265, manifiestan que el concepto de acuerdo incluye tanto los comportamientos expresos, como los contratos vinculantes u otras modalidades menos formales para convenir, así como también los comportamientos tácitos que resultan en una equiparación del comportamiento. En sentido similar, KAPLOW, L. and SHAPIRO, C., *op. cit.*, pp. 1121 y ss., también indican que el concepto de acuerdo es muy poco formalista, pero que su determinación es de mucha importancia en la medida que habilita la aplicación de sanciones civiles y penales.

⁴⁰⁷ En *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 US 752 (1984), la Corte Suprema expresó que puede probarse la existencia de un acuerdo prohibido por la normativa *antitrust*, si se logra probar la existencia de un compromiso consciente con un plan común, para alcanzar un objetivo anticompetitivo (traducción nuestra).

Algún tiempo después, en *Copperweld v. Independence Tube*, la Corte Suprema de los EE.UU. agregó que se entiende por acuerdo, toda unidad de propósito, toda forma de entendimiento común, así como todas aquellas voluntades coincidentes, concertadas con el fin de realizar un comportamiento prohibido por la normativa de defensa de la competencia.⁴⁰⁸

En el modelo europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión-asuntos *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission* y *ACF Chemiefarma* -ha sostenido que para establecer la existencia de un acuerdo, basta comprobar que las empresas involucradas han expresado su voluntad común de comportarse en determinada manera en el mercado, coincidiendo con las posturas que juzgan la existencia de un acuerdo a partir de criterios amplios y muy poco formalistas.⁴⁰⁹

En el sistema de defensa de la competencia salvadoreño, si bien el órgano decisorio -el Consejo Directivo de la Superintendencia- ha resuelto cinco casos que involucran acuerdos horizontales, en tres de ellos, éste no se pronunció sobre el concepto de acuerdo, sobre su amplitud o sobre los elementos que lo integran, limitándose a establecer o desestimar la existencia de un acuerdo colusivo, sobre la base de los elementos probatorios reunidos en cada caso y- más recientemente-, sobre la regla aplicable.⁴¹⁰

En el tercero de los casos de colusiones horizontales investigados, el CDSC abordó brevemente el tema, al establecer que las infracciones al artículo 25 LC, se materializan “por medio de una coordinación voluntaria, intencional y bajo cualquier modalidad, escrita, oral, etc., de dos o más agentes económicos,” agregando

⁴⁰⁸ Al respecto, puede consultarse *Copperweld v. Independence Tube*, 467 US 752 (1984), donde la Corte Suprema de los EE.UU. ha expresado que se entiende que existe un acuerdo prohibido donde existe unidad de propósito, un designio o entendimiento común, así como una “coincidencia de las mentes” (traducción nuestra).

⁴⁰⁹ *Vid.* la sentencia del 29 de octubre de 1980, asunto C-218/78, *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission* y sentencia del 15 de julio de 1970, asunto C- 41/69, *ACF Chemiefarma*, donde se estableció que existe un acuerdo colusivo, siempre que las partes hayan manifestado anticipadamente su voluntad de comportarse en determinada manera en el mercado.

⁴¹⁰ *Vid.* la resolución final SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, en el caso del cártel de “Las Harineras”, en cuyas consideraciones finales el CDSC manifestó que “*Ello ratifica la comprobación hecha en la presente resolución a través de la cual ha quedado contundentemente demostrada la infracción por parte de MOLSA y HARISA del artículo 25 letra d) de la Ley de competencia, la cual se traduce en haber adoptado un acuerdo para dividirse el mercado de harina de trigo de acuerdo al volumen de ventas*”; y, la resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, en el caso de “Los Puestos de Bolsa”, en la cual no fue necesario deliberar sobre este aspecto, ya que los involucrados nunca negaron la existencia de un acuerdo. En el caso de “Servicios portuarios de Acajutla” y en el caso de “Las Telefónicas” se abordaron aspectos relacionados con los carteles y con la regla aplicable para su valoración, pero no se desarrolló el concepto de acuerdo.

algunos elementos específicos sobre la modalidad de acuerdo horizontal concretamente investigada en el cártel de “Las Agencias de Viaje”.⁴¹¹

A pesar de su brevedad, encontramos tres elementos valiosos que pueden extraerse de este concepto, aunque los mismos requieran mayor desarrollo en pronunciamientos posteriores. En primer lugar, debe tratarse de un comportamiento voluntario e intencional para restringir la competencia. En segundo lugar, la forma concreta por medio de la cual los agentes económicos coordinen sus comportamientos, resulta indiferente. Finalmente, el CDSC expresamente indica que debe tratarse de un comportamiento bilateral o multilateral, quedando excluidos todos aquellos comportamientos anticompetitivos que se consideran unilaterales.

Para concluir este apartado sobre el concepto de acuerdo, hacemos notar que si bien los criterios establecidos en el cártel de “Las Agencias de Viaje”, expresan los elementos esenciales que integran el concepto bajo examen, a efectos de brindar mayor claridad sobre las conductas que pueden entenderse constitutivas de un acuerdo anticompetitivo en nuestro reciente sistema de defensa de la competencia, sería de suma utilidad que la fundamentación expuesta por el CDSC en cada caso, incluyera un desarrollo más extenso de estos criterios, con la finalidad de precisar con mayor detalle y claridad, cuáles son las conductas que se consideran constitutivas de un acuerdo y cuáles son los elementos que las integran, para que tal como se ha hecho en los EE.UU. o en Europa, el contenido del concepto de acuerdo se fuera concretando jurisprudencialmente, a través de los pronunciamientos de la entidad aplicadora de la ley.

Este desarrollo jurisprudencial debería aportar parámetros para que los operadores económicos pudieran orientar sus comportamientos, al conocer con mayor precisión cuáles son los elementos específicos que integran las conductas que recaen dentro del ámbito prohibido. Los criterios de la Superintendencia de Competencia contribuirían a dotar de contenido concreto a un concepto que reviste una importancia fundamental para la aplicación de la LC y respecto del cual en la actualidad, la normativa de defensa de la competencia nacional, no indica nada y los pronunciamientos de la entidad administrativa proporcionan muy pocos elementos para conocer con acierto cuál es el concepto de acuerdo adoptado.

⁴¹¹ Al respecto, *vid.* resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde en el análisis de la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 25 letra a de la Ley de Competencia, el CDSC manifestó que “una infracción a la disposición comentada se materializaría por medio de una coordinación voluntaria, intencional y bajo cualquier modalidad, escrita, oral, etc., de dos o más agentes económicos que participan en un mismo nivel de la cadena de valor para establecer los precios del producto o servicio en el que compiten o para configurar un método para calcularlos”.

Una mayor claridad en la interpretación y una mayor previsibilidad en la aplicación de la LC ofrecería mayor seguridad jurídica a los operadores económicos, quienes al igual que toda la sociedad salvadoreña, aun se están familiarizando con una normativa que introduce conceptos novedosos, dentro de los cuales se incluyen prohibiciones de conductas que hasta hace poco tiempo, contaban con una habilitación legal. El desarrollo jurisprudencial del concepto de acuerdo contribuiría al cumplimiento de la LC, en la medida que señalaría con mayor precisión cuáles son las conductas que se enmarcan en el ámbito prohibido por los artículos 25 y 26 de la LC.

25. Existencia de voluntades independientes

La mayoría de los estudios y la jurisprudencia emanada de los dos modelos de defensa de la competencia que han servido de base para el sistema salvadoreño —el anglosajón y el europeo— consideran que, a efectos del derecho de competencia, la condición necesaria para establecer la existencia de una conducta anticompetitiva prohibida por la ley, es la presencia de varias voluntades independientes.

Tal como la SC ha indicado en el caso de “Las Agencias de Viaje”, para establecer la existencia de un acuerdo, debe comprobarse la participación de 2 o más agentes económicos. Sin embargo, más que un elemento cuantitativo, también debe concurrir un elemento cualitativo. Debe tratarse de sujetos con la capacidad real para fijar su estrategia competitiva en forma libre, ya que la pluralidad de voluntades autónomas que luchan por un mismo mercado constituye la base de la libertad de competencia. A efectos del derecho de la competencia, para establecer la existencia de un acuerdo es necesario comprobar la existencia de dos o más voluntades reales y diferenciadas, ya que en caso contrario, la conducta carecerá del elemento de la bilateralidad y no podrá considerarse constitutiva de un acuerdo.⁴¹²

En la jurisprudencia más emblemática de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. debe mencionarse el caso *Copperweld*, por medio del cual se superó la doctrina de las conspiraciones *intra* empresariales. Este pronunciamiento estableció que los acuerdos prohibidos por el derecho *antitrust*, solo son aquellos que llevan a

⁴¹² Vid. GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, p. 184, quien apunta que para hablar de un acuerdo, es necesario constatar si junto a la autonomía jurídica formal de las partes, también hay materialmente dos o más voluntades reales y diferenciadas. En sentido similar, BAÑO LEÓN, J.M., *op. cit.*, p. 62, señala que en el ámbito del derecho de la competencia, la calidad de sujeto con capacidad para participar en acuerdos anticompetitivos, se obtiene a partir de una autonomía decisoria real.

cabo dos o más organismos independientes, pero no los que celebren entidades que se consideran una sola unidad económica.⁴¹³

Si bien el tratamiento de las *joint ventures* en el derecho de competencia, supera el alcance y fines de este estudio, en el caso *Texaco v. Dagher*, la Corte Suprema de ese país estableció más recientemente que la normativa *antitrust* no prohíbe los acuerdos celebrados entre sujetos que se consideran un solo operador económico, como en las *joint ventures* plenamente integradas, porque en la práctica éstas constituyen centros decisorios unilaterales, que al unir recursos y esfuerzos, dejan de competir entre sí para competir con otros.⁴¹⁴

La jurisprudencia europea también se ha inclinado por esta misma postura. En el caso *Bayer/Adalt*, el Tribunal Europeo manifestó que para que pueda existir un acuerdo anticompetitivo, sancionable por la normativa de defensa de la competencia de ese sistema es necesario que exista pluralidad de voluntades independientes entre los operadores económicos involucrados.⁴¹⁵

En función de este requisito, las conductas resultantes de centros decisorios dependientes, comunes o unificados, se asimilan a prácticas unilaterales, por cuanto suprimen la existencia de un concierto o concurrencia de dos o más voluntades.⁴¹⁶ Sin perjuicio de poder ser sancionadas como abuso de posición dominante, de

⁴¹³ Sobre este tema, la doctrina anglosajona es concordante al señalar que, si bien la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. sancionó inicialmente los comportamientos o las conspiraciones anticompetitivas *intra* empresariales, a partir de la sentencia proveída en el caso *Copperweld v. Independence Tube*, 467 US 752, el 19 de junio de 1984, la Corte revirtió este criterio, al establecer que los acuerdos *intra* empresariales o entre agentes económicos sujetos a una misma unidad decisoria, no pueden considerarse acuerdos a efectos del derecho *antitrust*, porque parten de sujetos que no actúan como agentes económicos separados, por lo que en la práctica deben considerarse como comportamientos unilaterales.

⁴¹⁴ Puede consultarse *Texaco Inc. v. Fouad Dagher et al.* 547 US (2006), en el cual la Corte Suprema expresó que no existía una conducta punible conforme a la normativa *antitrust* porque Texaco y Shell habían creado una *joint venture* plenamente integrada, que en la práctica funcionaba como una unidad decisoria y no como agentes económicos competidores entre sí.

⁴¹⁵ En la jurisprudencia europea, puede consultarse la STJCE del 6 de enero de 2004, en el asunto C-2/01 P y C-3/01 P *Bayer/Adalt*, donde el Tribunal de Justicia Europeo manifestó que por acuerdo, se entiende todo pacto o contrato que suponga la concertación de una pluralidad de voluntades independientes, cualquiera que sea la forma que el mismo revista.

⁴¹⁶ Cabe precisar que, si bien las consideraciones desarrolladas en este capítulo permiten concluir que el ámbito de prohibición de las prácticas colusorias horizontales no incluye las conductas unilaterales, anticipamos que las decisiones o recomendaciones de asociaciones empresariales, que se examinarán en el capítulo V de nuestro estudio, aunque revistan un carácter aparentemente unilateral, en realidad encajan en el concepto de acuerdo puesto que permiten la concertación de las voluntades de los miembros. *Vid.* apartado 35.2 del Capítulo V, relativo a las decisiones o recomendaciones de asociaciones de empresas.

conformidad con el artículo 30 LC, estas conductas no constituyen acuerdos, ni se reputan anticompetitivas en los términos establecidos en los artículos 25 y 26 LC.⁴¹⁷ No cabe hablar de pluralidad de voluntades entre entidades sometidas a una misma unidad decisoria, puesto que en la realidad son manifestaciones de una voluntad única.⁴¹⁸

En el ámbito del derecho de la competencia, la calidad de sujeto con capacidad para participar en acuerdos anticompetitivos, se obtiene a partir de una autonomía decisoria real. Las empresas afectadas por una misma unidad decisoria, no se consideran competidores, porque la realización de un acuerdo anticompetitivo implica una disminución de la autonomía de actuación de las empresas para adoptar sus decisiones en forma independiente y autónoma. En este orden de ideas, quedan exceptuados- a título de ejemplo- los pactos entre empresas que integran un mismo grupo o que conforman una nueva entidad, porque entre estas figuras del tráfico comercial, existe unidad decisoria.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Vid. Art. 30 LC.- “Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos...”.

⁴¹⁸ En el modelo de los EE.UU., este tema se conoce como la “*intra enterprise conspiracy*”. Por todos, vid. SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, p. 211, donde a partir de un análisis de la jurisprudencia de los tribunales de los EE.UU., estos autores concluyen que la doctrina que castigaba las conspiraciones anticompetitivas celebradas en el seno de un mismo grupo empresarial, se superó en 1984, a partir del caso *Copperweld*, puesto que la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., estableció que las empresas que actúan bajo el mismo centro de control, se consideran como un solo agente económico. Por su parte, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, pp. 286-296, hacen un examen del caso *Copperweld*, para concluir que bajo el amparo de este precedente, las cortes inferiores han encontrado que tampoco constituyen un acuerdo a efectos del derecho *antitrust*, las concertaciones entre empresas propiedad de un mismo dueño, empresas filiales de una misma sociedad o empresas bajo un mismo control, aunque éste no sea total, porque se entiende que no parten de entidades separadas. En sentido similar, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 264 y ss., también establecen que los comportamientos punibles bajo el artículo 1 de la Ley Sherman deben ser realizados por entidades separadas. En sentido complementario, HYLTON, K.N., *op. cit.*, p. 28, manifiesta que atención al artículo 1 de la Ley Sherman, en el sistema anglosajón sólo pueden castigarse las conductas realizadas entre dos o más agentes, puesto que las relaciones empresariales que son tratadas como una unidad, no recaen en el ámbito prohibido porque no pueden ser constitutivas de un acuerdo. Sin embargo, también hace notar que la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. nunca se ha pronunciado sobre el grado de separación que debe existir para determinar la existencia de dos o más agentes económicos independientes.

⁴¹⁹ En la doctrina relativa al modelo europeo, puede consultarse ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 103 y ss, quienes indican que en ese sistema la normativa de competencia se enfoca en la realidad económica de los operadores, por lo que una pluralidad de sujetos pueden ser tratados como uno solo si existe unidad de conducta en el mercado. En sentido similar, NAVARRO SUAY, M.C., *op. cit.*, p. 141, quien señala que la autonomía económica de los operadores es un criterio determinante para establecer la existencia de un acuerdo punible en el sistema europeo. También en el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, pp. 315, quien señala que las empresas afectadas por una misma unidad decisoria, no pueden considerarse competidores y ALONSO SOTO, R., “De-

Más allá de las formas o modalidades que los agentes económicos puedan adoptar para actuar en el mercado- *Vg.* grupos empresariales, sociedades controladas por una sociedad común- a efectos del derecho de competencia es necesario tomar en consideración la realidad económica de los operadores. Se considera que existe unidad decisoria, cuando existe unidad en la voluntad que determina la toma de decisiones o en la voluntad que controla la toma de decisiones, y donde existe unidad decisoria, se concluye que existe un comportamiento unilateral.⁴²⁰

En este orden de ideas, el derecho de competencia solo prohíbe los acuerdos que sean el resultado de voluntades independientes, ya que las conductas que limitan o restringen la competencia entre agentes económicos sometidos a la misma fuente decisoria o controladora no pueden penalizarse.⁴²¹ Sería contrario a la realidad exigirle

recho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, *cit.*, p. 303, quien establece que a efectos del derecho de la competencia, sólo puede existir un acuerdo entre operadores económicos independientes, es decir entre aquellos que gocen de autonomía para establecer su propia política comercial. A título de ejemplos más comunes, los pactos entre un empresario y su comisionista o entre empresas que integran un mismo grupo, se exceptúan porque entre ellos, existe unidad decisoria.

⁴²⁰ Sobre este tema, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 337, quien explica que se entiende que existe control unificado cuando se produce la pérdida de independencia económica, porque las empresas se reúnen bajo una misma unidad de dirección. En sentido complementario, *vid.* GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, pp. 635-660, quienes explican que con arreglo al Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, debe tratarse de un cambio duradero y no meramente incidental, en la estructura del control de agentes anteriormente independientes. En sentido similar, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pp. 82-102, apuntan que el concepto de control en materia de derecho de la competencia, es un concepto autónomo que alude con mucha amplitud, a los medios de influencia de los que normalmente disponen los propietarios de una empresa y KORAH, V., *op. cit.*, p. 392, quien manifiesta que la concentración se caracteriza por la adquisición de control común de dos agentes previamente independientes. En el ámbito anglosajón, *vid.* SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, p. 550, quienes manifiestan el concepto de control implica la posibilidad de influir directamente en el comportamiento de una empresa. En igual sentido, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 785, quienes exponen que existe control común cuando se produce una sustitución de la capacidad individual para tomar decisiones.

⁴²¹ Este aspecto también ha sido desarrollado por la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007, p. 25, como por el Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 2000, donde la UNCTAD manifiesta que, si bien los convenios anticompetitivos entre empresas están prohibidos en su conjunto, para que se puedan configurar las prácticas prohibidas, es necesario partir de entidades que no están sometidas a un control común, ya que ello suprime la independencia en sus actuaciones. En la Ley Tipo, la UNCTAD también agrega que este requisito ha sido adoptado en la mayor parte de jurisdicciones con regulación de competencia, donde se considera que las empresas de un mismo propietario o sometidas a control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras.

a una entidad integrada por diversos polos de acción, sometidos a un mismo centro de control, que compita consigo misma, con sus dependencias o con sus integrantes.

En la regulación de los acuerdos colusivos prohibidos que hace la legislación de competencia salvadoreña, no existen elementos que consideren expresamente este aspecto. Sin embargo, la definición del término “competencia” que consta en la voz n. 5 del Glosario de Términos, refleja una tendencia a suscribir este criterio, puesto que supedita la existencia misma de competencia o de rivalidad entre agentes económicos, a una lucha entre agentes independientes.⁴²²

No obstante la falta de regulación expresa en los capítulos relativos a los acuerdos colusivos prohibidos, el régimen de control de concentraciones económicas que establece la Ley de Competencia, aporta algunos elementos que se refieren explícitamente a la necesaria independencia de los agentes que deben solicitar la autorización para concentrarse, cuya amplitud y generalidad permiten hacer una aplicación extensiva al ámbito de los comportamientos colusivos.

En primer lugar, el artículo 31 LC señala que no requieren autorización para concentrarse, aquellos agentes económicos sometidos a una misma unidad de control. En una consulta evacuada a finales de 2007, así como en la autorización de concentración otorgada a *Millicom y otros*, la Superintendencia de Competencia manifestó que las fusiones y adquisiciones entre agentes sometidos a la misma unidad decisoria, no alteran la estructura del mercado, porque aun antes de la concentración, estos operadores económicos actúan como un solo agente.⁴²³ En varias improcedencias

⁴²² Al respecto, *vid.* Glosario de Términos elaborado por el CDSC, cuya voz n. 5, literalmente establece que se entiende por competencia “*situación del mercado en que los agentes económicos luchan de forma independiente, por una clientela de compradores para alcanzar un objetivo empresarial concreto, por ejemplo utilidades, ventas o una mayor participación de mercado. La rivalidad entre agentes económicos puede referirse a los precios, a la calidad, al servicio o a una combinación de éstos y otros factores que puedan valorar los consumidores. Da origen al bienestar para el consumidor a mayor eficiencia*”.

⁴²³ En los pronunciamientos de las autoridades de competencia, *vid.* opinión consultiva proveída a solicitud del Grupo Industrial Diversificado, S.A. de C.V. y Varcor, S.A. de C.V., con fecha 18 de diciembre de 2007, donde la Superintendencia estableció que las operaciones entre agentes que pertenecen a un mismo grupo no se consideran concentración a efectos de la LC, puesto que “*no alteraría el control respecto del escenario que existía ex ante*”. En forma complementaria, sobre el requisito de la independencia entre los agentes, en materia de concentraciones, *vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “*...habiéndose determinado que MILLICOM CABLE N.V. es un agente económico independiente de las sociedades... la operación encaja dentro de los supuestos establecidos en la Ley de Competencia para considerarla como una concentración económica*”, para agregar en la misma resolución que “*El elemento inherente a la determinación de la existencia de una concentración es si a partir de algún acto se conforma en el mercado una solo unidad económica, donde antes había dos o más unidades independientes de toma de decisiones*”.

proveídas a lo largo de 2010 y 2011, la Superintendencia mantuvo y desarrolló este criterio.⁴²⁴

Los agentes sometidos a un control común, no necesitan autorización, porque el resultado post concentración no afecta la estructura del mercado que existía en el escenario previo, ya que los agentes sometidos a un centro de control único actúan como una sola entidad y no como organismos o entidades autónomas, respecto de quienes pesa la obligación de competir. Donde no existe pluralidad de centros decisorios no existen agentes independientes.

En segundo lugar, el artículo 32 LC define el concepto de control como la capacidad de un agente económico para influenciar a otro, a través del ejercicio de derechos de propiedad o uso, de la totalidad o una parte de los activos, o mediante los acuerdos que confieren una influencia sustancial en la composición de los órganos decisorios.⁴²⁵

Al igual que la normativa europea, nuestra ley identifica el concepto de control con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva o dominante sobre las decisiones de otra empresa.⁴²⁶ Se trata de una facultad adquirida jurídicamente o *de facto*, que permite incidir en la toma de decisiones de otro agente económico en forma duradera.⁴²⁷ Existe control común cuando no existe independencia económica entre

⁴²⁴ Vid. Improcedencias SC-037/S/C/NR-2010, del 28 de octubre de 2010; SC-028-S/C/NR-2010 del 27 de julio de 2010; SC-015-S7C/NR-2010 del 4 de mayo de 2010 y SC-013-S/C/R-2010 del 20 de abril de 2010, en las que la SC declaró improcedentes varias solicitudes de concentración económica por tratarse de operadores económicos sometidos a control común. En idéntico sentido, SC-24-S/C7NR-2011 del 15.11.2011 y SC-005-S/C/NR-2011 del 31.03.2011.

⁴²⁵ Vid. Art. 32 LC en el que se establece expresamente que “*Para los efectos de esta Ley se entenderá por control, la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación, decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico*”. En forma complementaria, *vid.* la voz n. 11 del Glosario de Términos donde se reproduce esta definición en términos idénticos.

⁴²⁶ Vid. numeral 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, el cual expresa una definición muy similar a la de nuestra LC, en los términos siguientes: “*El control resultará de los derechos, contratos y otros medios, que por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa...*”. En la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, del 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, publicada en el DOCE L 318 del 17 de noviembre de 2006, la Comisión utiliza el concepto de influencia dominante, en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen (Lit. b del Art. 2).

⁴²⁷ Sobre el requisito de la durabilidad del cambio de control en las concentraciones económicas, *vid.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pp. 85

los operadores económicos que se encuentran reunidos bajo la misma unidad de dirección, quien detenta en realidad la facultad para tomar las decisiones de política empresarial o de estrategia económica.⁴²⁸

Consideramos que la amplitud con la que ha sido definido el concepto de control permite hacer una aplicación analógica a los demás ámbitos regulados por la Ley de Competencia, en la medida que la necesaria autonomía o independencia de las partes, que se exige expresamente en materia de concentraciones económicas, constituye un requisito que también debe verificarse en materia de prácticas colusivas prohibidas, para que exista la pluralidad de voluntades que caracteriza un acuerdo.

Cabe precisar que a la fecha de conclusión de este estudio, la Superintendencia de Competencia no se ha pronunciado sobre ningún caso relativo a acuerdos verticales y solo ha resuelto cinco casos de acuerdos horizontales- el cártel de “Los Puestos de Bolsa”, el cártel de “Las Harineras”, el de “Las Agencias de Viaje”, el de “Servicios Portuarios de Acajutla” y el de “Las Telefónicas”- sin que el Consejo Directivo de la Superintendencia se haya pronunciado sobre la existencia de voluntades independientes. Sin embargo, existen pronunciamientos del CDSC de los que

y ss.; GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, *cit.*, pp. 638 y ss.; y, KORAH, V., *op. cit.*, p. 391 y 392, quienes coinciden en señalar, que el cambio de control debe ser duradero o permanente, para que se considere que ha surgido una nueva entidad económica. En la normativa, europea, *vid.* la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOCE C 95/1 del 16 de abril de 2008, pp. 4 y ss., donde la Comisión establece que una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero del control, puesto que el concepto de concentración se refiere a operaciones que a su vez, provocan un cambio duradero en la estructura de los mercados.

⁴²⁸ Sobre la noción de control en el derecho de la competencia, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, *cit.*, p. 337, quien explica que el elemento determinante es la pérdida de independencia económica que se produce; siendo significativa la integración de las empresas que se encuentran bajo una misma unidad de dirección, de modo que a partir de ese momento su política empresarial será establecida por la empresa que ha tomado el control. En sentido similar, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones....*, *cit.*, pp. 82-102, apuntan que el concepto de control en materia de derecho de la competencia, es un concepto autónomo que alude con mucha amplitud, a los medios de influencia de los que normalmente disponen los propietarios de una empresa y KORAH, V., *op. cit.*, p. 392. En el ámbito anglosajón, *vid.* SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, p. 550, quienes manifiestan que el término “merger” usado en el derecho de competencia es muy amplio e incluye diversas formas de adquirir activos de otra empresa, en cantidades tales que permitan influir directamente en su comportamiento. En igual sentido, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 785, quienes exponen que la materialización de una concentración puede revestir diversas formas, siempre y cuando se produzca una sustitución de la capacidad individual para tomar decisiones, por un sistema de control unificado.

podemos extraer elementos útiles, aunque no se trate de resoluciones directamente vinculadas con los acuerdos verticales u horizontales prohibidos por la LC.

En dos casos resueltos en 2007, por abuso de posición de dominio en contra de varias compañías distribuidoras de productos derivados del petróleo, el primero, y de energía eléctrica, el segundo, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia extendió algunas consideraciones secundarias, al tema de las sociedades sometidas a un control común.

En el procedimiento en contra de “Las Eléctricas III”, en el que se sancionó por abuso de posición de dominio, el CDSC extendió sus consideraciones al ámbito de las prácticas entre competidores, determinando que las operaciones entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, no encajan en la tipificación de las prácticas horizontales, ya que no implican la realización de conductas entre agentes independientes, que puedan considerarse competidores entre sí.⁴²⁹

En el caso de “Las Petroleras”, si bien inicialmente se investigó conjuntamente la posible comisión de un acuerdo horizontal y abuso de posición de dominio, concluyendo únicamente en una sanción por abuso de posición de dominio,⁴³⁰ también, existieron una serie de elementos que podrían haberse tipificado como prácticas verticales. Además de las relaciones entre agentes que operaban en un mismo eslabón de la cadena productiva, las conductas cuestionadas incluyeron prácticas realizadas entre agentes ubicados en diversas etapas de la distribución de gasolina y diesel, pero que desde el inicio quedaron fuera de la investigación.

⁴²⁹ En la resolución final SC-009-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, proveída en contra de varias sociedades distribuidoras de energía eléctrica, sancionadas por abuso de posición de dominio, el CDSC manifestó que los agentes encausados no podían considerarse competidores porque “AES-CLESA y CAESS pertenecen a un mismo grupo económico, por lo que no existen incentivos a que dichos agentes representen una amenaza mutua para entrar a ofrecer servicios entre las zonas de influencia de la otra. Es decir, no constituyen una oferta potencial efectiva”.

⁴³⁰ En la práctica, esta resolución ha causado cierta polémica, porque si bien la SC no calificó la conducta como abuso de posición de dominio conjunto, ya que dicha conducta no se encuentra expresamente prohibida por el artículo 30 LC y aunque el CDSC consideró que los agentes habían actuado como un solo operador económico, en el lenguaje de la resolución definitiva se ocupan términos un poco ambiguos, que se refieren a la posición dominante que en forma conjunta ocupan los agentes investigados. La resolución Ac. SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007 ha sido impugnada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, por ambos agentes económicos sancionados, con las referencias 437-2007 y 438-2007. A la fecha de conclusión de este estudio-29.02.2012-, el caso aun se encuentra pendiente.

No obstante ello, en la resolución final de este caso, el CDSC manifestó que aun cuando se esté en presencia de entidades que gocen de personalidad jurídica separada y aun cuando éstas operen en eslabones distintos de la cadena de valor, las sociedades que obedecen a un solo objetivo económico, en virtud de sus vínculos económicos y estructurales deben considerarse como una sola empresa.⁴³¹

Más recientemente, en la resolución que declaró improcedente una solicitud de concentración por compra del cien por ciento de las acciones de entre sociedades operantes en el mercado de servicios financieros, el Consejo Directivo de la SC se pronunció expresamente sobre este requisito, ubicándolo en el primer lugar de los elementos que la autoridad revisa al momento de considerar una solicitud de concentración, al precisar que se considera que existe una operación de concentración económica cuando los agentes económicos involucrados han sido independientes entre sí, antes de realizar el acto jurídico que dará lugar a la concentración.⁴³²

En línea con lo expuesto, podemos concluir que, si bien los artículos 25 y 26 de la Ley de Competencia salvadoreña no lo mencionan expresamente, en la aplicación de la LC a casos concretos, la autoridad de competencia salvadoreña, ha coincidido con la doctrina y con la jurisprudencia examinadas, en las que se ha señalado que sólo recaen dentro del ámbito prohibido, los conciertos de voluntades o acuerdos realizados entre agentes económicos independientes.

En este sentido, los acuerdos entre operadores económicos sometidos a un control común o aquellos que integran una sola unidad económica, no podrán ser sancionados porque carecen del elemento de la bilateralidad. En la práctica se trata

⁴³¹ Sobre este punto, puede consultarse la resolución final Ac. SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007, en cuyas consideraciones jurídicas el CDSC estableció que *“Sin embargo, desde el punto de vista del derecho de competencia, aunque SHELL no tenga participación directa o acciones en RASA, sí existe vinculación entre aquella y la sociedad Shell Royal Dutch..Lo anterior encuentra sostén en la Teoría de la Unidad de la Empresa, que considera como una sola empresa el conjunto de sociedades que, debido a sus vínculos económicos y estructurales obedecen a un solo objetivo económico. Lo anterior es así aunque gocen de autonomía y personalidad jurídica propias. Cuando hay varias sociedades, pero una sola empresa, el derecho de competencia debe dejar de lado tecnicismos o purismos jurídicos para atender la realidad económica que está llamado a regular. Desde este punto de vista, la empresa o grupo de sociedades se entiende como única, aunque cada sociedad se encuentre en eslabones distintos de la cadena de valor”*.

⁴³² Resolución SC-030-S/C/R-2010 y SC-005-S/C/NR-2011, en la cuales el CDSC manifestó que: *“Así, conforme a las disposiciones citadas, la Superintendencia de Competencia debe autorizar previamente una concentración si, en efecto se trata de una operación de tal naturaleza y si ésta supera los umbrales. Para que se cumplan estos aspectos, tiene que concurrir los supuestos siguientes: 1. Que los agentes económicos intervinientes hayan sido independientes entre sí, antes de realizar el acto jurídico que dará lugar a la concentración”*.

de actos unilaterales imputables a la entidad decisoria, que en caso de afectar las condiciones de competencia en el mercado, de disminuir la eficiencia y/o de perjudicar a los consumidores, podrían sancionarse como abuso de posición de dominio, siempre que se reúnan los elementos del artículo 30 LC.

26. Tratamiento de las prácticas concertadas o de los acuerdos tácitos

Además de la existencia de voluntades independientes, y a partir un enfoque que toma en consideración la modalidad de comunicación empleada, la doctrina especializada mayoritaria señala que en materia de competencia, el concepto de acuerdo incluye tanto las formas de colaboración expresa, como las coordinaciones tácitas del comportamiento, que voluntariamente persiguen la restricción o eliminación de la competencia, como las prácticas concertadas y –en una minoría- el paralelismo consciente.⁴³³

En las primeras, se engloban todas las formas a las que recurren los agentes económicos para adoptar decisiones comunes o conjuntas en forma expresa, aunque éstas sean siempre más difíciles de detectar y de comprobar, en virtud de su prohibición casi generalizada. En las segundas, se incluyen las formas tácitas de imitación o equiparación voluntaria del comportamiento, que resultan en la coordinación consciente de las conductas de los agentes económicos, con el propósito de limitar la libre competencia entre los involucrados.

El tema de las colusiones tácitas es uno muy amplio, que ha sido principalmente desarrollado por la rama de la microeconomía denominada organización industrial, cuyo examen detallado supera el propósito y los límites de este estudio. Sin embargo, hemos considerado necesario abordarlos en nuestro estudio y específicamente en este capítulo, con el fin de establecer que, si bien la Ley de Competencia no los regula expresamente y si bien la Superintendencia de Competencia se ha abstenido de sancionarlos, la amplitud del concepto de acuerdo, la terminología empleada, la tipificación abierta de los acuerdos colusivos que hace la LC, junto a

⁴³³ El tema de la teoría de juegos o las estrategias que los empresarios adoptan intentando anticipar los comportamientos de sus competidores, ha sido objeto de numerosos y calificados estudios matemáticos retomados por la organización industrial, como parte de las estrategias competitivas que los empresarios tienden a desarrollar en un mercado oligopólico. Por todos, puede consultarse FRIEDMAN, J., *Oligopoly and the Theory of Games*, North-Holland, Amsterdam, 1977; KUHN, H. “Extensive Games and the Problems of Information”, *Annals of Mathematics Studies*, n. 28, Princeton University Press, 1953; NASH, J., “Equilibrium points in n-Person Games”, *Proceedings of the National Academy of Science*, 36, 1950, pp. 48-49 y TIROLE, J., “Jeux Dynamiques: Un Guide de l’Utilisateur”, *Revue d’Economie Politique*, n. 4, 1983, pp. 551-575.

las definiciones adoptadas por el CDSC en las citadas voces 2 y 8 del Glosario de términos permiten concluir que se trata de comportamientos que pueden recaer en el ámbito prohibido.⁴³⁴

En forma sintética, precisamos que una mayoría de estudios manifiestan que las colusiones tácitas incluyen dos tipologías de conductas diferentes: las prácticas concertadas y las prácticas conscientemente paralelas. Ampliamente consideradas, las primeras constituyen una categoría residual, que puede incluir varias formas de concertación distintas del acuerdo, porque implican realmente una modalidad de consenso diferente o verdaderos acuerdos respecto de los cuales se admiten requisitos probatorios distintos.⁴³⁵ Las segundas, se refieren a un paralelismo del comportamiento, que resulta de la coordinación tácita de los operadores económicos.⁴³⁶

Sin embargo, aunque la doctrina económica manifieste que las colusiones tácitas constituyen prácticas capaces de desplegar los mismos efectos anticompe-

⁴³⁴ En la normativa bancaria nacional, el inciso primero del artículo 241 de la Ley de Bancos de 1999, no fue derogado por la Ley de Competencia, dejando abierta la posibilidad que puedan sancionarse las prácticas concertadas entre instituciones financieras, en los términos siguientes: “*Se prohíben los acuerdos o convenios entre bancos, las decisiones de asociaciones de bancos y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto fijar precios o impedir, restringir o distorsionar la libre competencia dentro del sistema financiero*” (resaltado nuestro).

⁴³⁵ Al respecto, *vid.* JOLIET, R., “La notion de pratique concertée et l’arrêt I.C.I. dans une perspective comparative”, *Cahiers de Droit Européen*, n. 3-4, 1974, p. 252, quien indica que la noción de práctica concertada presenta dos cuestiones fundamentales, uno sustancial y otro, probatorio: el grado mínimo de concertación requerido y los requisitos probatorios exigibles. Por su parte, NAVARRO SUAY, M.C., *op. cit.*, pp. 146-151, concuerda que el rubro de práctica concertada constituye una categoría residual que permite incluir una gran variedad de conductas dentro del ámbito prohibido por la norma, para constituir una suerte de red de seguridad para la aplicación del derecho de competencia. Por su parte, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II)...”, *cit.*, p. 304, señala que se trata de una categoría que incluye las formas de coordinación que no tienen una explicación económica natural, por lo que inducen a pensar que ha existido un acuerdo tácito, que difícilmente puede ser probado. En sentido idéntico, GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, p. 188, apunta que se trata de una modalidad de práctica de contornos difusos, que responde a la pretensión de abarcar los conciertos de voluntades que no pueden ser reconducibles a la figura de un acuerdo, con el propósito de constituir una categoría de cierre para la represión de las colusiones empresariales.

⁴³⁶ Sobre este tema, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II)...”, *cit.*, p. 304, explica que este tipo de comportamiento conocido como conductas conscientemente paralelas, consiste en equiparar o coordinar deliberadamente los comportamientos, sin necesidad de llevar a cabo ningún tipo de acuerdo. Por su parte, HYLTON, K., *op. cit.*, p. 73, establece que si bien no existe una definición unívoca, se trata de una forma de colusión tácita que resulta de la consciencia que adquieren los operadores económicos en mercados oligopólicos de la interdependencia que existe entre sus acciones y reacciones mutuas. El Glosario de Economía de la Organización Industrial y de Derecho de Competencia de la OCDE establece que el paralelismo consciente constituye un mecanismo que se produce generalmente en un mercado oligopólico, donde la interacción reiterada entre pocos agentes económicos, les permite coordinar sus conductas sin necesidad de un acuerdo expreso (en www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087/.pdf).

titivos que un acuerdo expreso, desde la perspectiva jurídica,⁴³⁷ tanto el sistema de defensa de la competencia anglosajón, como el modelo europeo, se han mostrado prudentes al momento de sancionarlas, por la dificultad probatoria que presentan, en el caso de las prácticas concertadas –aun cuando se encuentran expresamente reguladas en la normativa de competencia europea- o porque se trata de conductas que no encajan en los elementos objetivos de las conductas punibles, en el caso del paralelismo consciente.⁴³⁸

⁴³⁷ Desde una perspectiva jurídica, la doctrina señala que debe hacerse más énfasis en la conducta que en el resultado. Al respecto, *vid.* NAVARRO SUAY, M.C., *op. cit.*, pp. 27 y ss., quien apunta que si bien se trata de un fenómeno cuyo estudio pertenece propiamente a las ciencias económicas, estas conductas también interesan al derecho de la competencia en la medida en que pueden llegar a constituir prácticas que recaen dentro del ámbito de prohibición de la normativa europea y española. Por otra parte, KAPLOW, L. and SHAPIRO, C., *op. cit.*, pp. 1098-1129, hacen notar que el concepto de colusión o pactos anticompetitivos, tiene una acepción originalmente económica, cuyas implicaciones jurídicas es necesario determinar con precisión, puesto que el concepto varía entre una y otra disciplina y jurídicamente habilita la imposición de sanciones. En igual sentido, HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005, p. 126 y ss., quien también manifiesta que el concepto jurídico de un acuerdo colusivo dista del concepto económico, siendo que la mayoría de juristas entienden que ha existido un acuerdo cuando ha existido alguna forma de comunicación. En sentido parecido, SCHERER, F.M. and ROSS, D., *op. cit.*, pp. 339 y ss., indican que en los mercados oligopólicos es sumamente fácil y atractivo para los operadores equiparar sus comportamientos sin necesidad de celebrar un acuerdo, por lo que resulta sumamente importante determinar el estatuto jurídico de estas conductas.

⁴³⁸ Respecto de la dificultad probatoria, por todos, *vid.* SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 191-193, quienes indican que las conductas interdependientes fruto de una colusión tácita no han sido exitosamente combatidas en los EE.UU., en virtud de la dificultad para aplicarles el artículo 1 de la Ley Sherman. En sentido idéntico, HYLTON, K., *op. cit.*, pp. 73-90, apunta que las conductas conscientemente paralelas pueden resultar en colusiones tácitas, que si bien producen los mismos efectos que las concertaciones expresas, presentan dificultades probatorias por falta de evidencia. Sin embargo, el mero paralelismo encaja difícilmente en el concepto de acuerdo. En sentido similar, KAPLOW, L. and SHAPIRO, C., *op. cit.*, pp. 1121-1129, manifiestan que la existencia de un acuerdo es difícilmente comprobable a partir de la mera existencia de comportamientos paralelos, que muchas veces resultan de formas no verbales de comunicación entre los agentes económicos. Puede considerarse también KORAH, V., *op. cit.*, pp. 58 y ss., quien a partir de la jurisprudencia del TJCE también hace notar esta particularidad de los acuerdos tácitos y CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, p. 871, indican que si bien se suelen perseguir las prácticas concertadas, con el fin de reducir los requisitos probatorios de un acuerdo, la prueba misma de este tipo de práctica constituye su dificultad mayor. En la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, p. 25, se establece que el sigilo con que operan los empresarios para celebrar acuerdos anticompetitivos, exige la admisión de prueba indiciaria. En este marco, las actuaciones paralelas deben considerarse como indicio serio sobre la existencia de un acuerdo, respecto del cual no se ha podido recabar prueba conclusiva, asimilando la prueba de la conducta a la conducta misma. Al respecto, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 269 y 270, establecen que las cortes de ese país distinguen entre acuerdos expresos y acuerdos tácitos, diferenciación que parte de los requisitos probatorios que pueden exigirse en uno u otro caso. Los casos que se refieren a acuerdos expresos, generalmente involucran prueba directa sobre la existencia de la práctica anticompetitiva. Los casos relativos a colusiones tácitas incluyen dos fenómenos diferentes. Los acuerdos tácitos o prácticas concertadas, se

En el caso del paralelismo consciente, si bien desde la perspectiva económica, se considera que puede equipararse a formas de acuerdos tácitos, fruto del comportamiento voluntario y consciente de los operadores económicos, quienes en una estructura de mercado oligopólico, inevitablemente advierten la interdependencia mutua y las ventajas de adoptar decisiones comunes, que supriman la presión competitiva,⁴³⁹ desde la perspectiva jurídica existe una marcada reticencia a sancionar este tipo de conducta.⁴⁴⁰ En muchos casos el comportamiento paralelo también puede ser el resultado de una reacción uniforme a una situación de mercado idéntica, siendo

refieren a acuerdos respecto de los cuales existen fuertes indicios de su existencia, por lo que pueden presumirse a partir de requisitos probatorios menos directos. Los casos de paralelismo consciente, se refieren a otro tipo de conducta, que implica la realización de conductas paralelas o interdependientes que, en términos legales, no son fruto de un acuerdo.

⁴³⁹ La doctrina especializada expone que por regla general, las colusiones tácitas y los comportamientos conscientemente paralelos surgen en los mercados donde operan pocos agentes económicos, quienes advierten prontamente la interdependencia de sus decisiones, por lo que de forma tácita y consciente adoptan estrategias que les permiten suprimir la rivalidad o presión competitiva. En lugar de entablar una guerra de precios- por ejemplo- para conseguir una mayor cuota del mercado a cambio de márgenes de ganancia reducidos, los agentes económicos coordinan sus comportamientos para mantener los precios artificialmente altos y obtener un mayor margen de ganancia. Entre la doctrina más autorizada que desarrolla estas ideas, *vid.* por todos, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 134, quienes manifiestan que en la práctica, los efectos de la colusión tácita son idénticos a los de un cártel y TIROLE, J., *op. cit.*, pp. 239 y ss., quien señala que existen estudios económicos que datan desde 1929 (Chamberlain), en los cuales se advierte que los competidores pueden imponer precios monopólicos, aun sin necesidad de celebrar un acuerdo expreso, cuando se dan cuenta que existen mecanismos tácitos para coordinar sus comportamientos. Por su parte, MOTTA, M., *op. cit.*, pp. 138 y ss., apunta, al igual que la doctrina mayoritaria, que desde la perspectiva económica, se entiende por colusión una situación de mercado que resulta en precios superiores a su nivel competitivo, independientemente que esta situación sea lograda a través de un entendimiento expreso o tácito de los operadores económicos.

⁴⁴⁰ Respecto de su punibilidad, el Juez POSNER, R.A., *op. cit.*, pp. 94 y ss., considera que la colusión tácita demuestra una verdadera coincidencia consciente de voluntades, un acto voluntario que debe ser sancionado. Sin embargo, en sentido diverso TURNER, D., “The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal”, en *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1962, pp. 655-684, se opone a la sanción del paralelismo en mercados oligopólicos, porque considera que se trata de una forma de interdependencia que surge inevitablemente entre los agentes que operan en estos mercados. Al respecto, ELHAUGE, E., “Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent US Supreme Court Decisions?”, en *Competition Policy International*, Vol. 3, n. 2, otoño 2007, p. 71, puntualiza que en la actualidad, cabe considerar que la Corte Suprema de los EE.UU. está siguiendo la postura de Turner- y de la Escuela de Harvard- por cuanto se ha mostrado reticente a sancionar conductas paralelas. En el mismo sentido, PAGE, W., *op. cit.*, p. 6. En la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, p. 25, como en el numeral 3 de la sección D, del Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 2000, la UNCTAD, manifiesta que la punibilidad de las conductas paralelas, requiere de un trabajo de investigación de las condiciones de mercado que permita distinguir los comportamientos anticompetitivos que sean un resultado natural de las fluctuaciones económicas, por lo que el mero paralelismo puede constituir un indicio de una conducta colusiva, pero no prueba fehaciente, ni una práctica prohibida en sí misma.

extremadamente dificultoso distinguir los que son fruto de decisiones independientes y los que no lo son.⁴⁴¹

En la legislación *antitrust* de los Estados Unidos y en la normativa de competencia de la Unión Europea, las conductas conscientemente paralelas no se encuentran expresamente prohibidas, pero su existencia ha sido reconocida por los tribunales superiores de ambos sistemas, a partir de crecientes estudios especializados sobre el tema. Sin embargo, en la práctica, tanto la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. – caso *Bell Atlantic Corporation, et. Al., Petitioners v. William Twombly et Al.*⁴⁴² como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– asunto *Ahlström y otros v. Comisión Europea*,⁴⁴³ se han mostrado reticentes a sancionarlas, ante la imposibilidad

⁴⁴¹ La distinción entre conductas independientes y conductas interdependientes en mercados oligopólicos, constituye uno de los aspectos de mayor dificultad para la aplicación de las normas de defensa de la competencia, en la medida que ambas producen efectos anticompetitivos, pero solo las segundas deben recaer dentro del ámbito prohibido por la norma. Por todos, puede consultarse NAVARRO SUAY, M.C., *op. cit.*, pp. 96 y ss. y 180 y ss., quien comenta que tanto en el sistema de los EE.UU., como en el europeo, la doctrina del paralelismo consciente ha sido sumamente debatida, puesto que se ha advertido en ambos continentes que estos comportamientos incluyen situaciones en las que es extremadamente difícil determinar la existencia o inexistencia de una concertación punible, porque el mismo resultado puede ser fruto de un acuerdo como de una conducta independiente que busca la maximización del beneficio individual. En el mismo sentido, AREEDA, P., KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 265, exponen que el comportamiento paralelo pueden ser fruto de conductas totalmente independientes como de conductas interdependientes, que en la práctica es sumamente difícil distinguir para efectos de su punibilidad. En sentido complementario, MOTTA, M., *op. cit.*, p. 186, también apunta que el comportamiento paralelo no siempre es el resultado de una colusión, puesto que también puede constituir una reacción independiente de los operadores económicos. Por otra parte, HOVENKAMP, H., *op. cit.*, p. 131, reitera que no es posible inferir la existencia de un acuerdo, de una mera interdependencia de los precios o de la existencia de precios *supra* competitivos, ya que desde la perspectiva económica éste puede ser el resultado de conductas independientes. Ténganse presentes también los aportes de POSNER y TURNER mencionados en la nota anterior.

⁴⁴² En la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., *vid.* el caso *Bell Atlantic Corporation, et. Al., Petitioners v. William Twombly et al.* 550 US 2007, resuelto el 21 de mayo de 2007, donde el Supremo Tribunal de los EE.UU. manifestó que el mero paralelismo no constituye un acuerdo sancionable de conformidad con el artículo 1 de la Ley Sherman. Los denunciantes deben poder aportar prueba sobre factores adicionales, que demuestren que los encausados no han actuado en forma independiente, como reacción común ante su percepción del mercado. Aunque cabe aclarar que la mayor parte de precedentes significativos provienen de tribunales de segunda instancia, entre los antecedentes más relevante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., puede consultarse *Eastern States Retail Lumber Dealers Ass. V. US* 234 US 600 (1914); *Interstate Circuit, Inc., et al. v. US* 306 US 208 (1939); *American Tobacco Co. et al. v. US* 781, 809-810 (1946); *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film distributing Corp. et al.*, 346 US 537, 542 (1954).

⁴⁴³ En el modelo europeo, *vid.* la sentencia pronunciada por el TJCE el 31 de marzo de 1993, en el caso *Ahlström y otros v. Comisión Europea*, en los asuntos acumulados C- 89/85, C- 104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-117/85, y C-125/85 a C-129/85, donde el Tribunal manifestó que para que el mero paralelismo o identidad de resultados anticompetitivos, como en el caso de la identidad de precios, constituya una infracción al artículo 81 del TCE, debe comprobarse que los operadores económicos han abandonado sus estrategias independientes para adoptar una estrategia co-

que por sí solas demuestren la existencia de un acuerdo anticompetitivo. El mero paralelismo no es punible en sí mismo, pero su constatación junto a la comprobación de factores adicionales contundentes, permiten inferir la existencia de una práctica concertada en Europa⁴⁴⁴ o de una conspiración encubierta en Estados Unidos.⁴⁴⁵

La figura de las prácticas concertadas es la modalidad de conductas colusivas que presenta los contornos más difusos, puesto que en la práctica se ha equiparado a una categoría omnicomprensiva de múltiples formas de conductas anticompetitivas bilaterales o multilaterales. En el modelo anglosajón, este rubro incluye las conductas constitutivas de un verdadero acuerdo, respecto del cual no existen suficientes elementos probatorios directos, mientras que en el sistema europeo, se ha entendido que se trata de diversas formas de entendimiento o comunicación, que sin

mún, ya que el paralelismo también puede ser fruto de decisiones individuales para adaptarse a los movimientos del mercado.

⁴⁴⁴ En el modelo europeo, *vid.* KORAH, V., *op. cit.*, pp. 59 y ss., quien explica que en ese ámbito, el paralelismo que produce resultados anticompetitivos, puede ser constitutivo de una práctica concertada, siempre que la concertación sea la única explicación posible para un resultado determinado. En sentido similar, GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pp. 188 y 189, quien a partir de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia, expone que el paralelismo de conductas empresariales, aun plenamente conscientes no puede asimilarse a una práctica concertada, sin que se acredite la existencia de contactos que permitan concluir que ha existido una concertación. Por su parte, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, p. 872, también exponen que en ese sistema, el mero paralelismo puede constituir un indicio de práctica concertada, pero no debe ser punible por sí mismo, puesto que puede ser el resultado de una interdependencia oligopólica, por medio de la cual los agentes económicos ajustan individualmente sus comportamientos.

⁴⁴⁵ Sobre los factores adicionales, en la bibliografía anglosajona, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 7 y ss., donde a partir de la jurisprudencia de las Cortes Superiores de los EE.UU., se expresa que las colusiones tácitas o el paralelismo consciente no encajan por sí solos en el concepto de acuerdo punible conforme al derecho *antitrust*. Además de la existencia de conductas coordinadas, deben probarse una serie de factores adicionales o “plus factors”, empezando por la imposibilidad que las partes hayan actuado en forma autónoma en persecución de sus intereses individuales. En igual sentido, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 274 y ss., manifiestan que las conductas tácitas no son consideradas anticompetitivas, si las partes no logran probar factores adicionales que demuestren la existencia de una conducta voluntariamente concertada o conspiración. Sin embargo, en la actualidad no existe uniformidad sobre los diversos factores adicionales que los tribunales consideran idóneos para demostrar la existencia de un acuerdo. Sobre este tema, también *vid.* HAY, G., “Horizontal agreements: concept and proof”, en *Antitrust Bulletin*, vol. 51, n. 4, winter 2006, pp. 884 y ss., quien indica que en ese país, aunque no se tenga prueba directa de un acuerdo formal, la existencia de un acuerdo anticompetitivo puede presumirse a partir de un comportamiento paralelo, siempre que se compruebe la existencia de uno o más factores adicionales. En sentido idéntico, ELHAUGE, E., *op. cit.*, p. 71, comenta que la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de los EE.UU., parece seguir las ideas de la Escuela de Harvard, puesto que en ella se reitera la imposibilidad de sancionar comportamientos tácitos, sin la comprobación de factores adicionales, aunque también precisa que no existe uniformidad sobre qué factores deben tomarse en consideración.

llegar a constituir un acuerdo, permiten la equiparación voluntaria y consciente del comportamiento.

En la normativa de la Unión Europea, las prácticas concertadas se encuentran expresamente enumeradas entre las conductas prohibidas por el artículo 81 TCE, en el que se prohíben “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...”, mientras que en el sistema de los EE.UU., el equivalente de la práctica concertada- las conspiraciones tácitas- han sido incorporadas en las prohibiciones, vía jurisprudencia, tal como se anticipó más arriba.⁴⁴⁶

A pesar de existir una prohibición legal expresa, el Tribunal Europeo de Justicia ha demostrado prudencia al momento de sancionarlas. En los casos *Suiker Unie y otros v. la Comisión e Imperial Chemical Industries Ltd. v. la Comisión* se estableció que se trata de una conducta distinta del acuerdo, cuyo establecimiento requiere la comprobación de la existencia de conductas paralelas, junto a la comprobación que los agentes económicos no han actuado en forma independiente, sino que han manifestado algún tipo de consenso, con el propósito de eliminar los riesgos de la competencia. Si la conducta tiene una explicación distinta de la concertación, la conducta no será sancionada.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Con relación a la denominación de estas prácticas, cabe precisar que la versión de los *Horizontal Merger Guidelines de 1992*, elaborados conjuntamente por la Comisión Federal de Comercio y la División Antitrust del Departamento de Justicia (en <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>), han optado por denominar este tipo de conductas como interacción coordinada. El literal 2.1 de estos lineamientos ofrece la siguiente definición: “la interacción coordinada comprende todas las conductas de grupos de empresas que son provechosas para cada una de ellas en la medida en que las demás reaccionen adoptándolas también. Este tipo de comportamiento incluye colusiones tácitas y expresas y puede ser o no ser ilegal por sí mismo (traducción nuestra)”.

⁴⁴⁷ El TJCE ha manifestado en la sentencia del 16 de diciembre de 1975, en el caso *Suiker Unie y otros v. la Comisión*, asuntos acumulados C-40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73 y en la del 14 de julio de 1972, asunto C- 48/69, en el caso *Imperial Chemical Industries Ltd. v. comisión*, que las prácticas concertadas incluyen cualquier forma de coordinación entre agentes económicos, que no constituyen propiamente un acuerdo, pero constituyen una forma de cooperación práctica que permite eliminar los riesgos de la competencia entre los agentes involucrados. En el caso conocido como *Woodpulp II*, resuelto en la sentencia pronunciada por el TJCE el 31 de marzo de 1993, en el caso *Ahlström y otros v. Comisión Europea*, en los asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-117/85, y C-125/85 a C-129/85, el Tribunal agregó que para establecer la existencia de una práctica concertada debe comprobarse que el paralelismo o identidad en la conducta no puede tener más explicación posible que la concertación.

En la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos citada anteriormente- caso *Twombly*- se ha establecido que puede presumirse la existencia de una conspiración tácita o implícita, siempre que además de la existencia de un comportamiento paralelo puedan probarse factores adicionales que demuestren que la conducta de los agentes económicos es el resultado de alguna forma de acuerdo y no de reacciones independientes, pero coincidentes.⁴⁴⁸ A título de ejemplo, entre los “*plus factors*”, se ha exigido la comprobación de un incentivo para coludir, la existencia de contactos u oportunidades para intercambiar información, la realización de acciones idénticas en forma simultánea, la posibilidad que la conducta solo sea provechosa en caso de llevarse a cabo en forma conjunta.⁴⁴⁹

En nuestro entorno jurídico más inmediato, existe una cantidad considerable de sistemas donde las prácticas concertadas han sido recogidas expresamente en la normativa de defensa de la competencia, mientras que la prohibición expresa del paralelismo consciente es menos común. Chile, Honduras, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, las regulan en forma expresa, incluyéndolas en los comportamientos anticompetitivos punibles, bajo la denominación de prácticas concertadas. España hace una doble clasificación y distingue las prácticas concer-

⁴⁴⁸ Vid. la sentencia proveída en el caso *Bell Atlantic Corporation, et. Al., Petitioners v. William Twombly et al.* 550 US 2007, el 21 de mayo de 2007, donde el Supremo Tribunal de los EE.UU. manifestó que para establecer la existencia de una conspiración punible de conformidad con el artículo 1 de la Ley Sherman, los peticionantes deben demostrar que, además de la conducta paralela, existen factores adicionales que indican un contexto favorable para la celebración de algún tipo de acuerdo previo.

⁴⁴⁹ Vid. ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 11-17, donde se mencionan estos factores, a partir del análisis de la diversidad de jurisprudencia proveída por la Corte Suprema de Justicia y por las Cortes de Segunda Instancia de ese país, que ha ido dando forma a la pluralidad de factores adicionales que los denunciantes deben probar para, que se establezca la existencia de una práctica anticompetitiva, sobre la base de una conspiración tácita. En sentido parecido, ELHAUGE, E., *op. cit.*, p. 71, expone a partir de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia, que los casos de conspiración tácita deben probar una conducta paralela, junto a una serie de factores adicionales, que demuestren que la conducta no puede haber sido fruto de decisiones independientes. Entre los factores adicionales que los Tribunales han requerido recientemente, está la existencia de un motivo para llevar a cabo una conducta común y la existencia de un resultado económico sospechoso. Por su parte, HAY, G., *op. cit.*, pp. 885-887, indica que la lista de estos factores adicionales puede variar en cada caso, pero en esencia pueden resumirse en cuatro categorías: la existencia de un incentivo para coludir, de oportunidades para coludir, de comportamientos coincidentes y realización de conductas que solo sean benéficas, cuando son implementadas por los demás competidores.

tadas y las conductas conscientemente paralelas.⁴⁵⁰ Chile, Nicaragua y República Dominicana prohíben los acuerdos tácitos.⁴⁵¹

En la ley de Competencia salvadoreña, encontramos que se trata de un aspecto que no ha sido regulado expresamente. Sin embargo, tal como será necesario precisar más adelante, tanto el texto del artículo 25 LC, como el del artículo 26 adoptan a una terminología muy amplia para configurar el ámbito material de prohibición, por cuanto utilizan el término “práctica” en la descripción general de las conductas prohibidas, aunque el artículo 25 también haga mención al término acuerdo y en el texto del artículo 26, encontremos una mención del término concertación.⁴⁵²

En los casos resueltos por las relativamente recientes autoridades de competencia nacionales, se constata una postura inicial bastante prudente, puesto que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia se ha abstenido de sancionar conductas que podrían encajar en la definición de una práctica concertada, a pesar de disponer de criterios reglamentarios que orienten la aplicación del artículo 25 LC, a partir de los cuales también se pueda inferir que las colusiones tácitas recaen dentro del ámbito de prohibición.

⁴⁵⁰ A título de ejemplo, *vid.* el artículo 6 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras, el cual textualmente señala “*Se prohíben los contratos, convenios, prácticas concertadas, combinaciones o arreglos entre agentes económicos...*”. En igual sentido, el literal a) del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile de 2005; artículo 11.1 de la Ley de Competencia de Perú de 2008 y el artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 2 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y, en Venezuela, el Art. 10 de la Ley de Competencia de 1991, en los cuales las leyes expresamente prohíben las prácticas concertadas. El artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España se decanta por una distinción entre prácticas concertadas o conscientemente paralelas, a partir del siguiente texto: “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...*”. Cabe aclarar que en Europa, muchos países han optado por incluir una prohibición expresa de las prácticas concertadas con el fin de equiparar su legislación a la normativa europea, como en el caso de las leyes de competencia de Alemania, Luxemburgo, Reino Unido e Italia, así como el Código de Comercio francés recién reformado.

⁴⁵¹ A título de ejemplo, *vid.* el Artículo 5 de Ley de Competencia de Nicaragua de 2006, el cual textualmente señala “*Quedan prohibidos los convenios y acuerdos entre empresas competidoras, sean estos expresos o tácitos, verbales o escritos...*”. En igual forma, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile de 2005; y, el artículo 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008.

⁴⁵² *Vid.* el literal a) del artículo 25 LC en el que se prohíbe “*Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones...*”, así como el literal c) del artículo 26 LC en el que se prohíbe “*Las concertaciones entre varios agentes económicos...*”.

Esta última afirmación, se colige especialmente del artículo 12 del reglamento de aplicación de la ley, el cual enumera algunos criterios que permiten presumir la existencia de una colusión, ante la comprobación de un resultado anticompetitivo evidente, que no puede explicarse a través de una razón económica o jurídica válida: *Vg.* que existan precios *supra* competitivos durante un periodo sostenido, sin que se haya producido un aumento en alguno de los factores que intervienen en la producción; que el comportamiento del mercado desafíe la teoría económica, mostrando un comportamiento que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases distintas a la existencia de una práctica anticompetitiva; y, que los agentes económicos hayan previsto mecanismos de fiscalización o control de la conducta de los demás competidores.⁴⁵³

Actualmente, existen dos casos resueltos por el CDSC, en los que se encontraron indicios sólidos sobre la existencia de acuerdos horizontales, que podrían haberse tipificados como prácticas concertadas: “Las Petroleras” y “Las Harineras”. En ambas investigaciones, se comprobó una serie de contactos y prácticas facilitadoras entre las empresas investigadas, así como la producción de un resultado anticompetitivo, que no pudo ser justificado por medio de una razón económica o jurídica válida, pero las conductas no fueron sancionadas por la SC, debido a su dificultad probatoria.⁴⁵⁴

⁴⁵³ *Vid.* el Reglamento de la LC, en cuyo artículo 12, el legislador incluyó algunos criterios que contribuyan a determinar la existencia de un acuerdo entre agentes económicos competidores, en los términos siguientes: “*Son criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, a que se refiere el Art. 25 de la ley, entre otros: a) Que exista una correlación positiva, importante y continuada en los precios de dos o más competidores, durante un período significativo de tiempo; y que no pueda ser atribuido a variaciones en los precios de los factores de producción; b) Que los agentes económicos hayan previsto mecanismos de fiscalización o control de la conducta de los demás participantes en el acuerdo o práctica anticompetitiva; c) Que el número de supuestos participantes sea reducido; d)... e) Que el mercado se comporte de tal manera que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas económicas y jurídicas distintas a la existencia de una de las prácticas mencionadas en el Art. 25 de la ley; f) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones y/u otras formas de comunicación; g)...; h) El precio de venta ofrecido en el territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente sean sensiblemente superiores o inferiores a su referente internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución...*”.

⁴⁵⁴ Aunque la normativa no los mencione, la Superintendente salvadoreña manifestó ante la UNCTAD que, si bien se reconoce la existencia de prácticas colusorias tácitas, como aquellas en las que no hay un acuerdo expreso o formal entre los agentes económicos, que en igual forma actúan de manera conjunta, alejando sus utilidades de las esperadas en mercados competitivos, también considera que por su misma naturaleza, la colusión tácita es muy difícil de probar y sancionar. Al respecto, *vid.* el documento elaborado por la Superintendencia de Competencia de El Salvador, *Técnicas para la Investigación de Cáteles*, presentado en la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos

En orden cronológico, nos remitimos en primer lugar a la resolución proveída a finales de 2007, en el caso de “Las Petroleras”, cuya investigación se inició de oficio porque existían indicios que permitieron suponer que tres empresas distribuidoras de productos derivados del petróleo en el país, habían celebrado un acuerdo horizontal prohibido por el literal a) del artículo 25 LC y estaban abusando de su posición de dominio, en contravención con los literales b) y d) del artículo 30 LC.

Si bien durante la investigación de este asunto, se comprobó que los agentes económicos competidores, realizaron comportamientos casi idénticos, perfectamente alineados y aplicaron políticas iguales, con un propósito y un resultado anticompetitivo, la Superintendencia de Competencia las sancionó únicamente por abuso de posición de dominio, porque concluyó que no se había logrado probar que la coincidencia en las políticas y conductas había sido fruto de un acuerdo,⁴⁵⁵ a pesar de determinar que ambos agentes económicos habían abusado de una posición dominante gracias a una serie de actuaciones complementarias, por lo que también en este supuesto, un mínimo de concertación tiene que haber sido necesaria.⁴⁵⁶

Casi un año después, en el procedimiento de “Las Harineras”, la Superintendencia inició una investigación de oficio en contra de las únicas dos productoras de harina de trigo nacionales, por considerar que estaban cometiendo las prácticas descritas en los literales a), b) y d) del artículo 25 de la Ley de Competencia, en los que se prohíbe la celebración de acuerdos horizontales para fijar precios, limitar la producción y repartirse el mercado.

convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Antalya (Turquía) noviembre de 2005.

⁴⁵⁵ Vid. resolución Ac. SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006, donde el CDSC manifestó que “no obstante se realizaron todos los medios probatorios idóneos para llevar a cabo una investigación de esta naturaleza, aquellos no produjeron elementos de convicción en lo relativo a una conducta coordinada entre las compañías petroleras”, mientras que luego de analizar las pruebas vertidas en el procedimiento concluyó que “no se ha podido determinar que para el establecimiento de políticas de precios- y, sobre todo, para la zonificación o creación artificial de zonas de precios- ESSO, SHELL y CHEVRON hayan actuado de forma coordinada. Y es si bien las tres compañías petroleras investigadas han adoptado y aplican como política de precios, zonas de precios diferenciados dentro de un mismo mercado relevante geográfico; y que dicha política incluye – en los casos de ESSO y SHELL- una “sugerencia y/o fijación” del precio en bomba al operador de la estación de servicio respectiva, estos no son elementos suficientes para tener certeza positiva acerca de las conductas coordinadas”.

⁴⁵⁶ *Ibíd.* donde el CDSC indicó que “En definitiva, las conductas realizadas por ESSO y SHELL deben entenderse como conductas implementadas en forma complementaria para restringir la competencia y crear barreras de entrada de nuevos competidores...”.

En este caso en particular, se comprobó la existencia de una correlación positiva y continuada de los precios, que no pudo ser atribuida a justificaciones económicas válidas, puesto que el principal insumo para la producción de la harina, había disminuido su costo. Además de este aspecto, durante la investigación también pudo determinarse la existencia de una estructura de mercado propicia para la colusión y la concurrencia de los “factores adicionales” o criterios establecidos en los literales b), c), e), f), g) y h) del artículo 12 del RLC.⁴⁵⁷

Durante la instrucción del procedimiento, se constató la existencia de una estructura de mercado duopólico; de mecanismos de fiscalización adoptados por las harineras; y, de comunicaciones e intercambios de información periódicos entre sus ejecutivos, así como la falta de una explicación económica razonable para una similitud de los precios de la harina durante un periodo sostenido, a partir de los cuales pudo establecerse que existían todos los presupuestos para que la concordancia, siempre al alza, mientras que en condiciones de competencia, ante la baja del precio del trigo, debería haber sido hacia la baja- en los precios de la harina de trigo en el mercado salvadoreño, solo pudiese explicarse por medio de un acuerdo anticompetitivo o concertación entre los dos agentes investigados.

Sin embargo, aunque durante la investigación se comprobaron todos estos indicios, a partir de los cuales existieron suficientes elementos para concluir que los precios de la harina de trigo establecidos por los agentes encausados eran el resultado de un acuerdo para fijarlos en forma artificial, puesto que quedó demostrado que los precios fijados por ambas harineras eran muy similares y no reflejaban las disminuciones que el precio de su insumo principal había experimentado durante el periodo investigado, el CDSC optó por no sancionarlas, porque consideró que no se había reunido suficiente prueba para establecer la existencia de un acuerdo prohibido por el literal a) del artículo 25 LC.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ Para el texto completo del artículo 12 RLC, *vid. supra* en la nota 454 de este mismo capítulo.

⁴⁵⁸ *Vid.* la resolución final SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, en el caso “Las Harineras”, donde el CDSC manifestó expresamente que “*En ese sentido, es posible sostener, a partir del análisis estadístico anterior que existen indicios dirigidos a señalar que los precios de la harina de trigo en el Salvador, no responden totalmente a las variaciones del precio internacional del trigo. De igual forma, según las declaraciones anteriormente relacionadas los consumidores tienen una percepción de nula competencia en la variable precio y que los precios de los agentes económicos HARISA y MOLSA cambian de forma coordinada. Por lo expuesto, el análisis del comportamiento de los precios en este mercado se condice con el acuerdo anticompetitivo entre HARISA y MOLSA para dividirse el mercado de harina de trigo. Sin embargo, lo anterior al ser confrontado con la información agregada al expediente, no permite sostener que MOLSA y HARISA hayan sostenido la práctica anticompetitiva prohibida en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia*”.

Durante esta investigación, también se constató que las empresas harineras estaban limitando su producción sin una justificación económica razonable, puesto que ambas habían realizado inversiones considerables para mejorar la capacidad de sus instalaciones, pero operaban voluntariamente muy por debajo de la capacidad productiva de sus plantas, sin tener una razón económica válida, ya que ante una inversión de ese tipo, la teoría económica señala que lo lógico sería aumentar la producción para recuperar costos.

Esta equiparación del comportamiento, que constituyó una limitación de la producción, prohibida por el literal b) del artículo 25 LC, solo resulta lógica y económicamente provechosa al ser implementada en forma conjunta, puesto que se trataba de una limitación necesaria para no superar las cuotas de mercado que las empresas se habían repartido y para seguir manteniendo los precios de la harina artificialmente altos, con el consiguiente daño al consumidor y la obtención de rentas monopólicas para las harineras.⁴⁵⁹

A pesar de todos los indicios encontrados, de la constatación de la existencia institucionalizada de diversos mecanismos de colaboración entre estas dos empresas competidoras y de la ausencia de políticas de rivalidad agresiva, que podrían haberse considerado como factores adicionales o evidencia de la existencia de una concertación expresa o tácita, el CDSC optó por no sancionar a las empresas por esta conducta, porque concluyó que la existencia de un acuerdo para limitar la producción tampoco se había logrado probar, aun cuando el comportamiento de ambas empresas contrariaba las buenas prácticas en materia de administración de empresas, puesto que luego de realizar fuertes inversiones para mejorar la capacidad productiva de sus plantas, las mantenían funcionando voluntariamente muy por debajo de su capacidad.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Esta situación fue mencionada expresamente en el recurso de revisión resuelto el 14 de octubre de 2008, en el caso SC-005-O/NR-2008, donde el CDSC manifestó que *“No obstante lo anterior, en el presente caso se ha observado, que a partir del acuerdo de división del mercado entre HARISA y MOLSA, ambos agentes en efecto han dirigido sus acciones y estrategias comerciales a efectos de no competir entre sí. Lo anterior se evidencia en el hecho que ambos agentes han ejecutado políticas de comercialización menguadas, con el objeto de no crecer en detrimento de la participación de mercado es su competidor y de esta manera, mantener las participaciones asignadas en virtud del acuerdo anticompetitivo”*.

⁴⁶⁰ Vid. la resolución final del caso “Las Harineras”, donde el CDSC concluyó que *“...a partir del conjunto de declaraciones vertidas en este procedimiento y de las mismas expresiones contenidas en los escritos de defensa presentados por los abogados de HARISA y MOLSA, se evidencia que existe un constante intercambio de información sobre ventas entre ambas empresas...”*, en forma complementaria el CDSC agregó que se constató la *“falta de políticas de ventas agresivas y competitivas de MOLSA y HARISA que persigan incrementar su clientela, nivel de ventas o participación de mercado, en detrimento de la de su competidor”*, agregando posteriormente que *“Los agentes*

Una vez probado el acuerdo de reparto de mercado y constatada una limitación de la producción, por parte de ambas empresas, en forma idéntica y simultánea, sin que la misma pudiera justificarse en una razón económica válida, todos los elementos probatorios que permitieron establecer el acuerdo de reparto de mercado podrían haberse utilizado para establecer la existencia de un acuerdo de limitación de la producción, puesto que una subutilización o limitación a la capacidad productiva de las fábricas sólo podría resultar provechosa en caso de ser simultáneamente implementada por el único competidor existente, con el fin de mantener las cuotas de mercado acordadas.

Con mucha probabilidad, la prudencia que la Superintendencia ha mostrado frente a conductas respecto de las cuales los elementos probatorios no han permitido concluir en forma contundente que ha existido un acuerdo, pero respecto de las cuales se han comprobado una cantidad considerable de indicios objetivos, de los que se podría haber presumido que ha existido alguna forma de comunicación entre los operadores económicos involucrados, que ha permitido la coordinación de sus actuaciones, se ha debido inicialmente al carácter novedoso del derecho de competencia y a la falta de prohibición expresa de las prácticas concertadas.

Esta situación ha impedido que se sancionen conductas sumamente dañinas para el mercado, por lo que consideramos que si bien la aplicación inicial de una normativa nueva induce a la prudencia, para superar este impase y fortalecer las posibilidades de actuación de la SC, sería conveniente agregar una prohibición expresa de las prácticas concertadas en la Ley de Competencia, tal como se hace actualmente en la mayoría de sistemas legislativos afines al nuestro.

En este sentido, si bien concluimos que la tipificación que la LC ha hecho de los acuerdos colusivos es bastante adecuada y que su apertura no riñe con el principio de legalidad, la falta de una regulación expresa de las prácticas concertadas resta efectividad a la aplicación de la norma. Hasta la fecha, puede advertirse que la SC ha preferido no aventurarse en la persecución de algunas conductas, que si bien

económicos HARISA y MOLSA han realizado inversiones en sus respectivos molinos- inversiones que según declaró el treinta de mayo de dos mil ocho el Gerente General de MOLSA es de: “unos quince o veinte millones de dólares”. Sin embargo, se observa que, por lo general, el funcionamiento de los mismos, no supera el 65% de su capacidad instalada... Por lo expuesto, el análisis del comportamiento de la utilización de la capacidad instalada se condice con el acuerdo anticompetitivo entre HARISA y MOLSA para dividirse el mercado de harina de trigo. Sin embargo, lo anterior, al ser confrontado con la información agregada al expediente, no permite sostener que MOLSA y HARISA también hayan cometido la práctica anticompetitiva prohibida en el artículo 25 letra b) de la Ley de Competencia”.

ocasionan un serio perjuicio de los consumidores, no cuentan con un asidero legal expreso que las prohíba, ni con una disposición que faculte a las autoridades para resolver con base en distintos elementos probatorios.

Sin embargo, en el caso de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC ha mostrado indicios de moverse en esta dirección. Probablemente porque en materia de acuerdos anticompetitivos, la experiencia de otros países ha demostrado que los agentes económicos aprenden a celebrar los pactos colusivos sin dejar un rastro probatorio que los incrimine, por lo que la única prueba de la que se dispone muchas veces, es la misma conducta de los operadores económicos en el mercado, la cual en ausencia de prueba material sobre la realización de un acuerdo, puede sancionarse cuando reúna los elementos de una práctica concertada.

En ese cartel, el CDSC sancionó esencialmente sobre la base de elementos probatorios de índole económica que permitieron presumir fehacientemente la existencia de un acuerdo de fijación de precios en dos licitaciones colusorias en perjuicio del Estado en su dimensión de consumidor de bienes y servicios, puesto que se concluyó que era absolutamente imposible que la conducta llevada a cabo por los operadores pudiera haber sido el fruto de decisiones independientes, pero coincidentes.

Por una parte, porque a pesar de ser agentes económicos con estructuras operativas y de costos muy diferentes, los operadores de viaje coincidieron en forma exacta en las comisiones cobradas por la emisión de boletos de avión: US \$39.55, en la primera y US \$56.50, en la segunda. Por otra parte, porque las comisiones cobradas a los entes estatales, también mostraban tarifas mucho más elevadas que las que cobraban a sus clientes del sector privado. Y finalmente, porque se demostró la ausencia de políticas de rivalidad. Ante ninguna de estas situaciones, las agencias de viaje pudieron ofrecer una justificación válida para este paralelismo tan exacto, para la diferencia de tratamiento y para la falta de un comportamiento competitivo.⁴⁶¹

⁴⁶¹ Vid. resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde el CDSC textualmente expresa “*que es improbable que las mismas sean idénticas y que hayan sido coincidentes sin un acuerdo previo... Por lo tanto, esa oferta plenamente idéntica y tan elevada, solamente encuentra su explicación en el razonamiento que los agentes perseguían un objetivo común al fijar ese precio tan elevado... El comportamiento analizado solamente encuentra explicación mediante la existencia de un acuerdo mantenido por los involucrados. Y es que racionalmente y económicamente es improbable que empresas diferentes en tamaño...puedan alcanzar en forma independiente un precio a ofertar exactamente igual*”.

Cabe precisar que en ninguna parte de esta resolución-ni de ninguna otra proveída hasta la fecha- aparece referencia alguna a las prácticas concertadas. Ni tampoco se dice expresamente que el acuerdo se ha presumido en función de los indicios tan contundentes encontrados. Simplemente se concluye que, dado que los agentes económicos no pudieron ofrecer una explicación para la identidad de precios tan exacta, una coincidencia del comportamiento tan inverosímil solo puede explicarse mediante la realización de un acuerdo, para eliminar la competencia entre los participantes.

En la práctica, esta conducta encaja perfectamente en la tipificación que hemos descrito anteriormente de un acuerdo tácito o práctica concertada: una identidad de comportamiento, con una finalidad o resultado anticompetitivo, que no se encuentra amparada en una explicación económica válida y que ha sido facilitada por algunos elementos, como la existencia, en este caso, de una gremial empresarial.

Sobre el tema de las prácticas concertadas, es necesario agregar que algunos estudios científicos sobre las condiciones de competencia en economías pequeñas, consideran que las prácticas concertadas o colusiones tácitas constituyen un tema que es importante analizar, puesto que en países como el nuestro, los mercados generalmente presentan estructuras oligopólicas que facilitan la realización de prácticas anticompetitivas tácitas o paralelas. La reducción en el número de operadores que el tamaño del mercado puede sostener, constituye uno de los factores que más facilitan la realización de este tipo de conducta, tal como el CDSC ha advertido en la solicitud de concentración entre América Móvil y Digicel.⁴⁶²

Además de una referencia expresa en la LC, dado que se trata un régimen de prohibiciones que aun está penetrando la cultura jurídica de los operadores económicos salvadoreños, acostumbrados a una legislación proempresario, también sería

⁴⁶² Véase SC-013S/C/R-2012 del 25 de septiembre de 2012. Sobre este tema, puede consultarse la investigación de GAL, M.S., *Competition Policy in Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 165, donde se concluye que la mayor parte de economías pequeñas, como la nuestra, tienen una mayor tendencia a establecer estructuras oligopólicas, porque el tamaño mismo del mercado no permite la existencia de una gran cantidad de operadores. Ante estas condiciones innatas del mercado, se vuelve necesario tomar en cuenta las conductas paralelas, especialmente en modelos en los cuales ha existido cierta tradición de coordinación entre los operadores económicos, como en El Salvador. En sentido similar, *vid.* SCHATAN, C. y RIVERA, E., *Competition Policy in Emerging Economies: Lessons and Challenges from Central America and Mexico*, ECLAC-IDCR, publicado por Springer Science, New York, 2008, p. 7, donde se coincide en señalar que las economías como las que caracterizan los países centroamericanos, generalmente presentan estructuras oligopólicas propicias para la realización de diversos tipos de conductas anticompetitivas.

conveniente desarrollar los elementos constitutivos de las prácticas concertadas en el Reglamento de la Ley de Competencia, a efectos de precisar con mayor detalle las conductas que encajan en el ámbito de prohibición, los elementos que las integran y el mínimo de elementos probatorios que es necesario aportar en cada caso para establecer los extremos de las conductas prohibidas.

Tal como habrá oportunidad de examinar con mayor profundidad más adelante, los primeros casos de cárteles investigados, han sido exitosamente sancionados, puesto que durante las investigaciones, la Superintendencia de Competencia ha podido recabar prueba documental y prueba testimonial. La obtención de estos elementos probatorios ha sido posible en parte, porque los agentes económicos han podido ser sorprendidos por la autoridad de competencia o porque en el primero de los casos sancionados, los participantes en el cártel ni siquiera tenían conocimiento de estar infringiendo la Ley.

Sin embargo, cabe suponer que con el tiempo, los agentes aprenderán a no dejar un rastro probatorio incriminante, por lo que –salvo en los casos de confesiones amparadas en un programa de clemencia⁴⁶³– las únicas pruebas que se podrá recabar, serán indicios o elementos deducibles del análisis del comportamiento económico del mercado y de los participantes, como en el cártel de “Las Agencias de Viaje”, comentado.

⁴⁶³ Vid. el artículo 39 de la Ley de Competencia, el cual si bien no prevé un programa completo de políticas de clemencia, habilita la reducción de la multa al miembro de un acuerdo que contribuya a su investigación: “Durante los trámites de la instrucción del procedimiento para la investigación de las prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el artículo 25 de esta Ley, el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica anticompetitiva entre competidores podrá reconocerla ante el Superintendente, quien verificará, entre ellos, el cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Sea el primero; entre los agentes económicos involucrados en la conducta y aporte los elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio del Superintendente permitan comprobar la existencia de la práctica y la participación del resto de agentes económicos; b) Cooperar en forma plena y continua con la Superintendencia en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo; c) Realice las acciones necesarias para determinar su participación en la práctica violatoria de la Ley. Durante la tramitación del procedimiento, la Superintendencia mantendrá con carácter confidencial la identidad del agente económico que pretenda acogerse a los beneficios de este artículo. En ambos casos, el Consejo Directivo, al momento de emitir la resolución final correspondiente, no aplicará al solicitante el criterio establecido en el artículo 38 inciso 2° de esta Ley. La solicitud o el reconocimiento podrán plantearse hasta antes que se ordene la remisión de expediente al Consejo Directivo. El beneficio regulado en este artículo podrá ser concedido una sola vez por cada agente económico”.

El tema probatorio ha sido desarrollado con mayor detalle en el expediente SC-021-D/PS/NR-2010 resuelto el uno de noviembre de 2011, en cual se investigó a dos proveedoras de alimentos, participantes en una licitación pública, en el que la SC estableció que si bien existe un amplia gama de pruebas que pueden utilizarse para demostrar la existencia de un cartel, en la mayoría de los casos es muy difícil obtener prueba directa que demuestre a través de documentos, declaraciones de sus partícipes o testigos que se ha celebrado un acuerdo anticompetitivo.

En esta resolución se hace referencia al documento de la OCDE, “Sancionando Carteles sin Prueba Directa” (2007), en el que se reconoce que en las investigaciones de cárteles es necesario utilizar lo que se denomina prueba indirecta o circunstancial, como la existencia de comunicaciones entre agentes rivales o de conductas que faciliten la celebración y mantenimiento de un acuerdo y evidencia de tipo económico, como incrementos simultáneos de precios sin una razón que pueda deducirse del mercado, patrones sospechosos en las ofertase en licitaciones públicas, beneficios anormalmente altos y/o una estructura de mercado oligopólica, que por sí solos no comprueban directamente la existencia de un acuerdo, pero sí aportan elementos que analizados de forma sistemática permiten deducir que tal conducta se ha producido. Sin embargo, en el caso citado, no se sancionó.

Al concluir esta investigación, se tuvo conocimiento que existía un proyecto de reformas a la LC presentadas por la Superintendencia de Competencia, pero según se conoció a finales de 2012, dicho proyecto no preveía una regulación expresa de las prácticas concertadas.

27. Tipificación abierta de las conductas prohibidas

La lectura del articulado de la Ley de Competencia, así como la transcripción de los debates legislativos para su aprobación, nos permite constatar que al momento de configurar las prácticas horizontales y verticales prohibidas, el legislador salvadoreño se inclinó por una tipificación abierta.⁴⁶⁴ Tal como puede apreciarse en la

⁴⁶⁴ Durante la Sesión Plenaria de aprobación de la LC, algunos Diputados del FMLN propusieron que el artículo 25, hiciera una enumeración abierta de las prácticas, igual a la que se había establecido en el artículo 26. En especial, *vid.* la intervención del Diputado Héctor Córdova quien solicitó que se cambiara la redacción de este artículo por una más abierta. Sin embargo, el artículo 25 debe su redacción definitiva a las observaciones del Presidente de la República al Decreto Legislativo n. 528 del 26 de noviembre de 2004, remitidas a la Asamblea Legislativa por medio de una nota de fecha 15 de diciembre de ese año, en la cual el titular del Órgano Ejecutivo manifestó que es incorrecto “pretender establecer una disposición de carácter cerrado para enumerar prácticas anticompetitivas entre competidores, las cuales pueden adoptar las más diversas formas y modalidades, sino

regulación de las colusiones bajo examen, las disposiciones prohibitivas de las conductas anticompetitivas entre competidores y entre no competidores, enumeran expresamente algunas de las modalidades de prácticas más comunes, pero también indican que la prohibición no se limita a éstas.⁴⁶⁵

Se trata de un criterio que aparece reflejado en varios artículos de la Ley de Competencia. Además de las prohibiciones específicas establecidas en los artículos 25 y 26 LC, el artículo 1 LC contiene una prohibición general y omnicompreensiva de todas las prácticas que tengan la capacidad para limitar o restringir la competencia, sin importar su modalidad o forma de manifestación.⁴⁶⁶

27.1 Descripción de las conductas punibles

El inciso primero del artículo 1 LC establece que la Ley tiene por objeto prevenir y eliminar todas las prácticas anticompetitivas, independientemente de la forma como se manifiesten. En forma complementaria, el inciso segundo de esta misma disposición enumera algunas formas específicas de conductas prohibidas, como los acuerdos, pactos, convenios y contratos - entre competidores y no competidores- cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia.

De forma más específica, los artículos 25 y 26 de la Ley de Competencia, prohíben respectivamente los acuerdos entre competidores y entre no competidores,

que, al contrastar la disposición que se comenta, con todas las otras disposiciones que establecen los tipos atentatorios contra la libre competencia (Arts. 26 y 30), en las mismas se ha establecido la enumeración de las conductas como simple ejemplificación...”

⁴⁶⁵ Sobre este tema, puede consultarse *Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008*, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf), pp. 12-15, donde el examen de la normativa de competencia salvadoreña ha permitido concluir que la tipificación adoptada por el legislador salvadoreño en materia de acuerdos horizontales y verticales no es exhaustiva, puesto que la enumeración de prácticas descritas en cada uno de los artículos es únicamente ejemplificativa, aunque en la práctica, hasta la fecha la SC haya demostrado prudencia en la aplicación de la Ley, por cuanto únicamente se ha pronunciado sobre conductas expresamente prohibidas.

⁴⁶⁶ Vid. Art. 1 LC.-“*El objeto de la presente Ley es de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia....Se prohíben los acuerdos, pactos convenios, contratos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia...*”. En el mismo sentido, el Glosario de Términos emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por medio de la resolución RC-AG-08/2006 del 17 de octubre de 2006, en su voz n. 32 define las prácticas anticompetitivas como “*cualquier práctica realizada por un agente económico que, manifestada bajo cualquier forma, limite o restrinja la competencia o impida el acceso al mercado a cualquier agente económico*”.

a partir de una prohibición general, seguida de un listado ejemplificativo de algunas modalidades de conductas prohibidas.

Esta modalidad de tipificación poco común para nuestro ordenamiento jurídico, podría presentar algunos problemas al momento de su aplicación, porque en un inicio aparenta reñir con el principio de legalidad constitucionalmente reconocido, en el que de conformidad con el artículo 15 CN, se establece que “*nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*”.⁴⁶⁷

La jurisprudencia constitucional ha manifestado que este principio implica que las conductas punibles, los procedimientos sancionatorios y las sanciones deben constar con suficiente predeterminación en la ley. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de este país, ha expresado que el principio de legalidad aplicable en materia de derecho sancionatorio exige que la tipicidad de las conductas prohibidas debe hacerse con suficiente precisión, de tal suerte que se brinden adecuadas garantías de seguridad jurídica a los justiciables, para que puedan conocer con anticipación los comportamientos que se consideran ilícitos, así como las consecuencias de los mismos.⁴⁶⁸

Sin embargo, el requisito de tipicidad que permite cumplir con el principio de legalidad, así como garantizar la seguridad jurídica de los operadores económicos, no exige que la Ley de Competencia contenga una enumeración taxativa de las

⁴⁶⁷ Precisamos que en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el asidero constitucional del principio de legalidad en materia sancionatoria, se encuentra recogido en el artículo 15 la Constitución de 1983, en el que se establece que “*Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley*”.

⁴⁶⁸ El contenido de este principio ha sido concretado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador quien ha expresado reiteradamente que todos los ámbitos de aplicación del *ius puniendi* deben regirse por los mismos principios y garantías que rigen en materia penal. En especial forma, debe respetarse la exigencia de ley previa, ley estricta y ley escrita, para la tipificación de las conductas, para la instrucción de los procedimientos y para la aplicación de sanciones. Sobre este tema, *vid.* sentencias de amparo 754-2006 del 6 de julio de 2007 y 58-2001 del 22 de marzo de 2002, así como la Inc. 17-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004, donde con efectos más generales, la SCN manifestó: “*Entonces, el tratamiento otorgado al principio de legalidad, que incorpora la disposición mencionada, ha permitido formular una doble garantía, la cual responde a las siguientes manifestaciones: (i) la primera de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce precisamente en la imperiosa y necesaria existencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas, y de las sanciones correspondientes, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora...*”.

modalidades que las conductas puedan adoptar, pero si una descripción suficientemente detallada de los comportamientos vedados, que se traduzca en una predeterminación de las conductas concretas que pueden recaer dentro del ámbito legalmente prohibido.

En el caso de la Ley de Competencia, las conductas expresamente enumeradas no presentan problemas, puesto que se encuentran suficientemente descritas para permitir que los operadores económicos tomen las previsiones necesarias a fin de evitarlas. El problema podría presentarse en los casos de modalidades de prácticas anti-competitivas que no se encuentran expresamente enumeradas, respecto de las cuales existe una prohibición descrita en términos generales en los artículos 25 y 26 LC.

Además de estas prohibiciones, la tipicidad de las conductas se completa con la prohibición genérica contenida en el artículo 1 LC, el cual textualmente prohíbe “los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”, puesto que conjuntamente integran la descripción de las conductas prohibidas por la LC.

Antes de considerar si la tipificación de las prácticas prohibidas que ha adoptado la Ley de Competencia es compatible con nuestro ordenamiento constitucional, cabe hacer algunas consideraciones relativas al tratamiento que este tema ha tenido en los estudios doctrinarios más relevantes y en el derecho comparado más afín a nuestro sistema normativo.

En este sentido, si bien los dos modelos utilizados como base para contrastar la Ley de Competencia salvadoreña han sido el anglosajón y el europeo,⁴⁶⁹ en materia

⁴⁶⁹ En el sistema normativo de la Unión Europea, los conflictos de constitucionalidad no se plantean en virtud de las particularidades del derecho comunitario, por lo que los conflictos entre la normativa de competencia y la Constitución que pueden presentarse en virtud de una tipificación excesivamente abierta de las conductas prohibidas, únicamente pueden surgir en el derecho interno de los países miembros. En el constitucionalismo de los EE.UU., el principio de legalidad en materia de derecho sancionador ha sido abordado principalmente en el ámbito penal, bajo el nombre de la *void-for-vagueness doctrine* o prohibición de vaguedad. Se trata de un elemento inherente al debido proceso o *due process of law*, establecido en la enmienda n. 14 a la Constitución de ese país. La *void-for-vagueness doctrine* exige que en materia de derecho sancionador, las conductas punibles sean preestablecidas con suficiente claridad para que los justiciables conozcan de antemano los actos prohibidos por la ley. En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., puede consultarse las sentencias pronunciadas en los casos *Musser v. Utah*

de examen de constitucionalidad del sistema de tipificación adoptado por la Ley de Competencia, consideramos atinado apartarnos de esta metodología, puesto que el constitucionalismo anglosajón es bastante distinto del latino y porque en el sistema supranacional de la Unión Europea, no se presentan conflictos de constitucionalidad entre las normas comunitarias y el derecho interno. En este orden de ideas, hemos optado por remitirnos al sistema jurídico español, por dos motivos importantes.

En primer lugar, porque la legislación española también ha sido utilizada reiteradamente a lo largo de este estudio, como referencia en nuestro entorno jurídico más inmediato. En segundo lugar, porque en el capítulo I de nuestro trabajo, precisamos que el constitucionalismo español ha tenido una incidencia muy marcada en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador.⁴⁷⁰

Concretamente, hemos constatado que el desarrollo jurisprudencial que el principio de legalidad ha tenido en los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de este país, se ha basado específica y textualmente en algunos criterios expresados por el Tribunal Constitucional Español sobre este mismo tema.⁴⁷¹

El TCE ha manifestado en reiterada jurisprudencia que el principio de legalidad tiene una estrecha vinculación con el principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de la libertad individual, puesto que conjuntamente se traducen en la

333 US 95 (1948), *Grayned v. City of Roxford*, 408 US 104 (1970), *Village of Hoffman Estates v. The Flipside* 455 US 489 (1982), donde en síntesis se estableció que las leyes deben proporcionar suficientes elementos para que los justiciables puedan distinguir entre conductas lícitas e ilícitas y para que los juzgadores cuenten con criterios explícitos para aplicarlas.

⁴⁷⁰ A título de ejemplo, puede notarse que en materia de principio de legalidad, el artículo 25 CE contiene una redacción similar al artículo 15 de la Constitución salvadoreña, mencionado anteriormente. *Vid.* Art. 25.1 CE, el cual textualmente dice: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o sanción administrativa, según la Legislación vigente en ese momento*”.

⁴⁷¹ En la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, *vid.* sentencias de amparo 754-2006 del 6 de julio de 2007 y 58-2001 del 22 de marzo de 2002, así como la Inc. 17-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004, transcrita *supra* en la nota 469. En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, *vid.* la sentencia STC 42/1987, del 7 de abril, publicada en el BOE n. 107 del 5 de mayo de 1987, transcrita *infra* en la nota siguiente, donde la influencia de la jurisprudencia constitucional española se hace evidente, puesto que las consideraciones sobre el principio de legalidad en materia sancionadora, argüidas por la SCN de El Salvador, son una réplica casi exacta de las consideraciones establecidas en la STC citada.

exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes.⁴⁷²

En este sentido, el TCE ha entendido que es necesario que el mandato de taxatividad o *lex certa* que impera en materia de derecho sancionatorio, se traduzca en una tipicidad de las conductas que permita a los ciudadanos conocer de antemano los ámbitos proscritos, para que puedan prever las consecuencias de sus acciones.⁴⁷³ La norma punitiva debe permitir predecir con suficiente certeza las conductas constitutivas de una infracción y el tipo y grado de sanción.⁴⁷⁴

La observancia del principio de legalidad en materia de derecho sancionador, no implica la prohibición de una formulación abierta de las conductas punibles, ni la existencia de márgenes de discrecionalidad, sino únicamente la prohibición de una descripción tan excesivamente abierta, amplia, vaga o indefinida, que además de no orientar adecuadamente a los justiciables, haga depender totalmente su tipificación como conducta punible de una decisión del intérprete y juzgador.⁴⁷⁵

⁴⁷² Vid. STC 42/1987, del 7 de abril, publicada en el BOE n. 107 del 5 de mayo de 1987, donde refiriéndose al artículo 25.1 CE, el TC expresó que “*el derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto... refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativo de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas...*”, y más recientemente SSTC 133/1999, del 15 de julio publicada en el BOE n. 197 del 18 de agosto de 1999; 276/2000, del 16 de noviembre, publicada en el BOE n. 299 del 14 de diciembre de 2000; 25/2002, del 11 de febrero, publicada en el BOE n. 63 del 14 de marzo de 2002; 75/2002, del 8 de abril, publicada en el BOE n. 99 del 25 de abril de 2002; y, 113/2002, del 9 de mayo, publicada en el BOE n. 134 del 5 de mayo de 2002.

⁴⁷³ Sobre este aspecto del principio de legalidad, *vid.* las SSTC 142/1999 del 22 de julio, publicada en el BOE n. 204 del 26 de agosto de 1999; 123/2001, del 4 de junio, publicada en el BOE n. 158 del 3 de julio de 2001 y 100/2003, del 2 de junio publicada en el BOE n. 156, del 1 de julio de 2003, en las cuales el TC ha manifestado que “supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa* que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones”. También puede consultarse la STC 62/1982, del 15 de octubre, publicada en el BOE n. 276 del 17 de noviembre de 1982, donde el TC ha manifestado que en materia sancionadora debe hacerse el máximo esfuerzo posible “*para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones*”.

⁴⁷⁴ En la STC 116/1993, del 29 de marzo, publicada en el BOE n. 107 del 5 de mayo de 1993, el TC agregó que “*la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que pueda hacerse merecedor quien las cometa*”. En términos muy parecidos, *vid.* STC 53/1995, del 23 de febrero, publicada en el BOE n. 77 del 31 de marzo de 1995 y la STC 151/1997, del 29 de septiembre, publicada en el BOE n. 260 del 30 de noviembre de 1997.

⁴⁷⁵ Sobre los márgenes de discrecionalidad permitidos, *vid.* la STC 34/1996, del 11 de marzo, publicada en el BOE n. 93 del 17 de abril de 1996, donde el TC expresó que “*observada desde su envés,*

Además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, en materia de legislación de competencia, también resulta ilustrativo referirnos a una sentencia de la Sección 3ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo Español, relativa a la recién derogada ley 16/1989, donde específicamente se abordó el tema de la compatibilidad entre la tipificación de las conductas prohibidas, en la normativa de defensa de la competencia y el orden constitucional español.⁴⁷⁶

Al analizar el artículo 10 de la derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, el Tribunal Supremo consideró que no existía vulneración al principio de legalidad garantizado en el artículo 25 de Constitución Española, por falta de predefinición normativa suficiente de las conductas punibles, porque la tipificación adoptada no adolecía de inseguridad jurídica insuperable, que habilitara el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Aunque el motivo concreto se refería a la graduación de la gravedad de las conductas y no a su descripción, el Tribunal manifestó que en materia de derecho sancionador, la existencia de ciertos márgenes de discrecionalidad judicial o administrativa es compatible con el principio de legalidad.⁴⁷⁷

esta garantía conlleva la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

⁴⁷⁶ Vid. Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007 del 3 de julio, publicada en el BOE n. 159 del 4 de julio de 2007, en vigencia desde el 1 de septiembre de ese mismo año, por medio de la cual se deroga la Ley 16/1989. Para estudios sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley 15/2007, vid. MEDRANO, S. y TRAMOYERES, P., “El Régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 241, enero/abril 2006, pp. 61-71 y ORTIZ-BLANCO, L. y RUIZ GARCÍA, N., “El Nuevo Régimen Sancionador de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: ¿tres pasos adelante y uno atrás?”, en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n. 48, extraordinario Octubre-Diciembre 2007: La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, reflexiones sobre las principales novedades, Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, pp. 241-247, donde a partir de un examen del régimen sancionador de la nueva ley de competencia española, se concluye que de forma general los aspectos de tipicidad han sido mejorados, porque existe una definición más completa de las conductas punibles.

⁴⁷⁷ Vid. el recurso de casación n. 9710/1997 resuelto por la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 2003/3021), mediante sentencia del seis de marzo de dos mil tres, donde el tribunal textualmente manifestó que “*el Tribunal Constitucional en la sentencia que la propia actora trae a colación indica que del art. 25.1 CE, como consagración de la regla ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, ‘se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllas y éstas, una correspondencia que, como bien se comprende, puede dejar márgenes más o menos amplio a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella’.* En la Ley de Defensa de la Competencia, considera esta Sala que se detallan con claridad suficiente las sanciones a imponer y los criterios a aplicar para

Antes de trasladar todas estas consideraciones a la normativa de defensa de la competencia salvadoreña, es necesario agregar que en el derecho comparado, las modalidades de prohibiciones abiertas en la legislación de competencia son bastante comunes,⁴⁷⁸ por lo que un sector mayoritario de los estudios concuerda que las prohibiciones establecidas en esta normativa expresan los elementos del tipo, a partir de una fórmula general que describe los elementos básicos de las conductas punibles, mientras que la casuística que las normas enumeran, se incluye a título de ejemplo.⁴⁷⁹

En línea con lo expresado, la modalidad de tipificación adoptada por nuestra ley parece ser adecuada, puesto que la configuración de las prácticas prohibidas no resulta en una indefinición total de las conductas prohibidas. Tanto el artículo 25 LC, como el 26 LC contienen suficientes elementos que permiten determinar con la adecuada precisión las conductas prohibidas, de tal forma que los agentes económicos puedan orientar sus comportamientos para abstenerse de realizarlas.⁴⁸⁰

su graduación, no apreciándose la ‘inseguridad jurídica insuperable’ exigida por la STC 69/1989, de 20 de abril, sin que se haya encomendado por entero al Tribunal de Defensa de la Competencia las sanciones a imponer y su graduación”.

⁴⁷⁸ Vid. la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, pp. 25 y 26, donde a partir de modelos estudiados en distintos países, se sugiere que los artículos que contengan las prohibiciones de los distintos acuerdos colusorios, se haga mediante una prohibición general, seguida de un listado indicativo de las prácticas más comunes o perjudiciales, similar al modelo adoptado en El Salvador.

⁴⁷⁹ Sobre la determinación de las conductas anticompetitivas prohibidas a partir de una fórmula general, seguida de ejemplos, en la normativa española, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en *Lecciones de Derecho Mercantil, cit.*, pp. 233 y ss., quien comenta que la prohibición de las conductas colusorias se configura a partir de tres elementos: la existencia de una colusión, la producción de una restricción en la competencia y la afectación del mercado nacional y que esta descripción genérica se completa a partir de la enumeración de algunos ejemplos de conductas. En igual sentido, *vid.* SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *op. cit.*, pp. 172 y ss., quienes también indican que independientemente de los ejemplos que se incluyan, la ley prohíbe todo tipo de concertación que tenga por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia en el mercado nacional. Sobre la configuración abierta en la normativa europea, *vid.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea, cit.*, p. 846, quienes comentan que los elementos constitutivos de la prohibición de la normativa europea incluyen la realización de un acuerdo, por parte de agentes económicos que puedan ser calificados como empresas, que afecte real o potencialmente las condiciones de competencia entre los Estados Miembros, al restringir, falsear o impedir la competencia al interior del mercado común. En idéntico sentido, KORAH, V., *op. cit.*, pp. 44 y ss.; ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; y, PACE, L. F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1ª edición, 2007, pp. 106 y ss., quienes coinciden en señalar que el tipo prohibido por el derecho europeo de la competencia, se configura a partir de la existencia de cualquier manifestación de un acuerdo, entre agentes económicos que puedan considerarse empresas, que tengan por objeto o efecto una afectación negativa de la competencia en el mercado común.

⁴⁸⁰ Para comentarios sobre la descripción de las conductas prohibidas en la LC, pueden consultarse los comentarios del Dr. Alfonso Miranda Londoño, al Anteproyecto de Ley de Libre Competencia,

En los escasos estudios nacionales que existen sobre el tema, aunque no se haya abordado los aspectos constitucionales relacionados con el principio de legalidad, esta opción del legislador ha sido validada, por considerar – al igual que estudios comparados muy calificados⁴⁸¹ – que no es conveniente, ni viable que las leyes en la materia contengan un catálogo cerrado de prácticas prohibidas, puesto que el dinamismo que caracteriza los intercambios comerciales y las relaciones económicas impide legislar con la misma velocidad con la que aparecen prácticas anticompetitivas nuevas, evitando que las normas de competencia cumplan adecuadamente con las finalidades que le han sido asignadas.⁴⁸²

En materia de acuerdos horizontales, el requisito de tipicidad se cumple a partir de la descripción de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, comunes a todas las prácticas anticompetitivas entre competidores, que podemos extraer de los artículos 1 y 25 LC. Podemos entender que el elemento objetivo estaría determinado por la celebración de cualquier modalidad de acuerdo, cuya realización tenga por finalidad o efecto la restricción o la limitación de la competencia en el mercado nacional. El elemento subjetivo, estaría determinado por la necesidad que las conductas sean llevadas a cabo entre agentes económicos que tengan el carácter de competidores, siempre y cuando se trate de sujetos que se encuentren sometidos a la Ley de Competencia.

presentados por FUSADES, en “Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia”, *Boletín de Estudios Legales* N. 37, Antiguo Cuscatlán, enero 2004, p. 3, donde este especialista colombiano indica que el anteproyecto debe contener, al igual que sucede en otras legislaciones, una prohibición general y una lista de conductas anticompetitivas, y que en su aplicación e interpretación, se integren ambos aspectos.

⁴⁸¹ Para comentarios sobre el cumplimiento de los requisitos de seguridad jurídica en el modelo europeo, *vid.* HAWK, B.E., *The Development of Articles 81 and 82: Legal Certainty*, 2000 EU Competition Workshop Proceedings (en www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2000/Hawk_1.pdf, consultada el 9 de junio 2009), quien explica que en materia de derecho de competencia, es necesario fortalecer los elementos de seguridad jurídica en la aplicación de la ley. El primer requisito que es necesario considerar es la predictibilidad del resultado, que debe partir de una predeterminación suficientemente clara de las conductas prohibidas. Sin embargo, este autor reconoce que existe una tensión muy fuerte entre la flexibilidad necesaria para garantizar la efectividad de estas normas y la seguridad jurídica que las mismas deben ofrecer, ya que más que ningún otro tipo de norma, las leyes de competencia deben ser flexibles para reflejar los cambios en el pensamiento económico y en las condiciones del mercado (traducción nuestra).

⁴⁸² El estudio de FUSADES indica que al igual que la mayoría de leyes de defensa de la competencia, es indispensable que la nuestra contenga una disposición de esta naturaleza, ya que en materia de prácticas anticompetitivas, la experiencia de otros países y los estudios doctrinarios han demostrado que es imposible hacer una tipificación exhaustiva de las conductas anticompetitivas, en virtud de la inventiva que demuestran los agentes económicos para diseñar nuevas prácticas que burlen la Ley. Al respecto, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, *cit.*, pp. 7 y 8.

En los acuerdos o prácticas verticales, el requisito de tipicidad se cumple a partir de los elementos generales que obtenemos al integrar el artículo 1 LC con los artículos 26, 27 y 30, de la Ley de Competencia. El elemento objetivo estará integrado por elementos similares a los de las prácticas entre competidores, por cuanto debe tratarse de un acuerdo para suprimir la competencia, aunque en materia de acuerdos verticales, este concepto tiene algunas connotaciones diferentes que deberán ser abordadas en una investigación posterior, podemos anticipar que por regla general, se trata de conductas dirigidas a producir una desventaja competitiva o la exclusión de otros agentes económicos.⁴⁸³

La determinación de los elementos objetivos del tipo de ambas clases de conductas, debe completarse con las consideraciones relativas al contenido del concepto de acuerdo en materia de derecho de competencia, que hemos examinado en los apartados 4.2, 4.3 y 4.4 de este mismo capítulo. La determinación del elemento subjetivo, deberá ser completada a partir de una remisión al capítulo III de este trabajo, donde se establece el ámbito subjetivo de aplicación de la LC, así como también al concepto de competidor, desarrollado más adelante, en el capítulo V.

En el derecho comparado observamos que esta modalidad de tipificación es bastante común y no refleja una opción aislada del legislador salvadoreño, puesto que esta misma tendencia ha sido adoptada por la mayoría de sistemas afines al nuestro, donde, con el propósito de ejercer una defensa efectiva del buen funcionamiento del mercado, frente a cada nueva modalidad de práctica anticompetitiva que pueda surgir, también se ha optado por una configuración abierta de las conductas prohibidas.⁴⁸⁴ Tal es el caso de Argentina, Chile, España, Brasil, México, Nicaragua,

⁴⁸³ En esta categoría de acuerdos, el elemento subjetivo también presenta algunas particularidades que serán objeto de estudio detallado en el respectivo capítulo de este trabajo, puesto que además de no exigirse el carácter de competidor, de conformidad con las dos últimas disposiciones precisadas, el sujeto activo tendrá forzosamente que tener una posición dominante en el mercado. *Vid.* Art. 26 LC.- “*Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes...*”. En forma complementaria, *vid.* el Art. 27.- “*Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta Ley, deberá comprobarse*”; y, finalmente el Art. 30, el cual textualmente señala: “*Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos...*”.

⁴⁸⁴ *Vid.* Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, pp. 25 y 26, donde se propone que las normas de defensa de la competencia configuren las prácticas prohibidas a partir de una enumeración ejemplificativa, pero no exhaustiva de los supuestos más corrientes que podrán ampliarse para incluir otras posibilidades mediante la inclusión de expresiones como “entre otras posibilidades”, “entre otros” y “otros de efectos equivalentes”.

Panamá, Uruguay y Venezuela, donde con distinta redacción, se prohíbe básicamente cualquier conducta anticompetitiva.⁴⁸⁵

También encontramos esta misma configuración en la normativa de los dos grandes modelos de defensa de la competencia occidentales- el anglosajón y el europeo- donde, partiendo de una tipificación abierta, el contenido o alcance concreto de las conductas anticompetitiva prohibidas ha sido completado por la jurisprudencia de los tribunales de ambos sistemas.

En el primero, el artículo 1 de la Ley Sherman prohíbe “*every contract, combination...*”, es decir, cualquiera y todo tipo de acuerdo. En el segundo, el artículo 81 TCE prohíbe todos “los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Al igual que la Ley de Competencia de El Salvador, en materia de tipificación de las prácticas prohibidas, casi todas las leyes de competencia del ámbito iberoamericano contienen una prohibición general, dirigida a vedar la comisión de cualquier comportamiento que vulnere la competencia, limitándose a mencionar expresamente solo algunas de ellas. A título de ejemplo, *vid.* el texto del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999: “*Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado ...*” e inciso uno y dos del Art. 3 de la Ley de Competencia de Chile de 2005: “*El que ejecute o celebre individual o colectivamente cualquier hecho o acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos.... Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones, que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes...*”. En el mismo sentido, *vid.* Arts. 20 y 21 la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 1/1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; Arts. 6 y 8 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 10/VII de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Arts. 5 y 6 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 7 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; numeral 1 del Art. 11 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; Art. 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 2 inciso 2 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y, en Venezuela, el Art. 5 de la Ley de Competencia de 1991.

⁴⁸⁶ En el derecho *antitrust* norteamericano, puede consultarse el artículo 1 de la Ley Sherman de los EE.UU., en el cual, la configuración de las prácticas prohibidas está construida en forma aun más abierta que en las normas iberoamericanas mencionadas o que el derecho europeo, por cuanto el artículo 1 de la Ley Sherman establece que se sancionará cualquier conducta que afecte la libertad de comercio. Sin embargo, se trata de una tipificación que ha sido concretada en la jurisprudencia de la cortes de ese país. En la normativa europea, comentada *supra* en la nota 288, el Art. 81.1 del TCE establece una prohibición general de todas las modalidades de acuerdos anticompetitivos, aunque luego se citen ejemplos, al igual que en la norma salvadoreña.

No obstante ello, en el texto de la Ley de Competencia de nuestro país, existe otra disposición que también refleja la opción del legislador por establecer una tipificación abierta de las prácticas prohibidas, pero que no hemos analizado junto a los demás artículos examinados en este apartado, porque consideramos que- salvo por el supuesto que comentamos a continuación- esta disposición abstractamente considerada, sí infringe el principio de legalidad.

El inciso segundo del artículo 46 de la LC, confirma que el legislador salvadoreño no le apuntó a un catálogo cerrado de conductas prohibidas, si no que a una interdicción genérica de todas las manifestaciones de prácticas anticompetitivas que puedan surgir en el tráfico de las relaciones económicas, aunque en el texto de la ley se hayan consignado específicamente algunas de las modalidades más comunes o más dañinas.

El inciso segundo del artículo 46 LC faculta a la autoridad de competencia para que sancione cualquier tipo de nueva modalidad de prácticas que atente contra la competencia, aunque no se encuentre enumerada en los listados previstos en los artículos bajo examen. Sin embargo, aunque el legislador moduló esta discrecionalidad con un riguroso deber de motivación, previsto en el mismo artículo, abstractamente considerada, esta disposición infringe la exigencia de tipicidad de las conductas punibles.⁴⁸⁷

Sin embargo, también cabe suponer que el legislador no quiso abrir una vía a la arbitrariedad en la que podrían incurrir el Superintendente o el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, al hacer uso de una discrecionalidad excesiva en la tipificación y sanción de las conductas que pueden considerarse anticompetitivas en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que concluimos que la aplicación práctica de este artículo solo es posible si se compatibiliza con el ordenamiento constitucional.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Vid. el inciso segundo del artículo 46 LC, el cual textualmente dispone que: “...cuando la Superintendencia estime la concurrencia 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”.

⁴⁸⁸ Aunque no se discutió específicamente el tema de la tipicidad, en la Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, consta la intervención del Diputado Roberto D’Aubuisson Munguía, quien manifestó que las previsiones del inciso primero del artículo 46, en el que se establece el deber de motivación de las resoluciones de la SC, constituyen una especie de garantía general aplicable a todo el régimen sancionador, para que el procedimiento sea “justo, adecuado, apegado a derecho”.

Es por ello que consideramos que la única forma de aplicar este artículo es integrándolo con las disposiciones de la LC examinadas en este apartado. Es decir que, si bien se acepta una tipificación abierta de las conductas punibles, no podrán sancionarse ni aun con la motivación más detallada y fundamentada, más que las conductas prohibidas por la ley: los acuerdos anticompetitivos entre competidores, los acuerdos anticompetitivos entre no competidores y el abuso de posición dominante.

Por otra parte, cuando la autoridad de competencia salvadoreña sancione alguna de las conductas que no se encuentran expresamente enumeradas en los ejemplos incluidos en los artículos 25 y 26 LC, tendrá que motivar su resolución de tal forma que sea manifiesto que se trata de una conducta que encaja en las descripciones que hace la ley, respecto de la cual se constata la existencia de una predeterminación legal suficiente, para exigir que los operadores económicos pudieran conocer la ilicitud de sus conductas.

Considerando que la normativa de competencia salvadoreña es totalmente nueva, que como tal introduce conceptos nunca antes regulados, que prohíbe conductas que anteriormente la normativa mercantil consideraba lícitas y que aun no existe una cultura de competencia bien desarrollada en el mercado nacional, aunque concluimos que las prohibiciones establecidas en la LC ofrecen suficiente predeterminación para que los agentes económicos puedan orientar sus comportamientos, con el propósito de aportar elementos que garanticen en mejor forma la seguridad jurídica de los operadores económicos, sería conveniente reformar la Ley para agregar una enumeración más detallada de las distintas modalidades que las conductas anticompetitivas pueden revestir, con el fin de aportar mayor claridad y precisión sobre los comportamientos prohibidos.

Hasta la fecha de conclusión de este trabajo, la autoridad nacional aun no se ha pronunciado sobre la posibilidad de sancionar modalidades de acuerdos anticompetitivos, que no se encuentren expresamente enumerados en la Ley o que no coincidan con alguna de las conductas explícitamente prohibidas en los artículos 25 y 26 LC. En el caso de “Los Puestos de Bolsa” y en el caso de “Las Telefónicas”, se sancionó por un acuerdo de fijación de precios, prohibido por el literal a) del artículo 25. En el caso de “Las Harineras”, se sancionó por el reparto del mercado explícitamente enumerado entre las prohibiciones del literal d) del artículo 25. En los casos de “Las Agencias de Viaje” y “Servicios Portuarios de Acajutla” se sancionó por una infracción a la prohibición establecida en el literal c) del mismo artículo.

No obstante ello, dado el dinamismo que caracteriza las relaciones comerciales, es razonable anticipar que en algún momento la Superintendencia tendrá que conocer

sobre casos de conductas que no están explícitamente enumeradas en las prohibiciones de las conductas colusivas. En este orden de ideas, con el fin de garantizar en mejor forma la seguridad jurídica de los operadores económicos, consideramos que la tipificación establecida en la LC puede mejorarse a través de dos reformas concretas.

En primer lugar, puede conservarse siempre un sistema de tipificación abierta, que parta de una prohibición general, pero agregando más ejemplos de conductas concretas que se consideran prohibidas por la LC. Esta inclusión favorecerá la implementación efectiva de la Ley porque contribuiría para que los agentes económicos puedan conocer en forma inequívoca los tipos de comportamientos prohibidos y para reducir los márgenes de discrecionalidad de los que puede hacer uso la Superintendencia de Competencia.

Dicha reforma dotaría de mayor efectividad a las decisiones de la autoridad de competencia, al evitar que la aplicación de alguna sanción en casos de conductas que no se encuentran expresamente enumeradas, sea impugnada sobre la base de la falta de una predeterminación suficiente de las conductas prohibidas. Se podría modificar tanto el artículo 25, como el artículo 26, con el propósito de agregar un mayor elenco de los comportamientos prohibidos, a partir de la casuística que ha demostrado ser más recurrente en los modelos con mayor experiencia al nuestro.

Esto ofrecería mayor seguridad en la aplicación de la LC, en un sistema como el nuestro, donde la normativa de defensa de la competencia se aplica por primera vez y donde tal como hemos reiterado a lo largo de nuestro estudio, la Ley de Competencia vino a prohibir conductas que de conformidad con el Código de Comercio, durante muchos años se consideraron lícitas, contribuyendo para que la sociedad salvadoreña y los operadores económicos, en particular, se vayan familiarizando con las conductas prohibidas por la ley y puedan contar con pautas claras para no incurrir en un ilícito o infracción.

Por otra parte, en materia de tipificación, también sería conveniente agregar una prohibición expresa de las prácticas concertadas. Con excepción del caso de “Las Agencias de Viaje”, comentado, del examen de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia, hemos advertido que el CDSC ha mostrado mucha prudencia en los casos de conductas respecto de las cuales sólo ha podido recabar prueba indiciaria, como en los casos de “Las Petroleras” y de “Las Hari-neras”- también examinados anteriormente- aun cuando en otros sistemas normativos estudiados estos indicios constituyen factores adicionales, que sumados a las

conductas paralelas, permiten establecer la existencia de una práctica concertada o concertación anticompetitiva.⁴⁸⁹

En realidad, en los dos últimos casos mencionados, no existió un problema de tipicidad, sino que de fuerza de la prueba, ya que si bien se trató de conductas expresamente enumeradas en la Ley, la SC consideró que no se pudo comprobar fehacientemente la existencia de un acuerdo.

No obstante ello, consideramos que si bien los elementos probatorios recabados no fueron suficientes para establecer la existencia de un acuerdo, si lo fueron para establecer la existencia de una práctica concertada, puesto que se trató de un comportamiento que produjo un resultado anticompetitivo, dañino para el mercado y para los consumidores, respecto del cual no puedo presentarse una explicación económica razonable distinta de la realización de alguna forma de concertación previa, para suprimir la competencia entre los agentes investigados.

En ambos casos, se comprobó la existencia de un comportamiento paralelo; la falta de una explicación económica razonable que justificara dicho comportamiento; y, la existencia de contactos y de mecanismos facilitadores para la ejecución del acuerdo, pero el CDSC concluyó que no existía suficiente prueba para establecer la existencia de un acuerdo prohibido por la ley. En virtud de estos obstáculos encontrados por la autoridad de competencia nacional, concluimos que la tipificación expresa, así como la regulación de las prácticas concertadas habrían permitido y permitirá a futuro superar este tipo de obstáculo, por lo que recomendamos al legislador encaminarse en ese sentido.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ En el caso de “Las Petroleras”, se sancionó por una práctica vertical conocida como imposición de precio mínimo de reventa, del proveedor al distribuidor, pero se tipificó como abuso de posición de dominio, de conformidad con el literal b) del artículo 30 LC “*Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos:...*b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado...”.

⁴⁹⁰ Al respecto, nos remitimos al apartado 26 de este capítulo, en el que establecimos que algunos estudios señalan que las prácticas concertadas constituyen una categoría residual de conductas anticompetitivas, que involucran tanto elementos de tipicidad como de índole probatoria, puesto que en esta categoría de prácticas pueden englobarse conductas distintas del acuerdo, pero también acuerdos respecto de los cuales las cortes admiten elementos probatorios indiciarios o presunciones. Concretamente, también puede consultarse la bibliografía y comentarios en la nota 436 de este capítulo.

27.2 Graduación de la gravedad de las conductas prohibidas

Sobre la base de las consideraciones formuladas en los apartados anteriores, hemos advertido que la graduación de la gravedad de las conductas es el elemento de la tipicidad de las prácticas prohibidas que ha quedado incompleto y que propicia una vulneración del principio de legalidad. La lectura del texto de la ley y del reglamento demuestra que no existe ninguna disposición que permita conocer con anticipación las consecuencias concretas de las conductas realizadas por los operadores económicos. La falta de graduación de la gravedad y de criterios escalonados para determinar la cuantificación de las multas, deja a la total discreción del Consejo Directivo de la Superintendencia, la determinación de las sanciones que puede imponer, dentro de márgenes de cuantificación muy amplios.

El artículo 37 de la LC establece que para la imposición de sanciones, la Superintendencia debe tener en cuenta la gravedad de la infracción. Sin embargo, la normativa no contempla ninguna disposición legal o reglamentaria que permita graduar la gravedad de las conductas, ni que permita calcular objetivamente la cuantificación de una multa, que de conformidad con el artículo 38 LC puede establecerse sobre la base de diversos criterios.

El artículo 37 LC aporta algunos elementos que tienen que ser considerados para la cuantificación de las multas: Vg. el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la conducta, las dimensiones del mercado y la reincidencia. Sin embargo, estos elementos no proporcionan criterios objetivos que permitan atribuir a las conductas una determinada sanción, ya que calificación de la intensidad de la gravedad de las mismas y la cuantificación de los montos de las multas queda a total discreción de la Superintendencia.⁴⁹¹

En forma complementaria, el inciso primero del artículo 38 LC establece que, una vez considerados los criterios establecidos en el artículo anterior, las infracciones serán sancionadas con multas que pueden oscilar desde uno hasta cinco mil salarios mínimos. El inciso segundo de este mismo artículo reformado en 2007, agrega que si las conductas revisten una “particular gravedad”, las multas podrán cuantificarse sobre la base de las ventas anuales o de los activos del infractor, pero también sobre

⁴⁹¹ Art. 37 LC.- “Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia” .

la base de las ganancias obtenidas a través de las prácticas prohibidas, habilitando a la Superintendencia para imponer la multa que resulte más alta.⁴⁹²

En la generalidad de resoluciones finales proveídas hasta la fecha, por la Superintendencia de Competencia, se advierte un esfuerzo por fundamentar la graduación de la gravedad de las conductas y para justificar la imposición de una determinada sanción pecuniaria, dentro del amplio margen que la Ley confiere al CDSC. No obstante ello, aun cuando los razonamientos y los fundamentos utilizados por el CDSC en cada caso, puedan considerarse apropiados, la omisión de una graduación de la gravedad de las conductas prohibidas en la Ley de Competencia infringe el principio de legalidad, puesto que la normativa no establece parámetros que permitan que los agentes económicos conozcan con suficiente predeterminación, las consecuencias de sus conductas y deja al aplicador de la norma un margen de discrecionalidad sumamente amplio.⁴⁹³

En la realidad, las multas pueden oscilar desde aproximadamente US \$209 hasta varios millones de dólares, sin la que normativa haya prefijado criterios concretos para su graduación, ya que la intensidad de la gravedad de las conductas no ha sido distinguida en la ley. En los casos de acuerdos colusivos sancionados hasta la fecha, se aplicaron multas considerablemente diferentes, aunque en todos los casos, las conductas fueron tipificadas como graves. Se trata de una diferencia que encuentra su razón en los elementos distintivos de cada una de las conductas, pero que repetimos, no tiene graduación en la LC.

En el cártel de “Los Puestos de Bolsa”, cabe resaltar que los operadores obraron de forma ingenua, puesto que ni siquiera tenían consciencia de estar infringiendo la Ley, mientras que en el cártel de “Las Harineras”, se comprobó la existencia de

⁴⁹² Art. 38 LC.- “*Las infracciones a la presente Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. No obstante lo anterior, cuando la práctica incurrida revista particular gravedad, la Superintendencia podrá imponer, en lugar de la multa prevista en el inciso anterior, una multa hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor o hasta por el seis por ciento del valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior o una multa equivalente a un mínimo de dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta*”.

⁴⁹³ Vid. la jurisprudencia citada en la nota 469 de este mismo capítulo, donde se establece que el principio de legalidad en materia sancionadora implica una predeterminación de las conductas prohibidas y de las consecuencias de las mismas, por lo que se hace necesario describir adecuadamente los comportamientos prohibidos y fijar criterios para establecer su graduación, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los justiciables a través de una adecuada tipicidad de las conductas punibles, que también suprima la concesión de una excesiva discrecionalidad para el juzgador, al momento de establecer las sanciones aplicables en cada caso.

una serie de mecanismos sofisticados para asegurar el cumplimiento del acuerdo anticompetitivo. Por otra parte, también se indicó que en el segundo cártel, el daño había sido mayor, por haber encarecido artificialmente la canasta básica alimenticia de los salvadoreños, y afectado un mercado que equivalía al 1% del PIB nacional.

No obstante ello, resulta paradójico que se aplicaron multas considerablemente diferentes en virtud de las particularidades de cada conducta, pero que en las resoluciones finales de ambos cárteles, no se distinguió entre la intensidad de la gravedad de una y de otra, puesto que todas las prácticas fueron tipificadas como graves.⁴⁹⁴

En el caso de “Los Puestos de Bolsa”, el CDSC consideró que la adopción de un acuerdo entre competidores era una conducta grave que había afectado negativamente la competencia en el mercado y que había afectado directamente a los consumidores del servicio de intermediación bursátil. También consideró que la conducta sancionada había incidido en las cadenas de costos de varios productos intercambiados a través de las bolsas.

En virtud de estas valoraciones, cada uno de los operadores económicos que participó en este cártel fue sancionado con treinta salarios mínimos, equivalentes \$ 5,112.00 en esa fecha, y a menos del 1% de la multa máxima, siendo que en ese momento, la multa máxima establecida por la LC alcanzaba los cinco mil salarios mínimos.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Cabe hacer notar que el caso de “Los Puestos de Bolsa”, fue sancionado a finales de 2007, de conformidad con el artículo 38 LC original, mientras que el caso de “Las Harineras”, fue sancionado a finales de 2008, luego de una reforma a la LC, que permitió incrementar considerablemente los montos de las multas establecidas en este artículo. Para la versión reformada de la Ley de Competencia, *vid.* el Decreto Legislativo No. 436 de fecha 18 de octubre de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 204, Tomo 377 de fecha 01 de noviembre de 2007.

⁴⁹⁵ *Vid. la resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, donde para fundamentar la aplicación de la multa el CDSC manifestó que “la adopción de un acuerdo entre competidores es una conducta grave, que limita, restringe e impide la competencia. El daño causado a través de la práctica afecta de manera directa a los demandantes del servicio de intermediación bursátil. La adopción del acuerdo por parte de los agentes económicos involucrados, generó efectos sobre terceros, ya que incidió en los costos de diversas cadenas de valor productivas de distintos sectores (maíz, semillas de granos básicos, papa, frijol. Arroz, entres otros), que redujo el bienestar de los consumidores... Finalmente, sobre las dimensiones del mercado afectado, aunque éste tiene una dimensión nacional la práctica no afectó el total del mercado geográfico. Por lo anterior, siendo que la cuantificación de la multa a imponer debe reflejar las anteriores valoraciones, se estima que de los cinco mil salarios mínimos que corresponderían a la multa máxima imponible, se hace procedente imponer a GRACONSA, LAFISE, SBS, LATIN TRADE, NEAGRO e INTERPRODUCTOS, una multa de TREINTA SALARIOS mínimos mensuales urbanos en la industria equivalentes a CINCO MIL CIENTO DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA...”.*

En el caso de “Las Harineras”,⁴⁹⁶ el CDSC determinó que el acuerdo anti-competitivo entre las dos empresas productoras de harina constituía una conducta grave por su misma naturaleza, pero también consideró que esta conducta había afectado negativamente a los consumidores, por cuanto la harina de trigo constituía un producto de primera necesidad en nuestro país. El CDSC también tomó en cuenta que entre ambas empresas harineras controlaban el 98% del mercado relevante y que la producción de harina en el país alcanzaba el 1% del PIB nacional.

De esta forma, se concluyó que se había tratado de una conducta cuya trascendencia, le otorgaba un carácter particularmente grave, por lo que el CDSC impuso una multa calculada sobre la base del 3% de las ventas anuales obtenidas por cada empresa, equivalente a un poco menos de dos millones de dólares, para una de las empresas y a un poco más de dos millones de dólares, para la otra empresa participante en el cártel, considerando que en ese momento la multa máxima establecida en la LC podía alcanzar hasta el 6% de las ventas anuales obtenidas por cada empresa.⁴⁹⁷

En el cártel de “Las Agencias de Viaje” el monto concretamente impuesto a cada operador económico sancionado fue menor que en “Los Puestos de Bolsa”, aunque en este caso el CDSC también manifestó que “los acuerdos entre compe-

⁴⁹⁶ Vid. la resolución final SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, donde respecto de la gravedad de la conducta el CDSC manifestó que “*el acuerdo anticompetitivo entre MOLSA y HARISA, además de configurar una conducta que por su naturaleza es de carácter grave, se ha desarrollado respecto a un producto que, en virtud de su significativa incidencia en la canasta familiar y en la estructura de costos de otros sectores industriales, representa un mercado particularmente importante para la economía salvadoreña. Asimismo, la gravedad de dicho acuerdo se agudiza pro el hecho que HARISA y MOLSA controlan la casi totalidad del mercado, cuyo monto asciende a aproximadamente 1% del PIB...Por lo anterior, es dable destacar la trascendencia del daño causado por el acuerdo anticompetitivo-con una duración de más de dos años (es decir, ilegal desde la concepción de la Ley de Competencia)- adoptado entre MOLSA y HARISA y, por ello, es evidente que dicha práctica tiene un carácter particularmente grave*”.

⁴⁹⁷ Vid. la resolución final SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, en cuyas conclusiones, el CDSC manifestó que cuando la práctica revista particular gravedad, en lugar de imponer la multa máxima de cinco mil salarios mínimos establecidos en el inciso primero del artículo 38 LC, la Superintendencia puede imponer una multa hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas, o hasta el seis por ciento de los activos registrados durante el ejercicio fiscal anterior o una multa equivalente a un mínimo del doble o un máximo de diez veces la ganancia estimada, cualquiera que resulte más alta. Para la determinación de la cuantía, el CDSC estableció que “*Con base en los anteriores criterios, este Consejo Directivo estima que la multa a imponer a MOLSA y HARISA, por haber cometido la práctica anticompetitiva de acuerdos entre competidores debe ascender al TRES POR CIENTO RESPECTO DE LAS VENTAS ANUALES OBTENIDAS DURANTE EL AÑO 2007, lo que equivale a UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL QUINCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON DIECISÉIS CENTAVOS (\$1,971,015.16), para MOLSA; y DOS MILLONES SESENTA Y UN MI CUATROCIENTOS SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON VEINTE CENTAVOS (\$2,061,406.20), para HARISA*”.

tidores son prácticas anticompetitivas graves, dado que producen la anulación de la competencia” y porque ejercen efectos negativos en el funcionamiento de los mercados.

Sin embargo, dado que en la práctica la Superintendencia de Competencia consideró que el daño económico concreto causado al Estado no había sido tan elevado; que la colusión solo se comprobó respecto de dos licitaciones concretas; que las conductas solo habían durado poco tiempo y que no existía reincidencia, se impuso a cada participante una multa de quince salarios mínimos, equivalente en ese momento, a US \$3,046.50, por cada una de las licitaciones.

Los operadores económicos cuya participación en el ilícito administrativo fue acreditada en ambas licitaciones fueron multados en total con treinta salarios mínimos, mientras que los operadores cuya participación solo pudo ser comprobada respecto de una de las licitaciones, solo fueron multados con quince salarios mínimos.

En “Servicios Portuarios de Acajutla”, la SC consideró que se había cometido una práctica grave, que había afectado la eficiencia en la asignación de los recursos del Estado, al distorsionar un proceso de contratación pública, pero considero que dicho proceso había sido adjudicado a una empresa más además de las dos empresas sancionadas, por lo que en realidad del monto total de la licitación solo el 66% había sido afectado. A nivel del efecto en terceros, se estableció que toda la población había sido indirectamente dañada por tratarse de fondos públicos, así como los demás competidores quienes sí habían sufrido un perjuicio directo. Finalmente, el CDSC impuso a ambas licitantes una multa de 18 salarios mínimos equivalente en ese momento a US \$ 3,655.80.⁴⁹⁸

Finalmente, en “Las Telefónicas”, la SC estimó que la multa debe tener la magnitud suficiente para disuadir, pero no tanto para llevar al operador económico a la quiebra. Por otra parte también consideró en este caso que tratándose de una conducta prohibida per se, que no era necesario demostrar el daño, por lo que impuso las multas sobre la base de la capacidad económica de cada uno de los cuatro agentes sancionados: la más alta fue de US \$ 658,050.00 y la más baja fue de US \$ 62,866.15.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ SC-031-D/PS/R-2010 del 30.08.2010, numeral VIII.

⁴⁹⁹ SC-017-O/PS/R-2010 del 19.12.2011, numeral VII, en donde consta que Telemovil recibió una multa de US \$ 658,050.00, Telefónica US \$ 260,672.03, Digicel US \$ 233,907.76 e Intelfón US \$ 62,866.15.

Cuadro resumen de las multas impuestas entre 2006 y 2011 En casos de acuerdos horizontales		
Caso	Conducta	Multa
Agencias de Viaje	Lit. c) Art. 25	US \$3,046.50 c/u
Servicios Portuarios	Lit. c) Art. 25	US \$ 3,655.80 c/u
Operadores de Bolsa	Lit. a) Art. 25	US \$ 5,112.00 c/u
Telefónicas	Lit. a) Art. 25	US \$ 62,866.15 – US 658,050.00
Harineras	Lit. d) Art. 25	US \$1,971,015.16 – US \$2,061,406.20

En vistas de los márgenes de multa sumamente amplios y variables que establece la Ley de Competencia, que pueden fluctuar entre un salario mínimo en la industria (aproximadamente \$209 a la fecha⁵⁰⁰), hasta varios millones de dólares (más de cuatro millones de dólares en total, en el caso de “Las Harineras”), sin que la misma establezca parámetros concretos para que los operadores económicos conozcan con anticipación las consecuencias de sus conductas o para que el CDSC pueda graduar objetivamente los montos de las multas que aplica, en casos de conductas que por su misma naturaleza o por las condiciones en las que son realizadas encajan en distintos niveles de gravedad, sería conveniente agregar una modificación al artículo 38 LC o un artículo 38 *bis*, para clasificar diferentes grados de gravedad de los acuerdos colusivos que la Ley prohíbe, en función de sus distintos niveles de lesividad en el bien jurídico protegido, tal como se ha hecho en otros países, donde las infracciones se han distinguido entre leves, graves y muy graves.⁵⁰¹

Sin perjuicio del deber de motivación que incumbe a la Superintendencia de Competencia y que ha sido adecuadamente cumplido en los casos resueltos hasta la fecha, la regulación expresa de los distintos grados de gravedad de las conductas prohibidas y de los distintos márgenes de multas que pueden corresponder a cada nivel, completaría la tipificación de los acuerdos colusivos prohibidos por la LC, contribuyendo a una mayor predeterminación normativa de las consecuencias derivadas del incumplimiento de la Ley y a evitar aplicaciones de sanciones discutibles por falta de criterios objetivos preestablecidos.

⁵⁰⁰ Vid. Decreto Ejecutivo n. 134 del 19 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial n. 241, tomo 381 del 22 de diciembre de 2008 y vigente a partir del 1 de enero de 2009, donde se establece que el salario mínimo en la industria es de \$ 6.77 diarios.

⁵⁰¹ Vid. Art. 62 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España: “1. Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. 2. Son infracciones leves... 3. Son infracciones graves... 4. Son infracciones muy graves...”.

28. Omisión de una regla “de minimis” o regulación de los acuerdos de menor importancia

Como último aspecto general considerado en este capítulo, es necesario mencionar es que, a diferencia de otros sistemas normativos similares al salvadoreño, nuestra ley no excluye expresamente la persecución de las prácticas anti-competitivas de menor importancia, que tienen poco impacto en las condiciones de competencia.⁵⁰²

En materia de defensa de la competencia, encontramos varios sistemas normativos, que han optado por dejar de perseguir las prácticas o acuerdos denominadas conductas de menor importancia, porque aunque se reconoce que se trata de acuerdos colusivos que encajan en la tipificación de las conductas prohibidas, el legislador ha excluido su persecución por considerar que la magnitud de sus efectos en el orden concurrencial, es poco sensible o de menor importancia.⁵⁰³

⁵⁰² En el sistema europeo, puede consultarse la cláusula I.1 de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia en forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o “de minimis” (2001/C368/07) publicada en el DOCE C368/13 del 22 de diciembre de 2001, por medio de la cual se establece que el artículo 81.1 TCE no será aplicable a los acuerdos que no afecten sensiblemente la competencia, incorporada en la normativa de defensa de la competencia de casi todos los países que integran la Unión Europea.

⁵⁰³ Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión”, en *Noticias de la Unión Europea*, n. 169, febrero 1999, p. 46, quien expone que la categoría de acuerdos de menor importancia, se refiere a una serie de acuerdos que no cumplen con la condición del efecto sensible, necesaria para la aplicación del artículo 85.1 TCE. En igual sentido, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, *cit.*, pp. 272 y 273, quien explica que en España las autoridades de competencia pueden dejar de perseguir aquellas conductas prohibidas, que por su escasa importancia no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia. En sentido similar, ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, *op. cit.*, pp. 134 y ss., también explica que en el ámbito europeo existen límites cuantitativos a la aplicación de la normativa de competencia, sin cuyo traspaso las prácticas anticompetitivas no serán prohibidas por resultar en un daño de escasa dimensión. En igual forma, KORAH, V., *op. cit.*, pp. 88 y ss., señala que en el ámbito europeo, para ser punibles, las conductas anticompetitivas deben desplegar efectos apreciables o sensibles en perjuicio del orden concurrencial. En sentido idéntico, PACE, L.F., *op. cit.*, pp. 86 y ss., quien manifiesta que para aplicar las prohibiciones establecidas en la normativa europea de la competencia, es necesario que los efectos contrarios a la competencia de los comportamientos sean apreciables, significativos o sensibles. Finalmente, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, pp. 897 y ss., agregan que los acuerdos de escasa relevancia económica, no afectan al mercado de una forma significativa en virtud de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado.

Por regla general, se trata de conductas con un efecto poco sensible o poco significativo porque tienen un impacto económico de muy poca relevancia, puesto que en su mayoría son llevadas a cabo entre operadores económicos que se consideran con poco peso, por su limitada cuota de mercado, por su escasa cifra de ventas en el mercado relevante o porque se trata de pequeñas y medianas empresas.⁵⁰⁴

Algunos sistemas, como el de la Unión Europea o el español, han incorporado este criterio en su normativa, utilizan la regla *de minimis* (*De minimis non curat Lex o De Minimis non Curat Praetor*), como una excepción que excluye la ilegalidad de las conductas colusivas o que permite dejar de perseguirlas, siempre que se trate de acuerdos que tienen un impacto muy poco sensible en las condiciones de competencia.⁵⁰⁵ En ambos supuestos, en la mayoría de los casos, se recurre a criterios cuantitativos objetivos, que permiten distinguir las conductas que la ley considera de menor importancia, ya que en la realidad afectan a los competidores, pero no lesionan la competencia, ni el interés público o los intereses de los consumidores.

Se trata de una regla que tiene una finalidad económica práctica, puesto que opera como una excepción que permite excluir la aplicación de la normativa de competencia, en presencia de prácticas que tienen una afectación muy leve en las condiciones de competencia en el mercado y que no ameritan la activación de todo el aparato sancionatorio.

En la balanza costo-beneficio, se considera que debajo de ciertos umbrales, resulta más provechoso omitir la persecución de las conductas colusivas, para que la

⁵⁰⁴ En la mayoría de países europeos que han incorporado la regla “de minimis” en su normativa nacional, se han adoptado criterios basados en cuotas de mercado, que permiten establecer con claridad los comportamientos que encajan en la categoría de acuerdos de menor importancia. No obstante ello, Suiza país no miembro de la Unión Europea califica de menor importancia los acuerdos celebrados entre pequeños y medianos empresarios, sobre la base de una caracterización de los agentes económicos que tengan menos de 10 empleados y una cifra de negocios inferior a 2,000,000.00 de francos suizos. Al respecto *vid.* Comunicación de la Comisión de Competencia Suiza del 19 de diciembre de 2005 relativa a los acuerdos de poco impacto en el mercado o Comunicación PYMES (en www.weko.admin.ch, consultada el 23 de febrero de 2009).

⁵⁰⁵ Sobre este punto, existen varios estudios, como MIRANDA SERRANO, L.M., “La “regla de minimis” en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de Desarrollo”, en *Derecho de los Negocios*, año 19, n. 216, septiembre 2008, pp. 10 y 11, quien indica que se trata de un criterio que no ha sido expresado con claridad en la normativa española de defensa la competencia y que es necesario aclarar, puesto que la exclusión de persecución en virtud de la poca incidencia de estas conductas en las condiciones de competencia (*De minimis non curat praetor*), tiene consecuencias distintas que su exclusión por no ser ilegales (*De minimis non curat lex*). Sobre la exclusión de ilicitud en la regulación europea, *vid.* BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., *op. cit.*, p. 45, quien indica que en la normativa europea, los acuerdos de menor importancia, no son considerados ilícitos, puesto que no encajan en las prohibiciones adoptadas en ese sistema.

autoridad de competencia pueda concentrar sus esfuerzos y recursos en el procesamiento de las conductas más dañinas.⁵⁰⁶

La normativa *antitrust* de los EE.UU. no la recoge expresamente. Sin embargo, existen precedentes jurisprudenciales de mucha relevancia, en los que la Corte Suprema de Justicia de ese país ha manifestado que las prohibiciones establecidas en la normativa *antitrust*, se refieren a las prácticas que puedan producir una afectación substancial en las condiciones de competencia.⁵⁰⁷

En orden cronológico decreciente, en *United States v. Topco Associates, Inc.*, *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* y *Apex Hosiery Co. v. Leader*, el Tribunal estableció que las prácticas investigadas serán sancionadas sólo cuando las mismas tengan la capacidad para producir un daño significativo o substancial en las condiciones de competencia.⁵⁰⁸ Las conductas que solo tienen un efecto insignificante,

⁵⁰⁶ Vid. PINTOS AGER, J., “la remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, en *InDret*, n. 3, 2001, p. 4, quien señala que además de las autorizaciones singulares y de las exenciones en bloque, el principio “de minimis” constituye una limitante al carácter omnicompreensivo de la prohibición del artículo 81.1 el TCE, por cuanto representa un criterio de economía y oportunidad en la aplicación del derecho de defensa de la competencia que faculta a las autoridades para dejar de reaccionar ante conductas que no rebasen un umbral mínimo. En sentido similar, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, *cit.*, p. 306, quien manifiesta que la regla “de minimis” contenida en la legislación europea y en la española, faculta a las autoridades de competencia para concentrar sus esfuerzos en la persecución de las limitaciones que verdaderamente perturban el buen funcionamiento del mercado y causan un grave daño a la economía nacional, mientras que dejan de lado, los casos en los que el tipo de práctica, la reducida dimensión del mercado afectado o los efectos son de poco impacto y el interés público no resulta afectado sustancialmente. En sentido similar, MOTTA, M., *op. cit.*, p. 17 y p. 22, también hace notar que se trata de una regla que permite dejar de perseguir los acuerdos que tienen un efecto poco apreciable en la competencia, con el fin de permitir a las autoridades de competencia la concentración de sus esfuerzos en los acuerdos con mayores efectos anticompetitivos. De una parte, porque se trata de conductas con poco impacto en la competencia, pero también con el fin de otorgar un tratamiento más benévolo a las empresas más pequeñas. En el mismo sentido, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, *cit.*, p. 901, quienes también indican que las comunicaciones de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia, permiten –entre otros– que las autoridades de competencia se concentren en los casos más problemáticos

⁵⁰⁷ Vid. ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 58 y 59, donde se establece que en ese sistema, existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así como mayor desarrollo en la jurisprudencia de las Cortes inferiores en la que se ha señalado que las conductas punibles serán únicamente aquellas que produzcan un impacto anticompetitivo significativo en las condiciones de competencia.

⁵⁰⁸ Puede consultarse *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 US 596 (1972), *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 US 365 (1967) y *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 US 469 (1940), donde la Corte Suprema ha manifestado que sólo serán sancionables las conductas que produzcan un efecto adverso o una restricción al comercio significativa o substancial.

trivial, *de minimis* o poco sustancial en las condiciones de competencia no se consideran prohibidas por la normativa *antitrust*.⁵⁰⁹

Existen algunos estudios que indican que la regla *de minimis* constituye un principio vinculado con la *rule of reason* o regla de la razón, ya que este sistema de valoración de algunas modalidades de prácticas anticompetitivas, permite dejar de castigar las conductas que no afecten la competencia en forma irrazonable. No obstante ello, aunque en aplicación de la regla de la razón puedan dejar de sancionarse algunas conductas con efectos poco sensibles en las condiciones de competencia en el mercado, tal como se ha establecido en la jurisprudencia citada, la regla “de minimis” parte de un principio diferente.

La regla “de minimis” tiene principalmente una finalidad de economía procesal, que previa comprobación de ciertos umbrales económicos, permite evitar la activación de todo el aparataje de defensa de la competencia, mientras que en el modelo de los EE.UU. es necesario llevar a cabo una investigación que permite considerar los efectos de las conductas, con el fin de establecer que no afectan la competencia en forma irrazonable.⁵¹⁰

En el ámbito europeo, la regla “de minimis” o regulación de las conductas de menor importancia, se encuentra actualmente recogida en la << Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la

⁵⁰⁹ En *United States v. Topco Associates, Inc.*, y en una serie de fallos de tribunales inferiores, las Cortes han agregado que las restricciones al comercio que solo produzcan un efecto insignificante, *de minimis*, trivial o insustancial no son ilegales. Para referencias expresas a un criterio *de minimis* en la jurisprudencia de cortes inferiores, *vid. Tunis Bros. Co. v. Ford Motor Co.*, 952 F.2d 715, 728 (3rd Cir. 1991) donde la Tercera Corte de Circuito estableció que el demandante debe poder comprobar una afectación mayor que una restricción *de minimis* y el caso *H& B Equip. Co. v. International Harvester Co.* 577 F.2d 239, 246 (5th Cir. 1978) donde también se indicó que no era procedente sancionar porque el demandante sólo había probado una afectación *de minimis*.

⁵¹⁰ Sobre la regla “de minimis” como modalidad de la regla de la razón, *vid. PINTOS AGER, J., op. cit.*, p. 4, quien indica que se trata de dos principios emparentados, puesto que permiten dejar de perseguir conductas que no rebasen un umbral mínimo de significatividad o sensibilidad, el primero, y que produzcan efectos procompetitivos mayores que los anticompetitivos, el segundo. En los estudios anglosajones, *vid. ABA Section of Antitrust Law, op. cit.*, p. 58, donde a partir de un examen de varios precedentes jurisprudenciales, se establece que solo se consideran irracionales las conductas anticompetitivas que lesionen la competencia en forma significativa o sensible. Sin embargo, sobre este mismo tema, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea, cit.*, pp. 897 y ss., brevemente indican que la regla “de minimis” obedece a criterios cuantitativos, mientras que la regla de la razón se basa en criterios cualitativos que toman en cuenta los efectos de una determinada conducta, por lo que si bien ambas reglas tienen elementos comunes, no son en realidad dos modalidades de una misma regla.

competencia en forma sensible, en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del TCE o Comunicación “*De Minimis*” de 2001 >>.⁵¹¹

Esta comunicación establece que los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, entre competidores, cuyas cuotas de mercado conjuntas no excedan el 10% del mercado relevante, no constituyen una restricción sensible de la competencia. En materia de acuerdos verticales, se parte de una cuota de mercado más elevada, puesto que se consideran de menor importancia las conductas realizadas entre agentes económicos que no son competidores entre sí, cuando su cuota de mercado conjunta no supere el 15% de los mercados afectados.⁵¹²

Además de esta regulación expresa, también existen algunos pronunciamientos relevantes del Tribunal de Justicia Europeo que partiendo del caso *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, estableció - a partir de una delimitación negativa- que los acuerdos colusivos realizados entre operadores económicos con poco peso en el mercado o los que sólo afectan el mercado en forma insignificante, no se encuentran comprendidos en la prohibición general establecida en el artículo 81.1 del TCE.⁵¹³

⁵¹¹ Sobre este aspecto, PEEPERKORN, L. “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (De Minimis Notice)” en *Competition Policy Newsletter*, n. 2, June 2001, pp. 4 y ss., señala que el problema con la nueva Comunicación “de minimis” es que sólo expresa cuales son las conductas que no constituyen una afectación significativa de la competencia, pero deja sin establecer cuáles son los supuestos en los que sí se produce una afectación significativa.

⁵¹² Vid. la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia en forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o “de minimis” (2001/C 368/07) publicada en el DOCE C 368/13 del 22 de diciembre de 2001, en cuya cláusula II.7.a) se establece que en materia de acuerdos entre competidores, se consideran de menor importancia las conductas realizadas entre partes cuya cuota conjunta no exceda el 10% del mercado. En el II.7.b), se establece que en materia de acuerdos entre no competidores, se consideran de menor importancia las conductas realizadas entre partes que cuya cuota conjunta no exceda el 15% del mercado. Sin embargo, estas cuotas se reducirán a un 5%, si el mercado ya se encuentra afectado por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes. Vid. cláusula II.8

⁵¹³ Vid. la sentencia del TJCE del 9 de julio de 1969, en el asunto C-5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, **donde tempranamente el tribunal manifestó que** “Habida cuenta de la posición que ocupan las partes de un acuerdo en el mercado, el mismo no está comprendido en la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante”. En forma similar, la sentencia del TJCE del 21 de enero de 1999, en el asunto C-215/96 y C-216/96, *Carlo Bagnasco y otros v. Banca Popolare de Novarra Soc. coop. arl.*; sentencia del 28 de mayo de 1998, en el asunto C-7/95, *John Deer Ltd. v. Comisión de las Comunidades Europeas* y sentencia del 28 de mayo de 1998, en el asunto C-8/95, *New Holland Ford Ltd. v. Comisión de las Comunidades Europeas*, en la cuales el TJCE manifestó que “Un acuerdo no está comprendido en la prohibición del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de forma insignificante”.

A partir de una delimitación positiva- sólo se encuentran prohibidos los acuerdos que pueden afectar las condiciones del mercado en forma sensible o significativa. Tal criterio aparece expresamente señalado en el caso *Béguelin Import. Co. v. S.A.G.L. Import Export*, en cuya sentencia, el TJCE manifestó que sólo recaen dentro del ámbito prohibido por el artículo 85 –ahora 81- los acuerdos que afectan la competencia de forma apreciable.⁵¹⁴

En concordancia con la legislación europea, el único país de Iberoamérica que regula los acuerdos de menor importancia es España.⁵¹⁵ Sin embargo, tanto en el ámbito supranacional como en el nacional, la excepción “de minimis” no es aplicable a ciertos tipos de acuerdos, como los cárteles de núcleo duro, ya que tal como se podrá profundizar en los capítulos siguientes, aunque sean realizados por operadores económicos con cuotas de mercado poco importantes o por pequeños empresarios, su naturaleza misma los hace extremadamente perjudiciales para la competencia, por lo que la normativa los somete a un régimen de prohibición absoluta.

Los acuerdos anticompetitivos más dañinos se han dejado fuera de las conductas amparadas por la excepción “de minimis” en estos dos sistemas, ya que tanto en la Unión Europea, como en España, los acuerdos de fijación de precios, los acuerdos de limitación de producción, los acuerdos de reparto de mercados y los acuerdos de fijación de precio mínimo de reventa, así como algunas otras modalidades de restricciones verticales, se consideran prohibidas en forma absoluta y respecto de éstas no puede invocarse una excepción basada en la escasa importancia de los operadores que las concluyan.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Vid. sentencia del 25 de noviembre de 1971, asunto C-22/71, *Béguelin Import. Co. v. S.A.G.L. Import Export*.

⁵¹⁵ En la ley 15/2007 del 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, el legislador emplea este mismo término con el fin de distinguir los acuerdos de menor importancia. El artículo 5 de la ley 15/2007 establece que “*las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente ley, no se aplicarán a aquellas conductas que por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia*”, aunque el resto del artículo precise que será necesario delimitar los criterios que permitan delimitar las conductas de menor importancia, por la vía de un reglamento, puesto que se trata de un término muy vago. En forma complementaria, *vid.* los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por medio del cual se aprueba Reglamento de Defensa de la Competencia, publicado en el BOE n. 50 del 27 de febrero de 2008, donde se establecen criterios concretos para cuantificar las conductas de menor importancia, a partir de las cuotas de mercados conjuntamente ostentadas por las partes en el acuerdo, prácticamente idénticas a las que se establecen en la Comunicación “de minimis” de la Comisión Europea.

⁵¹⁶ Vid. la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia en forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o “de minimis” (2001/C 368/07) publicada en el DOCE C 368/13 del 22 de diciembre de 2001, cláusula II.11, donde se enumeran las conductas que no se encuentran amparadas por la regla “de minimis”, traspuesta en la legislación española en el artículo

En América Latina, ninguna norma de competencia contiene una regla “de minimis” expresa. Nuestra ley ha seguido esta misma tendencia, ya que tampoco recoge dicha excepción. La LC no contiene criterios cuantitativos que permitan distinguir, las conductas susceptibles de perjudicar la competencia de las que no, en virtud de la exigua relevancia en el mercado de los agentes económicos que las llevan a cabo. La LC guardó silencio sobre el tratamiento de las conductas de menor importancia y hasta la fecha de conclusión de este estudio, la Superintendencia de Competencia aun no ha proveído pronunciamientos sobre casos que involucren prácticas colusivas que no se han sancionado porque resultan en una afectación mínima de la competencia.

En el texto de la ley existen indicios que el legislador consideró que no toda afectación a la competencia debía ser punible y que en realidad, las prácticas prohibidas son solo aquellas que pueden afectar significativamente la competencia.⁵¹⁷ Sin embargo, debemos advertir que, aunque este calificativo ha sido empleado reiteradamente por el legislador a lo largo del articulado de la LC, como un condicionante de las actuaciones de la autoridad de competencia, estas referencias aparecen mencionadas en modo muy indirecto en la LC, para poder concluir con acierto que el legislador quiso incluir una excepción aplicable a las conductas de menor importancia.⁵¹⁸

En materia de prácticas prohibidas, no existe ninguna referencia en los artículos relativos a los acuerdos colusivos. Sin embargo, este condicionante aparece en el

2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, donde a partir de criterios prácticamente idénticos a los que ocupa la Comunicación en referencia, también se enumeran las conductas que no quedan amparadas en la excepción “de minimis” en el ámbito estatal.

⁵¹⁷ Las referencias a la necesidad que las conductas prohibidas produzcan una afectación significativa aparecen en primer lugar en las disposiciones orgánicas de la LC que definen las atribuciones del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en las cuales se establece que este órgano podrá hacer recomendaciones u emitir opiniones sobre proyectos de normativa que puedan afectar significativamente la competencia. Desde una perspectiva preventiva y/o correctiva, encontramos que los literales l) y m) del artículo 14 LC establecen que el CDSC emitirá opiniones sobre proyectos de leyes, ordenanzas y reglamentos que puedan restringir significativamente la competencia, con el fin de hacer recomendaciones para reducir estos efectos. Desde una perspectiva punitiva, el artículo 37 LC establece que la gravedad, el daño y los efectos de las prácticas son un criterio que debe considerarse para cuantificar la sanción a aplicar, en todas las conductas prohibidas, evidenciando la preocupación del legislador por enfocarse en las conductas que puedan tener un efecto considerable o significativo en el orden concurrencial.

⁵¹⁸ También cabe precisar que en la documentación relativa a los trabajos preparativos y a la sesión de aprobación de la Ley de Competencia, no existe ninguna referencia de la que pueda deducirse tal intención. Al respecto puede consultarse el Cuadro Comparativo de los diversos Anteproyectos de Ley de Competencia, Asamblea Legislativa, San Salvador, 2004 y Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004.

articulado de la LC que regula el abuso de posición de dominio, donde el literal b) del artículo 30 LC establece que las acciones que tengan por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa la competencia dentro del mercado, están prohibidas porque se consideran constitutivas de abuso de la posición dominante.⁵¹⁹

En otros capítulos de la Ley de Competencia salvadoreña, se ha señalado que la expresión “afectación significativa” tiene un significado preciso. En la regulación de las concentraciones económicas, la normativa de competencia dispone que solo deben prohibirse las fusiones y adquisiciones que produzcan una afectación significativa en las condiciones de competencia en el mercado, a partir de criterios cuantitativos y cualitativos establecidos en los artículos 33 y 34 LC, utilizando como base el tamaño de los operadores en el mercado y las eficiencias económicas generadas.⁵²⁰

El primer criterio que deberá tomarse en cuenta es que las concentraciones entre agentes económicos con poco peso en mercado no producirán un efecto restrictivo en las condiciones de competencia. La normativa elaborada por la Superintendencia establece que el tamaño o peso de los agentes constituye un elemento que debe considerarse para determinar el impacto de la concentración.

El Formulario-Guía para presentar una solicitud de autorización de concentración, establece que un tamaño reducido y una participación insignificante en el mercado son conclusivos que no se producirá un efecto restrictivo en las condiciones

⁵¹⁹ Aunque no tenga una relación tan directa con este apartado, es necesario precisar que esta preocupación del legislador se vuelve más evidente en las dos referencias más relevantes a la intensidad del efecto de las conductas prohibidas, que encontramos en el literal b) del artículo 30 LC relativo al abuso de posición de dominio y en el inciso primero del artículo 34 LC relativo al régimen de control de concentraciones. En el primer caso, la LC ha establecido que sólo se considerará que existe abuso de posición de dominio cuando la acción tenga un efecto significativo en la competencia dentro del mercado. En el segundo caso, en materia de control de concentraciones, la expresión “afectación significativa de la competencia” ha adquirido un significado preciso, comentado más adelante. En el caso de las conductas que constituyen un abuso de posición de dominio, el legislador estableció que la afectación a la competencia en forma significativa constituye un requisito para poderlas sancionar. Vid. LC Art. 30.-“*Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos:..b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado*”.

⁵²⁰ Vid. inciso uno del artículo 33 LC.-“*Las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales de las mismas excedan sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia*” e inciso uno del artículo 34 LC.-“*Para determinar si una concentración provocará una limitación significativa de la competencia, la Superintendencia, deberá tomar en cuenta, además de los criterios establecidos en laos articulo 28 y 29 de esta ley los siguientes...*”.

de competencia.⁵²¹ Esta misma postura aparece expresada en términos escuetos en diversas autorizaciones de concentraciones otorgadas recientemente.⁵²²

A título de complemento, en concordancia con la normativa europea que ha servido de base para la elaboración de nuestro régimen de control de concentraciones,⁵²³ el citado Formulario-Guía elaborado por la Superintendencia de Competencia en materia de concentraciones económicas,⁵²⁴ identifica la afectación significativa de la competencia con la creación de una posición dominante o con una reducción del número de operadores que facilite la concertación de acuerdos anticompetitivos.⁵²⁵

⁵²¹ Vid. el numeral III del *Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración*, elaborado por la Superintendencia de Competencia (en www.sc.gob.sv, consultada el 4 de julio de 2008), donde la Superintendencia ha manifestado que la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de los agentes económicos involucrados o de su participación en el mercado. Sin embargo, en ese mismo instrumento, la SC considera que un tamaño reducido y una participación insignificante en el mercado son conclusivos de que no se producirá el efecto restrictivo.

⁵²² Existen varias autorizaciones de concentraciones, donde el CDSC hace una breve mención de algunos motivos por los cuales, las prácticas bajo examen no generan una afectación significativa de la competencia. Al respecto, *vid.* resolución C-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, donde el CDSC estableció que la participación en el mercado nacional de uno de los agentes económicos involucrados era marginal; SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007, donde el CDSC estableció que la concentración no afectaría significativamente la competencia porque la misma no incidiría en la estructura de mercado existente; y, finalmente en las conclusiones de la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, el CDSC autorizó la concentración porque al analizar la operación propuesta “*no se advierte, bajo dicho análisis, que la presente operación produzca una limitación significativa a la competencia en los mercados relevantes analizados*”, sin entrar a definir lo que debía entenderse en ese caso por afectación significativa.

⁵²³ Vid. número 3 del artículo 3 del Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, relativo al control de las concentraciones entre empresas, en el que se establece textualmente que “*Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común*”.

⁵²⁴ En la normativa salvadoreña de competencia, encontramos que en el *Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración*, elaborado por la Superintendencia de Competencia (en www.sc.gob.sv, consultada el 4 de julio de 2008), la SC ha manifestado en el numeral IV, que de acuerdo a la ley, no serán objetadas por la Superintendencia, las operaciones de concentración que no tiendan a producir una limitación significativa de la competencia, porque en ellas, el agente económico concentrado no obtiene una posición dominante en el mercado. En el numeral I del mismo Formulario-Guía, la SC también manifiesta que el poder de mercado creado por las concentraciones puede llevar a una disminución de la posibilidad de elección de los consumidores y a una facilitación de la conformación de cárteles o de acuerdos horizontales entre competidores.

⁵²⁵ Esta identificación de la afectación significativa de la competencia con la adquisición o consolidación de una posición dominante que resulta de una concentración económica, es conocida como el test de dominación en el mercado. Sobre este tema, *vid.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, p. 194 y ss., quienes explican que el criterio de

Además de tratarse de una definición que no puede trasladarse directamente al ámbito de los acuerdos anticompetitivos prohibidos, puesto que además de tratarse de conductas que despliegan efectos distintos en las condiciones de competencia, no existe ninguna referencia o indicación en la LC o en el RLC, que permita vincular este condicionante con la regulación de los acuerdos colusivos prohibidos por la ley, la excesiva indeterminación de este término no permite definir en forma inicial cuáles son las conductas que producen una afectación significativa de la competencia.

En este orden de ideas, aunque encontremos indicios que el legislador se inclinó tácitamente por la inclusión de una regla “de minimis”, para la valoración de algunas de las conductas prohibidas por la LC, puesto que del entramado de artículos que informan el texto de la ley, podría advertirse a partir de una interpretación integral del texto, que sólo las conductas que tengan una afectación significativa de la competencia deben ser sancionadas, mientras que las que no afectan significativamente la competencia, no recaen en el ámbito material prohibido por la Ley de Competencia, existen múltiples obstáculos para su operatividad.

El primer obstáculo para su aplicación es que ni la Ley de Competencia o su Reglamento contienen pautas que permitan distinguir las conductas que afectan significativamente la competencia de las que no. Por otra parte, la expresión afectación “significativa” constituye un criterio indeterminado que deja un margen de discrecionalidad o apreciación demasiado amplio, que no solo dificulta su aplicación liminar como verdadera excepción, sino que también dificulta la calificación de las conductas, a pesar de haberse desplegado todo el aparato investigador.

No obstante ello, debemos hacer notar que la omisión de una regla o excepción “de minimis”, a través de la cual se busca la economía procesal, cuando a partir de un análisis preliminar pueda evidenciarse que las prácticas denunciadas o investigadas tienen poca incidencia en el objeto protegido por la Ley de Competencia puede dar lugar a una litigiosidad innecesaria, que cargue excesivamente a la autoridad de

afectación significativa está unido a la noción de posición dominante en el mercado relevante. Es por ello que en la normativa y en la jurisprudencia europea, el test de dominancia constituye la principal afectación a la competencia, aunque también se admite que pueden existir otras formas de afectación significativa. En sentido parecido, *vid.* PACE, L.F., *op. cit.*, pp. 406 y 407 y GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, p. 680, quienes en igual forma, exponen que la posibilidad de afectar en forma significativa la competencia o de crear un obstáculo significativo para la competencia, está vinculada estrechamente con la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. Por su parte, KORAH, V., *op. cit.*, pp. 404 y ss., agrega que es necesario considerar que la reducción del número de operadores, favorece la creación de posiciones de dominio conjuntas a partir de la coordinación de las actuaciones de varios agentes económicos, que se comportan como si se tratara de una entidad individual.

competencia, obligándola a diluir esfuerzos y recursos en la investigación y sanción de todas las conductas que resulten en prácticas anticompetitivas, aunque algunas de ellas sólo puedan tener una incidencia mínima en las condiciones de competencia en el mercado salvadoreño.

En virtud de estas consideraciones, concluimos que en un sistema como el nuestro, caracterizado por la existencia de una gran cantidad de micro y pequeños empresarios, pero también por la presencia de grandes empresas pertenecientes a grupos multinacionales, en el cual la autoridad de competencia cuenta con recursos presupuestarios escasos, sería conveniente incluir una habilitación legal expresa que facultara a la SC para dejar de perseguir las conductas que sólo pueden tener una mínima afectación en las condiciones de competencia en el mercado, para que la SC concentrara sus esfuerzos en la investigación y sanción de las conductas más dañinas para el interés general protegido por la normativa de competencia.⁵²⁶

A estos efectos, se podría modificar la LC para incluir criterios objetivos a partir de los cuales se excluya la persecución de las conductas horizontales y verticales, con poca capacidad para afectar las condiciones de competencia. A partir de un análisis de los agentes económicos que operan en el mercado salvadoreño y de las condiciones de competencia locales, se podrían establecer criterios cuantitativos para fijar umbrales, debajo de los cuales las conductas serán consideradas de menor importancia y no necesitarían ser perseguidas.

No obstante ello, en igual forma que se ha regulado en la Unión Europea y en España, también sería conveniente no amparar en esta regla, las conductas horizontales más dañinas como los cárteles de fijación de precios y otros acuerdos colusivos, los cuales la misma LC somete a una regla de prohibición *per se*, con el propósito de marcar su ilicitud absoluta y la dureza con la que estas conductas serán tratadas en este país.

⁵²⁶ Al respecto, puede consultarse BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones sobre la Tipificación de las Conductas Prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, serie D, Madrid, septiembre de 1998, p. 191, quien si bien se refiere a la LDC española derogada, expone que uno de los criterios para no perseguir las conductas de menor importancia es que éstas generalmente no perjudican el interés público protegido por la normativa de competencia, sino que únicamente lesionan intereses privados.

Tratamiento de los acuerdos entre competidores

SUMARIO: 29. Prohibición específica de los acuerdos entre competidores. 30. Terminología empleada en la prohibición de los acuerdos entre competidores. 31. Concepto de competidor adoptado por la Superintendencia de Competencia. 32. Competidores reales y potenciales. 33. Concepto de acuerdos entre competidores que se desprende de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia. 34. Modalidades de acuerdos entre competidores expresamente prohibidos. 35. Prácticas horizontales que no se encuentran expresamente prohibidas. 35.1 Modalidades de prácticas horizontales distintas del cártel. 35.2 Decisiones y recomendaciones de asociaciones de operadores económicos constitutivas de un acuerdo anticompetitivo 35.3 Prácticas concertadas o acuerdos tácitos entre competidores. 36. Reglas de valoración de los distintos tipos de acuerdos entre competidores en el sistema de defensa de la competencia salvadoreño. 36.1 Acuerdos sometidos a una prohibición absoluta. 36.2 Acuerdos sometidos a una prohibición relativa.

29. Prohibición específica de los acuerdos entre competidores

Al inicio del capítulo anterior, señalamos que el régimen salvadoreño de defensa de competencia, se articula sobre la base de tres grupos de prácticas anticompetitivas prohibidas y de un mecanismo de control de la estructura del mercado. La primera de las tres categorías de conductas anticompetitivas prohibidas por la LC son los acuerdos entre competidores,⁵²⁷ cuya regulación en un único artículo de la Ley, transcribimos a continuación para facilitar su consulta a lo largo de este capítulo:

⁵²⁷ De forma general, sobre las prácticas horizontales prohibidas, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 297-333; AREEDA, P. and, KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, 5ª edición, Aspen, 2004, pp. 165-446; BARR, F., “Common Horizontal Agreements”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 303-403; BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free

CAPÍTULO I: DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES

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

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

Si bien nuestra investigación también ha incluido otros aspectos de mucha relevancia para la correcta comprensión de las conductas prohibidas por la Ley de Competencia, Vg. el alcance de la protección constitucional de la competencia, el objeto y los fines de la ley, así como el ámbito subjetivo abarcado por esta normativa y los aspectos comunes entre las colusiones horizontales y verticales, sin perjuicio de reconocer la importancia que tiene el estudio de estas últimas, hemos optado por

Press, 2nd Edition, New York, 1993, pp. 263-279; FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, diciembre 2004; ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1^a edición, Barcelona, 2005, pp. 109-171; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th edition, 2007, pp. 44-91 y 287-302; MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, enero de 2007; ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., “Prohibición de Prácticas Colusorias (II): Restricciones Horizontales”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1^a edición, Barcelona, 2005, pp. 227-311; POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 2001, pp. 51-192; y, sobre los aspectos económicos relacionados con estas prácticas, por todos, *vid.* CABRAL, L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 2000, pp. 127-150; CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3rd Edition, Massachusetts, 2000, pp. 121-142 y 616-627; MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 137-230; SCHERER, F.M. and ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3rd edition, Princeton, 1990, pp. 235-353; SCHMALENSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North Holland, 3rd reprinting, New York, 1992, pp. 259-475; y TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, 13th reprinting, MIT Press, Cambridge, 2002, pp. 239 y ss.

hacer especial referencia a las conductas horizontales, porque comprobamos que han constituido las prácticas colusivas más frecuentemente denunciadas en nuestro país.

Hasta la fecha de publicación de este trabajo, la Superintendencia de Competencia ha sancionado cinco casos de acuerdos entre competidores, se encuentra investigando varios casos en el sector de telecomunicaciones, turismo, servicios portuarios y productos farmacéuticos, pero no ha resuelto ninguno relacionado con prácticas entre no competidores.

En los sistemas de defensa de la competencia que hemos utilizado como referencia a lo largo de este estudio, estas conductas también se encuentran prohibidas. En Estados Unidos, el artículo 1 de la Ley Sherman prohíbe todo contrato, combinación o conspiración que restrinja la competencia y en la Unión Europea, el artículo 81(1) del TCE prohíbe los acuerdos, decisiones y recomendaciones de empresas, así como las prácticas concertadas horizontales y verticales, aunque las distingue entre prácticas prohibidas por su objeto y prácticas prohibidas por sus efectos.⁵²⁸

Sin embargo, a diferencia del modelo anglosajón, de la Unión Europea y de algunos países de nuestro entorno jurídico más inmediato, nuestra normativa optó por seguir la recomendación de algunas instituciones internacionales especializadas e hizo un tratamiento específico y diferenciado entre los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales, regulándolos en artículos separados.

Concretamente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico manifiesta que los países en los que se implementa una normativa de competencia por primera vez, puede resultar más práctico establecer una tipificación separada entre los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales, ya que esta distinción contribuye a orientar los comportamientos de los operadores económicos, mientras

⁵²⁸ Aunque la jurisprudencia proveída por la Corte Suprema de los EE.UU. y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se haya encargado de establecer las diferencias entre los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales, en la legislación de ambos sistemas, las prácticas anticompetitivas prohibidas se engloban en un solo artículo, que no distingue las prácticas horizontales de las prácticas verticales. Así en el modelo de los EE.UU., el artículo 1 de la Ley Sherman prohíbe *“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony...”,* cualquier limitación al comercio que resulte en una práctica anticompetitiva. En igual forma, en el sistema europeo, el numeral 1 del artículo 81 del TCE establece que *“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...”*.

se familiarizan con la Ley. Una prohibición específica constituye un indicador claro que los acuerdos horizontales y los acuerdos verticales serán tratados en forma distinta.⁵²⁹

En Iberoamérica, encontramos diversidad de modelos de regulación. Algunos países como Nicaragua y Perú han optado por un tratamiento similar al nuestro, separando las prácticas horizontales de las verticales;⁵³⁰ Costa Rica, Honduras, México y Panamá también las separan, pero las denominan prácticas absolutas y relativas,⁵³¹ mientras que otros, como Argentina, Brasil, Chile, España, República Dominicana y Venezuela han optado por una prohibición conjunta de las conductas anticompetitivas constitutivas de ambos tipos de prácticas.⁵³²

⁵²⁹ Sobre este tema, *vid.* el documento de la OCDE y del BM, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, p. 143, donde se establece que en materia de acuerdos restrictivos, es conveniente que los países que adopten leyes de competencia por primera vez, hagan un tratamiento diferenciado, con el objeto de dejar claro a la comunidad empresarial que los acuerdos de núcleo duro o los cárteles, recibirán un tratamiento más estricto.

⁵³⁰ Al respecto, *vid.* el artículo 5 de la Ley de Competencia de Nicaragua de 2006, el cual establece que “*Quedan prohibidos los convenios y acuerdos entre empresas competidoras, sean éstos expresos o tácitos, escritos o verbales, que tengan por objeto o que produzca o pueda producir el efecto de imponer injustificadamente barreras en el mercado...*”, así como el artículo 11 de la Ley de Competencia de Perú de 2008, el cual textualmente señala que “*Se entienden por práctica colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones, o prácticas concertadas realizadas por agentes competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia...*”.

⁵³¹ Para prohibiciones de las prácticas absolutas, a título de ejemplo, *vid.* el artículo 9 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992, en cual textualmente señala que “*Son prácticas monopólicas absolutas, los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí...*”. En igual sentido, *vid.* el artículo 11 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 1995 y el artículo 13 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, mientras que el artículo 6 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, prohíbe las prácticas que son anticompetitivas por su misma naturaleza.

⁵³² En España, *vid.* el artículo 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, el cual señala textualmente que “*se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*”. En sentido similar, *vid.* el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999, en el que se expresa que: “*Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado ...*”; el Art. 21 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 3 de la Ley de Competencia de Chile de 2005; Art. 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 4 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y, en Venezuela, el Art. 10 de la [Ley de Competencia de 1991](#).

Este capítulo sobre el tratamiento que hace la Ley de Competencia de las prácticas anticompetitivas prohibidas, se focaliza en los aspectos específicos relativos a los acuerdos horizontales: aspectos expresamente regulados, aspectos implícitos y omisiones. Si bien haremos referencia a los ejemplos de conductas concretamente prohibidas, para analizar la decisión del legislador de enumerar algunas modalidades concretas, no nos extenderemos en el examen detallado de cada una de las prácticas que el artículo 25 de la LC menciona, puesto que, tal como concluimos en el apartado 4.5 del Capítulo IV, la enumeración abierta y meramente ejemplificativa que adopta nuestra Ley, hace imposible e irrelevante examinar todas y cada una de ellas.

El análisis del tratamiento de las prácticas colusivas horizontales que hace la LC, se hará a partir de las particularidades que presenta esta normativa sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, en su regulación y configuración de los acuerdos horizontales, con el fin de resaltar sus aciertos, sus fallas y sus omisiones, para proponer aquellas modificaciones que puedan dotarla de mayor efectividad en su misión de defensa del orden concurrencial en el mercado.⁵³³

Como punto de partida, es necesario recordar que al inicio del capítulo anterior, advertimos que la presión concurrencial o pugna por el mercado obliga a los operadores económicos a trabajar ardua y permanentemente para superar a sus competidores, en sus intentos para captar una mayor clientela. Esta dinámica obliga a los operadores económicos a diseñar estrategias productivas que les permitan captar un mayor sector de la demanda, en la medida que logren poner a disposición de los consumidores, más y mejores productos, a precios más bajos.

Este efecto de la libre competencia beneficia a la sociedad en general en su dimensión de consumidora, porque suprime las posibilidades que tienen los agentes económicos de obtener ganancias desmesuradas, en perjuicio de los intereses de la

⁵³³ Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Competencia, en el sistema normativo salvadoreño, las escasas referencias a la protección de la libre competencia, las encontrábamos en leyes relativas a mercados de servicios liberalizados, ejercidos en parte en régimen de libre competencia y en parte con cierto grado de intervención del Estado: telecomunicaciones, aviación civil, electricidad y puertos. Frente a estas disposiciones, la Ley de Competencia tuvo un mayor efecto recopilador y unificador que respecto de las normas mercantiles comentadas más adelante, ya que estas leyes sí contenían disposiciones que específicamente regulaban la competencia. Es por ello que la LC tuvo que derogar expresamente aquéllos artículos que desarrollaban el sistema de protección de la libre competencia específico para cada sector. En su mayoría, las disposiciones derogadas se referían a las facultades que las leyes sectoriales otorgaban a las entidades supervisoras de cada ramo, para ejercer atribuciones preservadoras del mercado, que en adelante debían entenderse potestad exclusiva de la nueva autoridad supervisora de la competencia. Las Leyes de Protección al Consumidor de 1992 y 1996 también contenían algunas referencias a la defensa de la competencia, así como el artículo 232 del Código Penal de 1998, que tipificaba el delito de monopolio.

colectividad.⁵³⁴ Ante este orden de cosas, los operadores económicos buscan formas de evitar la rivalidad empresarial, con el fin de maximizar sus beneficios o ganancias. De un lado, pueden lograrlo eliminando la competencia, a través una mayor eficiencia económica. De otro lado, y sin tanto esfuerzo, los agentes económicos pueden obtener mayores ganancias, dejando de luchar por apropiarse del mercado y eliminando los riesgos del proceso concurrencial, a través de la realización de prácticas que supriman la rivalidad mutua, como en el caso de los acuerdos bajo examen.

En la normativa anterior a la aprobación de la Ley de Competencia, los pactos para no competir, contaban con una habilitación legal, puesto que la competencia era considerada una opción y no una obligación. Algunas disposiciones del Código de Comercio –ahora derogadas- expresamente facultaban a los comerciantes para celebrar diversas modalidades de pactos horizontales para no competir, como por ejemplo los repartos de actividades comerciales o mercados de producto y los repartos de territorios o mercados geográficos.⁵³⁵

La Ley de Competencia derogó expresamente estos artículos del Código de Comercio que legalizaban estos acuerdos anticompetitivos e introdujo una prohibición de una de las clasificaciones de prácticas anticompetitivas más frecuentemente vedadas por la normativa de defensa de la competencia, cuyos aspectos más relevantes examinaremos a continuación.

Nuestra investigación incluye un examen de la normativa, jurisprudencia y doctrina emanadas del sistema anglosajón y del europeo, por ser los modelos básicos de defensa de la competencia de los países occidentales. No obstante ello,

⁵³⁴ Por todos, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 8ª edición, Madrid, 2007, p. 293, donde el autor recuerda que, con el propósito de captar un mayor sector de la demanda, los empresarios deben mantenerse siempre preocupados por los progresos tecnológicos, por los gustos de los consumidores, por las estrategias de sus rivales, por vender a precios más baratos, etc. Esta presión implica una situación de esfuerzo y riesgo continuo, por lo que para los agentes económicos resulta más cómodo evitar la presión competitiva, celebrando acuerdos con sus rivales para no competir. También expone esta misma idea, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M., *op. cit.*, p. 23, quien comenta que nada es tan incómodo para un empresario como vivir bajo una situación de competencia permanente, que le obliga a producir bastante o mejor, y a poco costo. En forma complementaria y desde la perspectiva económica, CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 127, destaca que en un mercado competitivo, las empresas sólo pueden obtener beneficios a expensas de las ganancias de los demás operadores económicos, por lo que resulta natural que traten de aumentar su poder de mercado, a través de la celebración de acuerdos para no competir, que les permiten aumentar sus beneficios. En el mismo sentido, *vid.* HICKS, J.R., “The Theory of Monopoly”, in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935, p. 8, donde este economista expresó que el mejor de los beneficios del monopolio es una vida tranquila.

⁵³⁵ *Vid. supra* nota 197 donde transcribimos el texto de los artículos en referencia.

con el objeto de contrastar nuestra LC con sistemas más afines, al igual que en los anteriores capítulos, también haremos referencia a la legislación iberoamericana. El estudio de cada aspecto concluye con un detallado análisis de los pronunciamientos que la Superintendencia de Competencia ha proveído sobre cada tema, hasta la fecha de publicación de nuestro estudio, con el propósito de examinar los criterios adoptados por la entidad de la Ley.⁵³⁶

30. Terminología empleada en la prohibición de los acuerdos entre competidores

Para comenzar el análisis de los acuerdos horizontales prohibidos por la Ley de Competencia, es necesario referirnos al capítulo IV de nuestro trabajo, con el propósito de aclarar algunos aspectos terminológicos. Tal como señalamos en el apartado 24 del capítulo anterior, la LC utiliza una doble terminología para describir las conductas horizontales prohibidas, puesto que en el título del capítulo adopta el término “acuerdo” entre competidores, mientras que en el artículo 25, utiliza también utiliza el término “práctica” anticompetitiva.

Al contrastar esta terminología con una gran variedad de obras y legislaciones, hemos podido concluir que, para efectos de la aplicación de la Ley de Competencia, el concepto de acuerdo adoptado por el legislador es sumamente amplio, puesto que además de las distintas modalidades de conductas propiamente constitutivas de un acuerdo entre operadores económicos para unificar sus voluntades, también recaen dentro del ámbito de prohibición del artículo 25, otras modalidades de prácticas que tienen el mismo alcance que un acuerdo en sentido estricto, porque permiten llegar a alguna forma de entendimiento para suprimir la rivalidad entre competidores.⁵³⁷

⁵³⁶ Para estudios sobre la Ley de Competencia salvadoreña, *vid.* MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, D.F., enero de 2007, p. 11, donde se indica que el legislador salvadoreño enumeró las conductas que en la experiencia de otros países, se consideran como las prácticas anticompetitivas más comunes. En sentido similar, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, Diciembre, 2004, p. 7, donde el Departamento de Estudios Legales de esta fundación también concuerda que nuestra Ley de Competencia ha recogido las prácticas más comunes y que como tales son reconocidas por la mayoría de legislaciones. *Vid.* también, RIVERA, E. y SCHATAN, C., *Los Mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas n. 41, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, septiembre de 2006, p. 27, donde estos autores manifiestan que, si bien en El Salvador, la tipificación de las prácticas se basa en la distinción entre acuerdos entre competidores, acuerdos entre no competidores y concentraciones, la tipificación de las prácticas en los países de la región, es muy similar.

⁵³⁷ El Glosario de Términos de Economía de la Organización Industrial y del Derecho de la Competencia publicado por la OCDE, adopta una definición muy amplia del término acuerdo, al manifestar que se

Si bien en los trabajos preparativos y en las discusiones parlamentarias previas a la aprobación de la Ley de Competencia,⁵³⁸ no encontramos ninguna referencia aclaradora, la amplitud del concepto de “acuerdo” utilizado a efectos del derecho de competencia y el uso del término “práctica” en el texto del artículo 25, nos permiten concluir que el legislador no quiso limitar el campo material de prohibición de este artículo a los acuerdos en sentido estricto.

Siempre en línea con algunos aspectos abordados en los apartados 24 y 26 del capítulo anterior, podemos afirmar que quedan incluidas en el ámbito material de prohibición de esta disposición, todas las conductas constitutivas de cualquier modalidad de comportamiento bilateral o multilateral, que limiten, restrinjan o eliminen la competencia, en los términos del artículo 1 de la Ley de Competencia, sea que se les califique como acuerdos o como prácticas.

Por una parte, porque el inciso primero del artículo 25 LC utiliza los términos acuerdo y práctica, pero también porque tanto en la jurisprudencia comparada como en la doctrina examinadas en los precitados apartados del capítulo IV, se ha concluido que el concepto de acuerdo anticompetitivo abarca una pluralidad de conductas y que, aun cuando el legislador no las mencione expresamente, las prácticas concertadas pueden considerarse comprendidas en el concepto de acuerdo colusivo, ya que se trata de conductas que permiten una equiparación voluntaria del comportamiento, necesaria para suprimir la competencia.⁵³⁹

trata de un entendimiento explícito o implícito entre empresas que normalmente compiten entre sí. Por su parte, HAY, G., *op. cit.*, p. 879, hace notar que en los EE.UU. la terminología empleada por el artículo 1 de la Ley Sherman ha sido jurisprudencialmente unificada en el concepto de acuerdo. En sentido similar, PAGE, W.H., “Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act”, working paper, abril 2008 (en <http://papers.ssrn.com>, consultada el 5 de julio 2009), explica que en ese sistema, el término acuerdo utilizado por la normativa de competencia aun no responde a una definición unívoca, ni tampoco a sus acepciones más comunes, pero incluye a prácticamente cualquier comportamiento anticompetitivo realizado entre varios operadores económicos para restringir la competencia. En el modelo europeo, ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, p. 107, indican que los términos acuerdo, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas se entrecruzan, por lo que el artículo 81(1) del TCE debe ser aplicable a cualquier forma de colusión, siendo únicamente relevante si ha existido un comportamiento independiente o uno colusivo.

⁵³⁸ *Vid.* la Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la AL de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, en donde consta que al momento de discutir y aprobar los capítulos 1, 2 y 3 del Título III, que contienen las prácticas anticompetitivas prohibidas, el único punto debatido fue la redacción del artículo 25, en el que se tipifican las prácticas entre competidores, puesto que en esa oportunidad, miembros del partido de oposición propusieron que la enumeración de las prácticas entre competidores, no fuera taxativa.

⁵³⁹ Pueden consultarse los apartados 24 y 26 del Capítulo IV de nuestra investigación, en los cuales desarrollamos el concepto de acuerdo adoptado por el derecho de competencia y donde abordamos el tema de las prácticas concertadas.

En igual forma, además de la terminología utilizada por este artículo, cabe recordar que el artículo 1 de la LC expresamente señala que “se entienden prohibidas las prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico... Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores, cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”.

Por lo tanto, si bien durante nuestra investigación encontramos que aun no existen pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia sobre este tema, la amplitud de las prohibiciones que se establecen en el artículo 1, la tipificación abierta de las conductas prohibidas, así como la terminología utilizada por el legislador en el artículo 25, permiten concluir que el ámbito de prohibición de la disposición bajo examen abarca tanto las modalidades de acuerdos horizontales expresos, como también las prácticas concertadas, que, hemos de recordar, cuentan con una prohibición expresa en el artículo 241 de la Ley de Bancos de este país.⁵⁴⁰

No obstante ello, sin perjuicio de reconocer que la normativa de competencia regula muchos aspectos de forma general, para ofrecer un amplio margen para que la autoridad de competencia pueda aplicarla a la variedad de casos que se presentan en la realidad, adelantamos que dado que la legislación de defensa de la competencia salvadoreña es una normativa incipiente, con la cual la sociedad aun se está familiarizando, consideramos que se lograría una mayor efectividad en su aplicación si muchos de los aspectos que pueden considerarse tácitamente incorporados o regulados por esta Ley, se incluyeran en forma expresa a través de una reforma, con el propósito de brindar más claridad y certeza sobre el alcance de las conductas prohibidas.

31. Concepto de competidor adoptado por la Superintendencia de Competencia

Una vez enunciadas las grandes líneas de las conductas que pueden ser constitutivas de las conductas prohibidas en el artículo 25 de la LC, respecto de las cuales profundizaremos en varios apartados posteriores, es necesario enfocarnos en el aspecto subjetivo, para determinar quiénes son los sujetos con capacidad

⁵⁴⁰ Vid. el texto del artículo 241 de la Ley de Bancos vigente, transcrito en su integridad en la nota 435 del Capítulo IV, puesto que se trata de un disposición que la LC no derogó y que prohíbe expresamente a las prácticas concertadas: “*Se prohíben los acuerdos o convenios entre bancos, las decisiones de asociaciones de bancos y las prácticas concertadas...*”.

para cometerlas, ya que la calidad de competidor constituye un elemento diferenciador de las distintas categorías de acuerdos colusivos, que prohíbe la normativa salvadoreña.

Durante esta investigación, hemos encontrado que la doctrina no tiende a ofrecer un concepto de competidor, sino a enfocarse principalmente en el concepto de acuerdos colusivos horizontales, por lo que éste debe constituir nuestro punto de partida. En su acepción más general y frecuente, tal como indicamos anteriormente, se entiende que son prácticas colusivas o prácticas anticompetitivas entre competidores, aquellas llevadas a cabo entre agentes económicos que se encuentran en un mismo eslabón de la cadena productiva, por lo que generalmente se les denomina restricciones o acuerdos horizontales.⁵⁴¹

En un primer momento, pero a partir de un razonamiento casi circular que contribuye poco a la definición del concepto, puede deducirse que son competidores, aquellos agentes económicos que se encuentran en una relación horizontal del proceso productivo, porque intervienen en la misma etapa de la producción de un mismo género de productos. Se trata de una definición de uso frecuente, pero que aporta poca luz sobre el concepto de competidor.⁵⁴²

⁵⁴¹ Para una definición de acuerdos horizontales, en la doctrina anglosajona, por todos, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, p. 78, quienes a partir de una síntesis de la jurisprudencia de ese país, indican que las restricciones horizontales consisten en restricciones establecidas entre competidores reales o potenciales. En sentido idéntico, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, p. 185, también señalan que las restricciones horizontales son llevadas a cabo entre empresas rivales. En igual forma, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 165, señalan que las restricciones horizontales constituyen formas de colaboración entre competidores. En los estudios europeos, *vid.* KORAH, V., *op. cit.*, p. 290, quien indica que los acuerdos horizontales son realizados entre empresas que compiten en el mismo nivel de una determinada actividad o industria. En sentido idéntico, ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia en España*, *cit.*, p. 303, también apunta que los acuerdos de tipo horizontal son concertados entre operadores que se encuentran situados en un mismo eslabón del proceso productivo y compiten directamente entre sí. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, *cit.*, p. 320, señala que una restricción es horizontal cuando en su realización están implicadas empresas que son competidoras directas por ofrecer en el mercado el mismo tipo de productos o servicios. También puede consultarse, ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., “Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones Horizontales”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, p. 227, quienes en igual forma indican que los acuerdos horizontales son aquéllos celebrados entre dos o más empresas que operan en el mismo nivel o en los mismos niveles del mercado.

⁵⁴² A partir del estudio de la normativa adoptada en los cinco continentes, en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, p. 24, se explica que los acuerdos horizontales son los celebrados entre empresas que se dedican a las mismas actividades- productores, mayoristas, minoristas- de un mismo género de productos. En este orden de ideas, la UNCTAD agrega que las actividades competidoras son las que realizan las empresas que compiten en plano horizontal.

Precisamos que la normativa de competencia salvadoreña no ofrece una definición del concepto de competidor, como tampoco lo hace la normativa comparada utilizada como referencia a lo largo de nuestro estudio. En la legislación salvadoreña tampoco la encontramos. El Glosario de Términos elaborado por el CDSC se limita a establecer que son acuerdos horizontales los “*arreglos o convenios entre agentes económicos competidores*”.⁵⁴³

La legislación de la Unión Europea tampoco brinda un concepto de competidor. Sin embargo en línea con lo expuesto, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal hacen referencia a los acuerdos horizontales en los términos siguientes: “*una cooperación tiene carácter horizontal si es objeto de un acuerdo o práctica concertada entre empresas situadas en el mismo nivel o niveles del mercado. Se trata por lo general de una cooperación entre competidores*”.⁵⁴⁴

Sin embargo, dado que consideramos que esta primera aproximación al concepto es demasiado general para un país que aplica la normativa de competencia por primera vez, es necesario intentar concretar con mayor precisión qué sujetos están relacionados por esta especial vinculación que les otorga el carácter de competidores.

En primer lugar, hemos de recordar que el término competencia viene definido como la concurrencia o contienda por un mismo objeto. En este sentido, para establecer quienes compiten entre sí por una misma clientela, es indispensable establecer el mercado concreto en el cual los operadores se desenvuelven, ya que entre agentes económicos que luchan por el mercado, ese objeto común está generalmente representado por un mismo sector de la demanda.⁵⁴⁵

⁵⁴³ En la documentación elaborada por la SC, *vid.* concretamente la voz n. 2 del Glosario de Términos elaborado por el CDSC, donde si bien no se define el concepto de competidor, se define el concepto de acuerdo horizontal como “*Arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí, que se unen para entre otros, acordar precios, cantidades, división de zonas geográficas y licitaciones o concursos, limitando restringiendo o impidiendo la competencia. También son llamados conductas horizontales o absolutas*”.

⁵⁴⁴ *Vid.* el numeral 1.1. de la introducción de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001, donde se establece la definición trascrita en el texto.

⁵⁴⁵ Para estudios que toman en cuenta el lado de la demanda, *vid.* FRISCH PHILIPP, W. y MANCEBO MURIEL, G., *op. cit.*, pp. 18 y 19, donde estos autores apuntan que el concepto de competencia, supone que el competidor tiene la intención de fomentar su actividad en detrimento de otros rivales y que ello es posible generalmente, en los casos en los que ésta se desarrolla respecto de mercancías similares, en un círculo de público esencialmente igual. En el mismo sentido, BAYLOS CORROZA, H., *op. cit.*, p. 255, quien también precisa, que la competencia sólo puede darse entre empresas

En línea con estas consideraciones, en un segundo término, podemos señalar que se consideran competidores, aquellos agentes económicos que rivalizan por arrebatarse un mismo sector de la demanda, porque operan en un mismo eslabón de la cadena productiva de un mismo género de productos, en un mercado específico.

En el sistema de defensa de la competencia salvadoreño, la SC ha proveído algunos criterios orientadores sobre el concepto de competidor que esa autoridad ha adoptado al momento de aplicar la LC. En su mayoría, no se trata de pronunciamientos proveídos en casos de prácticas horizontales, sino que se trata en su mayoría de consideraciones paralelas incluidas en casos de concentraciones económicas y en casos de investigaciones por abuso de posición de dominio, tal como se examinará en los párrafos siguientes.

En las resoluciones de la SC que hemos examinado, el elemento de la sustituibilidad entre los bienes y servicios producidos aparece como criterio determinante para precisar el concepto de competidor. En las autorizaciones de concentración entre *Citibank e Inversiones Financieras Cuscatlán*, luego entre *Millicom* y *otro* y más recientemente en la resolución que condicionó la concentración entre varias telefonías, el CDSC estableció que el concepto de competidor incluye a todos los agentes que participan en un mercado determinado, porque tienen la capacidad para producir productos sustituibles entre sí.⁵⁴⁶

En el segundo de los casos, el CDSC agregó que al momento de examinar la estructura del mercado, es necesario valorar las condiciones de rivalidad que existen entre los competidores reales y potenciales, ya que se considera que existe rivalidad

rivales que pugnan por arrebatarse una misma clientela. Puede consultarse también la ponencia magistral de GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, cit., pp. 11 y 12, quien indica que para saber si se está en presencia de una práctica anticompetitiva, es necesario saber qué se entiende por competencia, concluyendo que desde una perspectiva económica, se trata de una lucha por la conquista del cliente. El competidor, se propone apartar a los demás para ser el primero en apropiarse del mercado. Sobre este aspecto del proceso competitivo, CABRAL, L. M. B., *op. cit.*, p. 127, apunta que un principio básico de la competencia establece que por regla general, en un mercado determinado, los agentes económicos sólo pueden incrementar sus beneficios, logrando reducir el beneficio de los demás. Por su parte, BORK, R., *op. cit.*, p. 79, manifiesta que constituye un elemento esencial de la competencia, el deseo innato que impulsa a todo competidor a arrebatarle los negocios a sus rivales, puesto que de ser posible, su intención es quedarse con toda la clientela.

⁵⁴⁶ En la resolución final SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007 y en la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008SC-016-S/C/R-2011 del 30.08.2011, el CDSC manifestó que “Bajo el concepto de competidores, el análisis económico califica a todos los agentes económicos participantes en un mercado, tomando como referencia, entre otros, factores como el grado de sustituibilidad de los productos o servicios, la tecnología usada en su producción o sus características”.

cuando los agentes económicos competidores sostienen conductas agresivas para arrebatarse un mismo sector de la demanda.⁵⁴⁷

El pronunciamiento más elaborado sobre este aspecto, lo encontramos en la resolución que desestima el recurso de revisión interpuesto respecto de la resolución final proveída en el caso de “Las Eléctricas II”.⁵⁴⁸ Dado que la parte recurrente alegó que el operador económico que había resultado directamente afectado por el abuso de posición dominante, no tenía carácter de competidor, la autoridad de competencia salvadoreña tuvo que abordar este aspecto con mayor detalle que en los demás fallos emitidos hasta la fecha de conclusión de nuestro estudio.

Si bien el punto neural abordado en ese pronunciamiento, fue el tema de la competencia potencial, el CDSC incluyó algunas consideraciones relacionadas con la característica examinada, al señalar que el concepto de competidor incluye a todos los agentes económicos que participan en un mismo mercado de producto. Es decir, a los agentes económicos que pueden estimarse parte del mismo mercado, tanto porque producen bienes que se consideran sustitutos cercanos, como porque tienen la capacidad para producir estos mismos bienes o servicios en un periodo corto y con una mínima inversión.⁵⁴⁹

En la concentración entre *Millicom* y *otros* consta que para determinar la sustituibilidad de los bienes y servicios, el CDSC tomó en consideración dos aspectos. En primer lugar, aplicó un examen práctico, al examinar las características propias del producto. En segundo lugar, el CDSC aplicó un test económico, por medio del cual intentó determinar la sustituibilidad a partir de la elasticidad cruzada de la demanda, es decir –en términos muy sencillos– a partir del aumento que la demanda de un producto experimenta, en virtud de la disminución de la demanda de otro producto similar, debida esencialmente a un aumento no transitorio de su precio.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ Vid. SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC manifestó que “*Se dice que la rivalidad es efectiva cuando los agentes económicos competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado*”.

⁵⁴⁸ Vid. Recurso de revisión resuelto por el CDSC en el caso SC-008-0/PA/R-2007, asunto “Las Eléctricas II”, cuyos criterios más relevantes se examinan en el texto y se transcriben en las notas siguientes.

⁵⁴⁹ Vid. el recurso de revisión resuelto por el CDSC, respecto de la resolución SC-008-0/PA/R-2007, el 4 de octubre de 2007, donde el Consejo Directivo manifestó que “*un competidor es todo aquel agente económico que participa o pretende participar o ingresar en un mercado particular. Es reconocido en materia de competencia que se consideran competidores todos aquellos agentes económicos en un mercado si están en la capacidad de producir o vender el producto dentro de un período de corto tiempo y con una mínima inversión*”.

⁵⁵⁰ Vid. resolución final SC-016-S/C/R-2008 proveída el 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC consideró que para verificar el grado de sustituibilidad es necesario hacer dos tipos de análisis. El

Más recientemente, en una investigación de prácticas horizontales -el cártel de “Las Agencias de Viaje”- la Superintendencia no se extendió mucho al respecto y únicamente manifestó en términos muy amplios y generales, que se consideran competidores a “*dos o más agentes económicos que participan en un mismo nivel de la cadena de valor*”. En los casos de “Servicios Portuarios de Acajutla” y “Las Telefónicas” tampoco se pronunció sobre el concepto de competidores.⁵⁵¹

En el orden de las ideas expresadas, en un tercer momento, podemos concluir que si bien los estudios doctrinales no ofrecen mayores elementos para establecer un concepto de competidor, que los que ya se han mencionado, las resoluciones de la Superintendencia de Competencia analizadas nos permiten concluir que en El Salvador, la entidad encargada de la defensa de la competencia considera competidores a los agentes económicos que rivalizan en un mismo mercado, porque producen bienes o servicios idénticos o sustituibles entre sí, así como a los que tienen la capacidad potencial para producir estos mismos bienes o servicios de forma inminente. Es decir, también se incluye a la competencia potencial tal como se reitera en 2012 en la solicitud de concentración SC-013-S/C/R-2012 entre *América Móvil* y *Digicel*.

32. Competidores reales y potenciales

En el capítulo II de nuestra investigación, señalamos que el objeto protegido por la LC incluye la competencia real y la competencia potencial, en virtud de la capacidad disciplinadora que tiene la competencia potencial en los comportamientos de los agentes económicos en el mercado, por cuanto - en un mercado con pocas barreras de entrada- los competidores potenciales pueden ejercer una presión competitiva igual o casi igual a la que ejercen los competidores reales. En función de esta capacidad, los competidores potenciales generalmente se incluyen dentro del ámbito de presiones competitivas subjetivas que un agente económico enfrenta.⁵⁵²

primero, toma en cuenta las características propias de cada servicio y el segundo, hace un análisis aproximado del test del monopolista hipotético o SSNIP, el cual busca entender la dinámica que generaría un aumento leve, pero no transitorio (5%) del precio de un bien o servicio. Si ante dicho aumento, la demanda se desplaza hacia bienes o servicios alternativos, existe lo que se denomina elasticidad cruzada de la demanda y tales productos deberían ser considerados dentro del mismo mercado relevante.

⁵⁵¹ Vid. la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde el CDSC expresó algunas consideraciones sobre el concepto de acuerdo horizontal, dentro de las cuales incluyó el texto entrecomillado. Cfr. también resoluciones SC-031-D/PS/R-2010 del 30 de agosto de 2011 y SC-17-0/PS/R-2010 del 19 de diciembre de 2011.

⁵⁵² Vid. este aspecto también ha sido abordado en el apartado 13 del Capítulo II de este trabajo.

En el texto de la normativa comparada utilizada para este estudio, no encontramos referencias expresas a la competencia potencial. Sin embargo, en los EE.UU., este aspecto ha sido desarrollado en las definiciones ofrecidas por los Lineamientos sobre Colaboraciones entre Competidores elaborados conjuntamente por la FTC y el USDOJ, en las que se establece que el término competidores incluye a los competidores reales y potenciales.⁵⁵³ En la misma dirección, en el sistema europeo, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, también señalan expresamente que el término competidor incluye a los competidores reales y potenciales, aunque estos últimos con algunas restricciones.⁵⁵⁴

No obstante esta falta de regulación expresa, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, elaborada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo-UNCTAD-, propone que a nivel global, las normas reguladoras de los acuerdos colusivos deben hacer una referencia expresa a los competidores potenciales, ya que se trata de empresas que deben incluirse en el ámbito de concurrentes que un agente económico enfrenta y respecto de las cuales también debe mantenerse una relación de rivalidad.⁵⁵⁵

En materia de prácticas prohibidas por la LC, es necesario precisar que el examen de la competencia potencial es de mayor interés en los casos de abuso de posición dominante,⁵⁵⁶ ya que la normativa de defensa de la competencia salva-

⁵⁵³ En los EE.UU., *vid.* Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, elaborados por la Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, abril 2000 (en www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf, consultada el 29 de mayo de 2009) en cuya Sección 1, apartado 1.1 textualmente se indica que el término “competidores” incluye tanto a los competidores actuales como a los potenciales.

⁵⁵⁴ En la normativa europea, *vid.* las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001, en cuyo numeral 1.2.9 “Ámbito de aplicación de las presentes directrices”, se establece que el término competidores reúne tanto a los competidores reales como a los potenciales.

⁵⁵⁵ *Vid.* Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, *cit.*, pp. 23 y 24, en las recomendaciones sobre convenios o acuerdos restrictivos, la UNCTAD considera que deben prohibirse los convenios entre empresas competidoras y potencialmente competidoras, ya que las segundas están capacitadas para iniciar el mismo género de actividades y es probable que lo hagan.

⁵⁵⁶ Sobre la presión que la competencia potencial ejerce en los operadores económicos, en las notas 219 y 220 *supra*, citamos algunos de los más reconocidos expositores que han examinado este tema. A título de ejemplo, *vid.* FERNÁNDEZ- ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, *cit.*, p. 53; GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., *op. cit.*, pp. 40 y ss. y CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 74, quienes coinciden en señalar que la competencia potencial ejerce respecto de los operadores económicos, la misma presión competitiva que la competencia real, porque también constituyen rivales capaces de arrebatarles una cuota del mercado o de la clientela.

doreña, la menciona en las disposiciones reguladoras de los acuerdos verticales y del abuso de posición de dominio. Sin embargo, al abordar el tratamiento de los acuerdos colusivos horizontales que hace la Ley de Competencia, consideramos que una referencia a la competencia potencial debe formar parte del análisis realizado en el presente capítulo, puesto que tal como hemos anticipado en los apartados anteriores, el concepto de competidor adoptado por la Superintendencia, incluye a los competidores reales y a los competidores potenciales.

En primer lugar, porque debemos recordar que el Capítulo II de este trabajo, resaltamos que la normativa de defensa de la competencia nacional -LC y RLC- hace referencia a la competencia potencial, como objeto protegido⁵⁵⁷ y como presión competitiva que los operadores económicos enfrentan.⁵⁵⁸

En segundo lugar, es necesario resaltar que la Superintendencia de Competencia ha proveído varias resoluciones que debemos examinar, para completar nuestro estudio sobre el concepto de competidor que deberá tenerse presente al momento de aplicar el artículo 25 LC, en las que la SC ha manifestado que tienen carácter de competidor, tanto los competidores actuales como los competidores potenciales.

El mayor desarrollo sobre el concepto en referencia, consta en la resolución del recurso de revisión interpuesto en el caso de “Las Eléctricas II”, donde el CDSC manifestó que el concepto de competidor incluye a los agentes económicos que ya operan en un mercado específico, así como a los que pretenden participar o ingresar en él, siempre y cuando dicho ingreso sea inminente y efectivamente posible.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ Vid. Art. 1 LC.- “*El objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*”. En el RLC, vid. Art. 13.- “...a) *Que la práctica imponga sobre un competidor actual o potencial una exclusión del mercado por un tiempo superior a aquél que se justifique mediante una explicación económicamente legítima*” y Art. 17.- “... a) *Que la práctica analizada propicie un incremento en los costos de acceso o salida a competidores, ya sean potenciales o actuales, nacionales o extranjeros*”.

⁵⁵⁸ En el RLC, en materia de mercado relevante, vid. en el Art. 15.- “...c) *La disponibilidad en el corto plazo de contar con productos sustitutos como consecuencia de la innovación tecnológica*” y en materia de abuso de posición de dominio, vid. el Art. 16.- “...d) *La existencia de alternativas de oferta o demanda actual o potencial de bienes o servicios nacionales o extranjeros durante un período de tiempo determinado*”.

⁵⁵⁹ Vid. el recurso de revisión resuelto el 4 de octubre de 2007, en el caso SC-008-O/PA/R-2007, donde el CDSC manifestó que “*un competidor es todo aquel agente que participa o pretende participar o ingresar en el mercado en particular*”. En esa misma resolución, el CDSC agregó que “*es reconocido que en materia de competencia se consideran competidores todos aquellos agentes económicos en un mercado si están en la capacidad de producir o vender el producto dentro de un periodo corto de tiempo y con una mínima inversión*”.

En este pronunciamiento, se advierte que, en la misma línea que un sector mayoritario de la doctrina, la Superintendencia no incluye a cualquier competidor potencial abstractamente considerado, sino que circunscribe el competidor potencial al agente económico que realmente forma parte de las presiones competitivas que otro agente enfrenta en el mercado, porque tiene la intención de entrar y porque puede hacerlo en forma rápida y efectiva, puesto que tal entrada no supone tiempos, ni costos excesivos.⁵⁶⁰

En la autorización de concentración entre *Millicom y otros* y en la resolución que condicionó la concentración entre las telefonías, a finales de 2011, el CDSC reiteró que el concepto de competidores debe incluir a todos los agentes económicos en un mercado, puesto que las presiones competitivas que un agente económico enfrenta, pueden ser ejercidas tanto por los competidores reales como por los competidores potenciales. Sin embargo, el CDSC precisó que debe tratarse de agentes que efectivamente tengan la capacidad para constituir rivales agresivos. Más recientemente, en el caso de “Servicios Portuarios de Acajutla”, haciendo referencia a una serie de documentos internacionales y específicamente a la Asociación Americana de Abogados, el CDSC estableció que las restricciones horizontales pueden formularse entre actuales o potenciales competidores.⁵⁶¹

En vista de lo expuesto, consideramos que este criterio coincide en gran parte con el anterior, ya que el competidor potencial puede incluirse en el concepto de competidor- en el colectivo de rivales que un agente enfrenta- siempre y cuando

⁵⁶⁰ En el ámbito europeo, *vid.* las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001, en cuyo ámbito de aplicación (1.2.9), se establece que el término competidores reúne tanto a los competidores reales como a los potenciales, pero en la nota aclarativa correspondiente, indican que se considera competidor potencial, al agente que demuestra ser capaz de entrar en el mercado relevante a corto plazo y sin un costo adicional muy elevado.

⁵⁶¹ *Vid.* resolución final SC-016-S/C/R-2008, del 30 de septiembre de 2008 y SC-016-S/C/R-2011 del 30.08.2011, en las cuales el Consejo manifestó que “*el propósito principal de realizar el análisis de la existencia de barreras a la entrada de nuevos participantes en los mercados relevantes definidos, es determinar si existen condiciones en el mercado para que la competencia potencial funcione como un catalizador del posible poder de mercado que los agentes involucrados en la concentración pudieran estar obteniendo como producto de la misma*”. En los mismos casos, el CDSC agregó que “*es necesario observar las condiciones de rivalidad [en el mercado], iniciando con la identificación de los reales y potenciales competidores que los agentes económicos en el proceso de concentración enfrentan. Bajo el concepto de competidores, el análisis económico califica a todos los agentes económicos participantes en un mercado*”. Finalmente, el CDSC agrega algunas consideraciones sobre las condiciones de rivalidad, ya que de ellas depende la verdadera existencia de competencia: “*Se dice que la rivalidad es efectiva cuando los agentes económicos competidores son económicamente capaces de sostener conductas agresivas para mantener o aumentar sus participaciones en el mercado*”.

pueda entrar en el mercado en forma inminente, con la suficiente fuerza para influir en la estrategia competitiva de los demás agentes económicos.⁵⁶²

No obstante ello, aunque la SC parece inclinarse por un concepto de competidor que solamente se extiende al competidor potencial con capacidad real para disciplinar a los agentes que ya se encuentran operando, en materia de acuerdos colusivos, dado que la competencia potencial debe abordarse desde una dimensión que gira en torno al factor temporal, los acuerdos colusivos deberán prohibirse con cualquier competidor potencial, es decir con cualquier competidor futuro, puesto que se trata de acuerdos dirigidos a la eliminación de la competencia a corto, mediano o largo plazo.

Los acuerdos horizontales con competidores potenciales solo pueden ser pactos colusivos celebrados a futuro, ya que el competidor potencial aun no se encuentra operando en el mercado relevante. Se trata de acuerdos dirigidos a concluir que una vez el agente económico se instale en el mercado, éste no competirá con él o con los agentes instalados, limitando, restringiendo o eliminando la competencia futura.

Por lo tanto, si bien el daño puede ser más tangible en casos de pactos con competidores potenciales inminentes, concluimos que los acuerdos colusivos horizontales y especialmente los cárteles de núcleo duro, no pueden permitirse en ningún caso y deben prohibirse con cualquier competidor potencial, con el propósito de impedir que los agentes que pudieran entrar en el mercado a futuro, lo hagan sin el ánimo de rivalizar con los operadores existentes, ya que esta situación suprimiría la existencia de competencia y el efecto disciplinador que ésta debe ejercer.

⁵⁶² Además de todo el debate que se dio precisamente en torno a este tema, en el proceso en contra de Microsoft por abuso de posición de dominio, tanto en los EE.UU. como en la Unión Europea, un sector de la doctrina considera que la competencia potencial con la capacidad para ejercer presión competitiva es la que puede entrar en el mismo mercado a corto plazo y sin muchos costos, ya que de otra forma, sólo constituye presión competitiva a largo plazo. Sobre este tema puede consultarse la referencia que incluye, POSNER, R., *Análisis Económico del Derecho*, traducido por Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 289 y 290, quien explica que la colusión es un fenómeno generalmente de corto plazo, por lo que el periodo examinado debe limitarse a supuestos de competencia potencial, que puede entrar rápidamente en el mercado, puesto que solo ésta tiene la capacidad para ejercer presión competitiva. En la misma dirección, KWOKA, J., *Eliminating Potential Competition*, working paper de Northeastern University (en www.economics.neu.edu/papers/documents/05-007.pdf), donde este renombrado profesor de economía inicia su ensayo explicando que la competencia potencial efectiva, es aquella cuya entrada en el mercado resulta inmediata, probable y suficiente para restaurar la competencia. En sentido muy similar, BUSH, D. and MASSA, S., *op. cit.*, p. 1040, quienes definitivamente consideran que la entrada potencial solo despliega sus efectos disciplinadores, si la entrada es libre, rápida y poco costosa.

33. Concepto de acuerdo entre competidores que se desprende de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia

Una vez examinados los aspectos anteriores, es necesario precisar cuál es el concepto de competidor que nuestro sistema de defensa de la competencia parece haber adoptado. Al inicio de este capítulo, establecimos que el texto del artículo 25 LC, prohíbe las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores, independientemente de su modalidad de manifestación. No obstante ello, el análisis de la terminología empleada en el título del capítulo correspondiente, así como en el literal a) de este artículo, nos permiten concluir que se trata de una prohibición concretamente dirigida a las conductas bilaterales o multilaterales que sean constitutivas de cualquier modalidad de acuerdo, entre agentes económicos que tengan el carácter de competidores.

En resumen, si bien en el apartado 24 del capítulo anterior, establecimos que la determinación clara del concepto de acuerdo resulta fundamental para el establecimiento de una práctica prohibida por el artículo 25 LC y si bien en el apartado anterior examinamos el concepto de competidor, consideramos que es necesario concretar el concepto de “acuerdos entre competidores” adoptado por nuestra normativa y por la Superintendencia de Competencia.

En un primer término, cabe mencionar que anteriormente indicamos que el glosario elaborado por la SC, establece que se consideran acuerdos horizontales aquellos “arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí”, por lo que además de reconocer una gran libertad de formas, la condición de competidor es determinante.⁵⁶³ En forma complementaria, en un manual informativo denominado “Aprendamos sobre Competencia”, la SC manifiesta que los acuerdos horizontales “son acuerdos entre competidores con el fin de eliminar la competencia”.⁵⁶⁴

En un segundo término, es necesario recordar que el CDSC ha manifestado que se consideran competidores todos los agentes que participan en un mercado determi-

⁵⁶³ Vid. la voz n. 2 del Glosario de Términos, donde se establece que los acuerdos horizontales son los “arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí, que se unen, para entre otros, acordar precios, cantidades, división de zonas geográficas y licitaciones o concursos, limitando, restringiendo o impidiendo la competencia. También son llamadas conductas horizontales o absolutas”.

⁵⁶⁴ Vid. *Aprendamos sobre competencia*, Superintendencia de Competencia, San Salvador, 2009, p. 24, donde la SC define los acuerdos horizontales tal como se transcribe textualmente.

nado, así como los que pueden entrar en forma inminente, siempre y cuando se trate de agentes económicos que luchan entre sí por arrebatar el mercado.⁵⁶⁵

Estas definiciones adoptadas por la autoridad de competencia nacional, encuentran su fundamento en un amplio sector de la doctrina que sostiene que en materia de derecho de la competencia, el concepto de acuerdo debe entenderse en términos muy amplios y poco formalistas. Pueden encajar en el concepto de acuerdo prohibido por la normativa de defensa de la competencia, todas aquellas conductas que sean el fruto de algún tipo de contrato, arreglo, pacto, concierto, colusión, decisión o de distintas formas de colaboración entre 2 o más voluntades independientes, que tengan por objeto o efecto la limitación de la competencia entre agentes económicos.⁵⁶⁶

En forma complementaria, el Formulario-guía para Presentar una Denuncia de Prácticas Anticompetitivas, elaborado por la Superintendencia de Competencia se establece dos requisitos que deben comprobarse para concluir que existe un acuerdo entre competidores ilícito: debe comprobarse la condición de competidores entre los participantes y debe tratarse de una de las prácticas tipificadas en el artículo 25 LC.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ Vid. resoluciones finales del CDSC SC-012-S/C/R-2007, SC-016-S/C/R-2008, SC-008-O/PA/R-2007 y SC-016-S/C/R-2011.

⁵⁶⁶ Hemos de recordar que en el Capítulo IV de nuestro estudio, indicamos que en materia de defensa de la competencia, se reconoce que los “acuerdos” pueden adoptar una gran variedad de modalidades y formas de manifestación. Sobre este tema, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 316, manifiesta que en materia de prácticas para suprimir la competencia, la concurrencia de voluntades o de entendimientos, se juzga con criterios muy poco formalistas, puesto que no tiene mayor trascendencia la naturaleza del entendimiento a través del cual se haya producido la coordinación. Por su parte, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil, cit.*, p. 234, manifiesta que el concepto de acuerdo incluye todos los pactos escritos o verbales a través de los cuales los operadores económicos coordinan sus comportamientos para falsear la competencia. En sentido similar, GALÁN CORONA, E., “Prohibición de Prácticas Colusorias (I): visión general”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *op. cit.*, pp. 178 y 185, señala que los acuerdos anticompetitivos pueden revestir cualquier forma, siempre y cuando concurren por lo menos dos voluntades reales y diferenciadas. En la doctrina anglosajona, SCHERER, F.M. and ROSS, D., *op. cit.*, p. 236, manifiestan que la variedad de arreglos colusivos solo depende de la imaginación humana. Por su parte, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 265, manifiestan que el concepto de acuerdo incluye los comportamientos expresos, los contratos vinculantes u otras modalidades menos formales para convenir, así como también los comportamientos tácitos que resultan en una equiparación del comportamiento. En sentido similar, KAPLOW, L., and SHAPIRO, C., “Chapter 15: Antitrust”, in *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, coordinado por A. Mitchell Polinsky y Steve Shavell, North Holland, 1ª edición, Oxford, 2007, pp. 1121 y ss., también indican que el concepto de acuerdo en el derecho de la competencia es muy poco formalista.

⁵⁶⁷ Vid. el Formulario-guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en agosto 2009), en cuya p. 9, se establece que para determinar la ilegalidad de los acuerdos entre competidores deben comprobarse dos elementos: que los agentes económicos participantes sean competidores entre sí, y que hayan incurrido en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 25 de la ley.

En “Los Puestos de Bolsa”, en “Las Harineras”, en “Servicios Portuarios” y en “Las Telefónicas”, no consta ninguna referencia a este aspecto. Sin embargo, en el caso de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC manifestó que prácticamente todas las formas de entendimiento a través de las cuales los agentes económicos suprimen la competencia pueden recaer dentro de la prohibición, ya que a efectos de la defensa de la competencia, deben entenderse prohibidas todas las modalidades de concertación voluntaria, a través de las cuales los agentes económicos abandonan sus estrategias unilaterales, para fijar líneas de conducta conjuntas.⁵⁶⁸

Vista la amplitud de este concepto, entre los ejemplos más significativos, podemos mencionar que se entienden incluidas en la prohibición del Art. 25 LC, todas las formas de contratos y pactos bilaterales o multilaterales, a través de los cuales los agentes económicos combinan sus voluntades, como los cárteles, pero también de modalidades de conductas que no se encuentran expresamente prohibidas, como las decisiones y recomendaciones de asociaciones empresariales o las prácticas concertadas.

Al igual que la doctrina examinada, el concepto de competidor que retoma la autoridad de competencia salvadoreña ha sido establecido en términos amplios y muy generales, con el propósito de incluir todas las modalidades subjetivas de participación en el mercado, resaltando que debe tratarse de agentes económicos que rivalizan en el mercado porque producen o pueden producir bienes y servicios sustituibles entre sí, de tal forma que –si todas las demás condiciones permanecen constantes- los competidores sólo pueden incrementar sus cuotas de mercado en perjuicio de la cuota de los demás.⁵⁶⁹

Por lo tanto, a pesar de la existencia de escasos pronunciamientos de la SC, sobre el tema, podemos concluir que al momento de aplicar la LC, estaremos en presencia de una práctica colusiva entre competidores o de un acuerdo horizontal, cuando agentes económicos independientes entre sí, cuya posibilidad de conquistar una cuota de mercado determinada esté condicionada por la posibilidad que tienen los demás agentes económicos por conquistar esa misma demanda, realicen cualquier tipo de conducta que restrinja, limite o elimine voluntariamente la competencia entre ellos.

⁵⁶⁸ En la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, asunto “Las Agencias de Viaje”, el CDSC consideró que “una infracción a la disposición comentada se materializa por medio de una coordinación voluntaria, intencional y bajo cualquier modalidad, escrita, oral, etc., de dos o más agentes económicos que participan en un mismo nivel de la cadena de valor para establecer los precios del producto o servicio en el que compiten o para configurar un método para calcularlos”.

⁵⁶⁹ Vid. nuestros comentarios y la bibliografía citada en la nota 543.

34. Modalidades de acuerdos entre competidores expresamente prohibidos

En virtud de la doble configuración del artículo bajo examen, en este apartado hemos considerado necesario complementar las reflexiones expresadas en el capítulo anterior, con algunas referencias a las modalidades de acuerdos horizontales expresamente prohibidas por el artículo 25 LC. Debe también señalarse, que si bien en el Capítulo IV indicamos que la Ley de Competencia ha adoptado un sistema de tipificación abierta y si bien también concluimos que dicha tipificación, parte de un reconocimiento que los acuerdos anticompetitivos pueden manifestarse de muchas formas, también debemos mencionar que esta disposición incluye un listado de algunos ejemplos de conductas prohibidas.

Hemos de precisar que nuestro objetivo, no es hacer un análisis pormenorizado de cada una de las 4 conductas expresamente enumeradas por la LC, ya que sobre las mismas existen extensos y calificados estudios cuyo examen detallado trasciende los fines de este trabajo. Sin embargo, una investigación sobre el tratamiento de las prácticas colusivas que hace la LC, no estaría completa sin una referencia a las conductas explícitamente prohibidas, con la finalidad de analizar esta opción del legislador.

Aunque la ley no lo mencione, las conductas horizontales expresamente prohibidas por el artículo 25 constituyen manifestaciones de diversas tipologías de acuerdos entre competidores conocidos como cárteles.⁵⁷⁰ Bajo esta denominación se conocen las prácticas más frecuentemente prohibidas, más activamente perseguidas y más duramente sancionadas, en la mayor parte de legislaciones de defensa de la competencia, porque constituyen las modalidades de acuerdos más dañinas.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ Al respecto, puede consultarse el ensayo de la ex Superintendente de Competencia salvadoreña, Celine Escolán Suay, denominado “Técnicas para la Investigación de Cárteles I”, Ensayos sobre Competencia, Art. 03-06, en el cual la funcionaria manifiesta que los acuerdos de fijación de precios o aquellos relativos a la producción y calidad de los productos, adoptados conjuntamente entre varios competidores, constituyen prácticas conocidas como cárteles y que las mismas tienen la capacidad para dañar más a la competencia y a los consumidores que otras prácticas anticompetitivas, perseguidas por la legislación de competencia (en www.sc.gob.sv, consultada el 10 de agosto 2009).

⁵⁷¹ En el modelo europeo, *vid.* KROES, N., Enforcement of Prohibition of Cartels in Europe, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings (en [www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)200610-COMPed-Kroes.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)200610-COMPed-Kroes.pdf)), quien manifiesta que los cárteles afectan la esencia misma de las actividades económicas, por lo que deben ser duramente castigados, con el propósito de superar los beneficios que los agentes económicos derivan de su realización. En el modelo anglosajón, el informe de la Comisión para la Modernización del Derecho Antitrust, de mayo 2007, pp. 293 y ss., (en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm, consultada en junio 2008), la AMC concluye que la División de Defensa de la Competencia del Departamento de Justicia considera que la disuasión, detección y persecución de los cárteles constituye su prioridad, ya que el Congreso de ese país ha reconocido la gravedad de estas conductas para la economía, concretándose en la imposición de multas y penas de prisión más duras.

Los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción, de reparto de mercado y las licitaciones colusorias realizadas entre competidores representan las cuatro tipologías más comunes y más dañinas de acuerdos colusivos ente competidores, clasificadas como cárteles de núcleo duro,⁵⁷² porque constituyen acuerdos directos para eliminar la competencia, que no tienen algún efecto económico redimible.⁵⁷³

Esta opción del legislador salvadoreño refleja la importancia que la prohibición de estas conductas tiene en nuestro sistema de defensa de la competencia, ya que el cártel es considerado la manifestación más emblemática y más dañina de las prácticas entre competidores prohibidas,⁵⁷⁴ porque constituye un acuerdo directo para eliminar la rivalidad entre operadores económicos.⁵⁷⁵ Sin embargo, no podemos

⁵⁷² Solo el literal a) del artículo en referencia, señala expresamente que se trata de comportamientos que requieren un acuerdo, sin embargo, por la naturaleza misma de las prácticas, las restantes conductas prohibidas únicamente pueden llevarse a cabo a través de conciertos de voluntad o acuerdos. Sobre este aspecto de la Ley de Competencia salvadoreña, *vid.* Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de octubre 2008), p. 12, donde se ha apuntado que este artículo prohíbe todos los acuerdos horizontales anticompetitivos, pero en forma expresa se describen las cuatro conductas tradicionales de un cártel. *Vid.* en sentido similar, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, p. 24, donde la UNCTAD apunta que las conductas idénticas a las prohibiciones del artículo 25 LC, constituyen las prácticas contrarias a la competencia más comunes que puedan dar lugar a una investigación.

⁵⁷³ *Vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, *cit.*, p. 9, donde se establece que las figuras prohibidas en el artículo relativo a las prácticas entre competidores, son prohibidas *per se*. Es decir que no existe margen de discrecionalidad para apreciar sus efectos en la competencia, porque siempre son prohibidas por ser siempre anticompetitivas. En sentido similar, RIVERA, E. y SCHATAN, C., *op. cit.*, p. 27, manifiestan que en el caso de El Salvador, la tipificación de las prácticas anticompetitivas entre competidores es asimilable a las prácticas monopolísticas absolutas, es decir a aquéllas que son prohibidas por su misma naturaleza.

⁵⁷⁴ Sobre este tema, puede consultarse ESCOLÁN SUAY, C., “Cárteles: la amenaza al libre mercado”, Ensayos sobre Competencia, Art. 01-08 (en www.sc.gob.sv, consultada el 10 de agosto de 2009), en el cual la ex Superintendente de Competencia de El Salvador manifestó que, al igual que las legislaciones de muchas partes del mundo, los cárteles son considerados como una infracción de particular gravedad, porque producen daño a los consumidores, sin producir ningún efecto económico positivo. Por su parte, un expositor de la escuela económica de Chicago, BORK, R.H., *op. cit.*, p. 263, explica que la prohibición de los cárteles se encuentra al centro de las políticas de defensa de la competencia, ya que alguna de las reglas más antiguas y más valiosas establecen que es ilegal que los competidores lleven a cabo acuerdos para eliminar la rivalidad, especialmente cuando se trata de acuerdos llanamente *–naked restraints–* anticompetitivos, porque no tienen ningún efecto económico redimible.

⁵⁷⁵ El concepto económico de cártel no es unívoco, pero se enfoca en el perjuicio económico producido. Algunos sectores de la doctrina especializada definen un cártel como una organización de agentes económicos que coordinan sus estrategias con el fin de elevar los precios o restringir la producción.

dejar de hacer notar que en virtud de la prohibición generalizada que existe a nivel global de los acuerdos para suprimir o limitar la rivalidad entre agentes económicos que tienen el carácter de competidores, la detección de estas conductas se ha vuelto cada día más difícil, puesto que se trata de prácticas que revisten actualmente la forma de un acuerdo secreto de difícil comprobación.⁵⁷⁶

En el modelo europeo, el artículo 81.1 del TCE establece un sistema de prohibición abierto, ampliado por la vía de la jurisprudencia, pero también enumera expresamente los acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción y de reparto de mercado.⁵⁷⁷ En el modelo anglosajón, el alcance material de la Ley

Otros, explican que existe un cártel cuando existe un grupo de vendedores de un producto que se unen para controlar su producción, ventas o precios, con el propósito de obtener rentas monopólicas. Por todos, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 121, ofrecen una definición muy básica e indican que un grupo de agentes económicos que coordinan sus actividades expresamente, constituyen un cártel. Por su parte, SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *op. cit.*, p. 184, agregan algunos elementos, por cuanto señalan que un cártel puede definirse como una organización de empresas independientes que producen bienes similares y que trabajan conjuntamente para elevar los precios y restringir la producción. En sentido muy parecido, *vid.* JACQUEMIN, A. and SLADE, M.E., “Cartels, Collusion, and Horizontal Mergers” en SCHMALENSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I., North-Holland, 1989, p. 424, quienes consideran que un cártel se forma cuando un grupo de operadores independientes unen sus fuerzas para tomar decisiones conjuntas sobre precios y producción. En la misma dirección, *vid.* BAUMOL, W.J. and BLINDER, A.S., *Economics, Principles and Policy*, Harcourt Brace Jovanovich International edition, 2nd edition, 1982, p. 487 y STIGLITZ, J.E. and WALSH, C.E., *op. cit.*, p. 253, quienes explican que los cárteles son acuerdos entre competidores para controlar los precios y producción, de tal forma que actúan como si fueran un solo agente, para luego repartirse los beneficios.

⁵⁷⁶ Jurídicamente, la doctrina retoma los elementos básicos de la definición económica, pero con énfasis en el actuar antijurídico. Se entiende que existe un cártel, cuando se lleva a cabo un acuerdo entre agentes económicos competidores entre sí, con el objeto de restringir o eliminar la competencia. Al respecto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 320, quien, a partir de los elementos más básicos, explica que los acuerdos o entendimientos entre empresas que se dedican a la misma actividad, y cuyo objeto es restringir la competencia mutua, se denomina cártel. En la misma dirección, pero enfatizando el carácter generalmente secreto de estos acuerdos, *vid.* ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., *op. cit.*, p. 230, quienes explican que los cárteles son acuerdos horizontales secretos, cuyo objeto es suprimir la competencia entre los principales agentes económicos de un determinado mercado, para incrementar artificialmente los precios y restringir la producción. En sentido similar, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 165, explican que la preocupación clásica del derecho de competencia se enfoca en prevenir que las empresas que deben competir entre sí, se unan para alcanzar provechos monopólicos, aunque en la actualidad la recolección de elementos probatorios se vuelve difícil, ya que los operadores económicos utilizan canales siempre más secretos para llevar a cabo sus acuerdos. Por su parte, HYLTON, K., *op. cit.*, p. 68, también explica que un cártel es un grupo de empresas que tratan de aumentar sus provechos a través de la celebración de acuerdos para limitar la competencia en precios y producción.

⁵⁷⁷ En el modelo europeo, el Art. 81.1 de TCE. también recoge prohibiciones idénticas a tres de los cuatro ejemplos de prácticas prohibidas por el artículo 25 LC: “Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan

Sherman es muy amplio, puesto que prohíbe cualquier restricción a la competencia. Las modalidades concretamente prohibidas han sido progresivamente incorporadas por la vía de la jurisprudencia de las cortes de ese país.⁵⁷⁸

En las normas de defensa de la competencia de Iberoamérica, encontramos que Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay prohíben los mismos cuatro tipos de acuerdos prohibidos por la Ley salvadoreña:⁵⁷⁹ los acuerdos de fijación de precios, de reparto de mercado, de limitación de la producción y las licitaciones colusorias. Chile, España

por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento”.

⁵⁷⁸ Al respecto, puede consultarse la recopilación jurisprudencial mencionada en ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 78 y ss., donde se cita la jurisprudencia proveída por la Corte Suprema de los EE.UU. y por algunas cortes inferiores, a través de la cual se han ido incorporando las distintas prácticas anticompetitivas prohibidas, iniciando con todas las variedades de cárteles de fijación de precios y repartos de mercado. Para acuerdos de fijación de precios puede consultarse *Trenton Potteries Co., v. United States* 273 US 392 (1927). Para casos de limitaciones de la producción, *vid. United States v. American Linseed Oil Co.*, 262 US 371 (1923). Para repartos territoriales de mercados, puede consultarse *United States v. Sealy, Inc.*, 388 US 350 (1967). En el caso de las licitaciones colusorias, la jurisprudencia más relevante se encuentra en pronunciamientos de las Cortes de Segunda Instancia, v.gr. *United States v. Gosslein Work Wide Moving, N.V* 411 F.3d 502, 508 (4th Circ. 2005).

⁵⁷⁹ En Iberoamérica, encontramos prohibiciones similares o idénticas a los ejemplos de prácticas entre competidores prohibidas por nuestra Ley de Competencia, sin perjuicio de advertir también que estas legislaciones incluyen otras conductas en sus listados de prácticas prohibidas. A título de ejemplo, *vid.* Art. 11/ a), b), c) y d) de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 1995; el cual en lo pertinente prohíbe: “a) fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto; b) establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación en número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitadas de servicios; c) dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables; d) establecer, concertar o coordinar las ofertas o abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas”. En sentido similar, *vid.* Art. 2/ a), b), c) y d) de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999; Art. 21/I, III y VIII de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 6 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 9/I, II, III y IV de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 5/a), b), c) y d) de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 13 Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; numeral 11.2 del Art. 11 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; literales a), b), c) y d) del Art. 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; y, Art. 4/ a), b), e), y h) de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; en los que se prohíben las mismas 4 conductas expresamente recogidas en el artículo 25 LC.

y Venezuela, prohíben los tres primeros, pero su legislación no prohíbe explícitamente las licitaciones colusorias, puesto que pueden enmarcarse en un acuerdo de fijación de precios.⁵⁸⁰

Los organismos internacionales más autorizados que se dedican al estudio del derecho de la competencia coinciden en señalar que es difícil alcanzar una definición uniforme de este concepto, pero para efectos operativos, en su acepción más sencilla, la Red Internacional de Competencia – ICN- considera que un cártel puede definirse como un acuerdo entre competidores para eliminar la competencia. Este organismo también agrega que las modalidades prohibidas por el artículo 25 LC constituyen sus manifestaciones más emblemáticas.⁵⁸¹

A partir de elementos comunes a muchas legislaciones, la OCDE también ha trabajado en la elaboración de una definición uniforme de cárteles de núcleo duro, en los términos siguientes: “un cártel de núcleo duro es un acuerdo anticompetitivo, una práctica concertada anticompetitiva o cualquier tipo de entendimiento entre competidores para fijar precios, repartirse las licitaciones, limitar la producción o para compartir o dividir el mercado, a través de un reparto de clientes, proveedores, territorio o actividades”.⁵⁸²

La Comisión Europea ha manifestado que los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores, cuyo objeto consiste en coordinar su comportamiento con el objeto de eliminar la competencia mutua, a través de conductas como la fijación de precios, el reparto de mercados, las licitaciones colusorias y las

⁵⁸⁰ En estas leyes, las licitaciones colusorias no se encuentran expresamente enumeradas entre las conductas prohibidas. Al respecto, *vid.* Art. 3/a de la Ley de Competencia de Chile de 2005; Art. 1/ a), b) y c) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; y, en Venezuela, el Art. 10/1, 2, 3 y 5 de la Ley de Competencia de 1991. No obstante ello, precisamos que la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España reconoce en su disposición adicional cuarta, que las “pujas fraudulentas” son un ejemplo de conducta horizontal constitutiva de un cártel.

⁵⁸¹ En *Defining Hard Core Cartel Conduct*, *cit.* p. 9, el International Cartel Network indica que sus investigaciones les han permitido concluir que existe un concepto básico de cártel, que reúne un alto nivel de unanimidad y que puede resumirse como “todo acuerdo entre agentes económicos para no competir entre sí” (traducción nuestra).

⁵⁸² *Vid.* OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 1998, donde en el texto original en inglés se ha establecido que “a hard core cartel is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restriction or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce”. Respecto de esta definición de la OCDE, puede consultarse ICN, *Defining Hard Core Cartel Conduct*, *cit.*, p. 11, donde se señala que se trata de una definición que ha recibido una amplia aceptación en la mayoría de países.

restricciones de las importaciones y exportaciones, así como todo tipo de conducta coordinada con el propósito de perjudicar a otro competidor.⁵⁸³

En el derecho comparado utilizado como referencia a lo largo de este estudio, sólo la Ley de Defensa de la Competencia española, Ley 15/2007 del 3 de julio, establece que se considera que constituye un cártel: “*todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.*”⁵⁸⁴

Más allá que la utilidad práctica que pueda tener la determinación de una definición en un país que aplica la normativa de defensa de la competencia por primera vez, puesto que aporta claridad sobre las conductas que pueden ser sancionadas, la importancia de los cárteles radica en que se trata de conductas intrínsecamente anticompetitivas, puesto que no tienen otra finalidad más que la eliminación de la competencia entre operadores económicos.

Tal como indicamos al inicio, varios expertos en el tema, como la Comisionada Europea para la Defensa de la Competencia y la Comisión para la Modernización del Derecho Antitrust en los EE.UU. explican que estas conductas deben ser duramente perseguidas, puesto que además de constituir las prácticas anticompetitivas más dañinas para el mercado, no tienen ningún efecto económico redimible.⁵⁸⁵

De la lectura del articulado de la Ley de Competencia, podemos concluir que esta misma postura ha sido recogida por el legislador salvadoreño y aplicada por la Superintendencia de Competencia, puesto que tal como se abordará con mayor detalle en el apartado 36.1 de este capítulo, los cárteles prohibidos por la Ley, se consideran intrínsecamente anticompetitivos,⁵⁸⁶ no requieren un análisis de sus

⁵⁸³ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, (2006/ C 298/11), publicada en el DOCE C 298, del 8 de diciembre de 2006, en cuya introducción se establece que “*los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores*”.

⁵⁸⁴ Vid. Ley 15/2007, disposiciones adicionales: “*Disposición adicional cuarta. Definiciones...2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*”.

⁵⁸⁵ Vid. nota 573 de este mismo capítulo.

⁵⁸⁶ Sobre este aspecto de la legislación nacional, puede consultarse, ESCOLÁN SUAY C., “*Técnicas para la Investigación de Cárteles II*” Ensayos sobre Competencia, Art. 04-06, (en www.sc.gob.sv,

efectos, ni siquiera es necesario que el acuerdo se haya ejecutado y, además, se trata de conductas que no admiten condicionantes, ni excepciones.⁵⁸⁷ En virtud de estas consideraciones, la Ley de Competencia hace un tratamiento común de estas cuatro conductas, prohibiéndolas en forma absoluta o intrínseca.

En los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia, no se han desarrollado los aspectos particulares de los distintos tipos de acuerdos que el artículo 25 LC enumera, enfocándose más bien en los aspectos generales del tipo. Sin embargo, hemos de aclarar que la casuística no es muy abundante, puesto que hasta la fecha de conclusión de este estudio, la Superintendencia ha sancionado únicamente cinco manifestaciones de cárteles entre operadores económicos competidores.

En el primero de los casos resueltos por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia- el cártel de “Los Puestos de Bolsa”- la autoridad de competencia conoció y sancionó un acuerdo de fijación de precios, prohibido por el literal a) de la LC, de poco impacto, que los estudios denominan cártel ingenuo, porque en la práctica sus miembros no tenían conocimiento ni la intención de cometer una conducta anticompetitiva.⁵⁸⁸

consultada el 20 de mayo de 2009), en el cual la primera Superintendente de Competencia de El Salvador manifestó que cuando los agentes económicos son investigados por la realización de un cártel o práctica absoluta, no pueden defenderlas con objetivos valiosos ni presentar argumentos atenuantes. En forma complementaria, *vid.* el inciso primero del artículo 39 LC, en el que textualmente se señala: “Durante los trámites de la instrucción del procedimiento para la investigación de las prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el artículo 25 de esta ley, el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga”.

⁵⁸⁷ *Vid.* cártel de “Los Puestos de Bolsa”, SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007 y SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, en el caso de “Las Agencias de Viaje”, donde el CDSC claramente adopta esta postura, al señalar que ni la falta de efectos o de ejecución del acuerdo, constituyen defensas sobre la ilicitud de un acuerdo prohibido por el artículo 25 de la Ley. Este criterio ha sido mantenido en los casos más recientes: SC-031-D/PS/R-2010 Y SC-017-O/PS/R-2010.

⁵⁸⁸ Sobre este tema no existe mucha literatura. Sin embargo, en dos estudios que hemos utilizado para los fines de este estudio, se menciona que el cártel ingenuo es un acuerdo anticompetitivo en el que sus participantes no tienen conocimiento de estar infringiendo la normativa de competencia. Se trata de una práctica que se da mayormente en los países con poca experiencia en la aplicación de la normativa de competencia. Al respecto puede consultarse, el documento del BID y la OCDE, Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, *Examen Inter-pares*, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de octubre 2008), p. 8, en el cual se explica que la primera conducta sancionada en este país fue constitutiva de un cártel ingenuo, puesto que se trató de un acuerdo en el cual los participantes no tuvieron conocimiento o intención de infringir la LC. En la Síntesis de las Investigaciones de Cárteles recientes que se han hecho públicas, elaborada en el marco de la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, celebrada en Antalya (Turquía) en noviembre de 2005 (en www.unctad.org/sp/docs/tdrbconf6d4_sp.pdf), donde se explica que en países con poca

El segundo cártel sancionado por el CDSC – el cártel de “Las Harineras”, fue constitutivo de un acuerdo de núcleo duro, por cuanto se trató de una concertación formal y elaborada, celebrada entre dos agentes económicos, con el fin de eliminar la competencia mutua. Este acuerdo de reparto del mercado, prohibido por el literal d) del artículo 25 LC, produjo un aumento artificial y sostenido de los precios de la harina de trigo, por encima de su nivel competitivo, con el resultante perjuicio directo a todos los consumidores de pan en el país.

En el tercer caso, la SC conoció de un caso en contra de varias agencias de viaje, denunciadas por prácticas constitutivas de una licitación colusoria en la venta de boletos aéreos al Gobierno. Este cártel prohibido por el literal c) del artículo 25 LC, incrementó los precios que el Gobierno tuvo que pagar en varias licitaciones para la compra de boletos de avión para los viajes oficiales y dado que fue el primer caso por esta modalidad de colusión, en la resolución final de este caso, el CDSC sí abordó con mayor detalle los aspectos inherentes a las licitaciones colusorias.

En el primero de los dos casos de cárteles más recientemente sancionado, el CDSC penalizó a dos prestadores de servicios portuarios en el puerto de Acajutla, por haber cometido la práctica descrita en el literal c) del artículo 25 de la LC, incidiendo negativamente en la libertad de elección del Estado en las licitaciones, en la eficiente asignación de los recursos públicos y en los demás competidores, pero no abordó el tema con el nivel de detalle que utilizó en el caso de “las Agencias de Viaje” y en el segundo, a un grupo de operadores de servicios de telefonía en un caso con muchas similitudes con el primero.

En el caso de “Los Puestos de Bolsa”, el CDSC sancionó a 7 operadores económicos, por una infracción del artículo 25 de la LC, aunque de las declaraciones de los miembros del cártel rendidas durante la investigación, se hizo patente que éstos no tenían intención o conocimiento de estar infringiendo la Ley de Competencia.⁵⁸⁹ En ese momento la SC consideró que no existía intencionalidad de infringir la Ley, ya que dicha autoridad contralora tuvo conocimiento del acuerdo e inició la investi-

experiencia con la normativa de competencia se detectan casos de cárteles en los que los miembros del cártel obran ingenuamente, puesto que no existe una cultura de defensa de la competencia.

⁵⁸⁹ *Vid.* la resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, en cuyo romano VII constan los argumentos de defensa de los sujetos investigados, quienes –entre otras cuestiones– argumentaron que su comportamiento obedecía a un mecanismo de defensa gremial, que no tuvo por objeto ni efecto, restringir la libertad de competencia. Sin embargo, en las consideraciones del CDSC que constan en el romano VIII, literal C, se desestimaron estos argumentos porque la Ley de Competencia no tiene causales de exclusión que permitan dejar de sancionar comportamientos que sean constitutivos de una infracción al artículo 25 LC.

gación de oficio, con base en una publicación que apareció en uno de los principales periódicos del país, a finales de 2006. Los miembros del cártel publicaron un anuncio en el que dieron a conocer el establecimiento de una comisión o tarifa común, que resultó ser constitutiva de un acuerdo de fijación de precios, prohibido por el literal a) del artículo 25 LC.⁵⁹⁰ El caso de “Las Telefónicas” fue una reproducción casi idéntica de la conducta sancionada en “Los Puestos de Bolsa”, con la diferencia que los agentes no pertenecían a una gremial y que este acuerdo no pudo ser tildado de cartel ingenuo ya que habían transcurrido prácticamente 5 años desde la entrada en vigencia de la LC y muchos casos, entre ellos el de los operadores bursátiles, han recibido bastante atención de la población.

En materia de carteles ingenuos, algunos estudios comparativos realizados por organismos económicos internacionales especializados como la OCDE y la UNCTAD, señalan que los mismos suelen ocurrir en países en vías de desarrollo con poca experiencia en la aplicación de leyes de defensa de la competencia.⁵⁹¹ Ambas instituciones apuntan que, si bien estas conductas no pueden dejar de sancionarse, no deben penalizarse con demasiada severidad, tal como se hizo en el caso de “Los Puestos de Bolsa”, en el cual el CDSC impuso una multa inferior al 1% de la multa impuesta en el cártel de “Las Harineras”.⁵⁹²

⁵⁹⁰ En *La Prensa Gráfica* de fechas 11, 12 y 13 de diciembre de 2006, apareció un anuncio publicado por la Asociación de Puestos de Bolsa de El Salvador (PDBESA), en el cual GRACONSA, S.A., LAFISE AGROBOLSA DE EL SALVADOR, S.A., SERVICIOS BURSÁTILES SALVADOREÑOS, S.A., LATINTRADE, S.A., NEAGRO, S.A. e INTERPRODUCTOS, S.A., hicieron del conocimiento del público en general, que habían acordado el establecimiento de una comisión mínima común.

⁵⁹¹ Para comentarios sobre este caso en particular, *vid.* Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de octubre 2008), p. 8, donde se precisa que en los primeros 30 meses de funcionamiento del sistema de defensa de la competencia salvadoreño, el único caso de prácticas horizontales sancionado por las autoridades salvadoreñas, fue constitutivo de un cártel ingenuo, puesto que se trató de un acuerdo en el cual con mucha probabilidad, los participantes no tuvieron consciencia que su comportamiento era ilícito. De forma más general, *vid.* también la Síntesis de las Investigaciones de Cárteles recientes que se han hecho públicas, elaborada en el marco de la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, celebrada en Antalya (Turquía) en noviembre de 2005 (en www.unctad.org/sp/docs/tldrbcnf6d4_sp.pdf), donde a partir de un estudio global sobre casos de cárteles se apunta que en los países con poca experiencia en la aplicación de disposiciones en contra de cárteles, la gama de sanciones es muy variada y que una de las situaciones que puede contribuir a esta a diversidad es que los miembros del cártel hayan obrado ingenuamente, puesto que esta forma de práctica concertada es corriente en los países en desarrollo o en países que no se han dedicado activamente a sancionar las conductas anticompetitivas.

⁵⁹² *Vid.* numeral IX) de la resolución SC-001-O/PA/R-2007, del 18 de octubre de 2007, donde en el caso del cártel ingenuo, el CDSC aplicó a cada participante, una multa de \$5,112, mientras que en el cártel de “Las Harineras”, se aplicaron multas que alcanzaron un promedio de \$ 2,000,000.

En esta resolución, la agencia contralora no hizo referencia a los elementos propios del acuerdo de fijación de precios, ni al daño concreto que esta conducta produce. Tampoco expresó que se trataba de una conducta constitutiva de un cártel, simplemente hizo énfasis en que se trata de una conducta llanamente ilegal, por cuanto está prohibida sin excepción por el artículo 25 LC.⁵⁹³

En el caso de “Las Harineras”, la autoridad de competencia abrió de oficio el procedimiento, para investigar la existencia de prácticas constitutivas de fijación de precios, limitación de la producción y división del mercado, entre los dos únicos competidores en el mercado nacional de la producción de harina de trigo. Sin embargo, aunque la multa ha sido la más alta impuesta en los primeros 7 años de funcionamiento, durante el procedimiento, sólo se sancionó por una de las tres prácticas investigadas, porque la SC solo pudo probar el acuerdo de reparto del mercado de la harina de trigo.

Se demostró que los agentes encausados habían establecido un elaborado sistema de intercambio de información y de medidas compensatorias, que les permitieron garantizar la efectividad del acuerdo para conservar las respectivas cuotas de mercado pactadas, por lo que si bien la resolución del CDSC no lo menciona, la capacidad intrínseca del acuerdo para limitar la competencia y la sofisticación de los mecanismos empleados para ejecutarlo, permiten clasificarlo entre los cárteles más dañinos o cárteles de núcleo duro.

En este caso, la SC tampoco profundizó en las consideraciones relativas a los elementos de las prácticas investigadas. Los criterios para sancionar, se basaron en consideraciones generales relativas a los acuerdos entre competidores. En el texto de la resolución, el CDSC utilizó el término cártel en forma alternativa con el de acuerdos entre competidores, manifestando que se trata de las prácticas más graves porque distorsionan los precios, las cantidades de producción, la calidad de los bienes y servicios y producen daño para los consumidores y para el mercado en general, sin un efecto económico redimible.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Vid. resolución SC-001-O/PA/R-2007, del 18 de octubre de 2007, donde con relación a las justificaciones de los agremiados para adoptar las comisiones comunes, el CDSC manifestó que “*se observa que la Ley de Competencia es concluyente en calificar el acuerdo entre competidores para fijar precios como una práctica anticompetitiva. De manera que en dicha legislación no se establecen condiciones adicionales que determinen la legalidad o ilegalidad de este tipo de conducta. Del mismo modo, entre los criterios orientadores establecidos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia, se observa que no existe ningún elemento dirigido a calificar la búsqueda de condiciones comerciales “más justas” para los participantes del convenio, como una causa que excluya de sanción a los participantes de un acuerdo entre competidores*”.

⁵⁹⁴ Vid. la SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, donde a partir de varias citas de doctrina especializada, el CDSC establece que “*En muchas jurisdicciones, los cárteles de núcleo*

En el caso de “Las Agencias de Viaje”, la SC sí abordó varios aspectos específicos de las licitaciones colusorias. A partir de algunos estudios doctrinarios y de referencias a la normativa comparada, el CD concluyó que se trata de una forma especializada de un acuerdo de fijación de precios, que ocurre cuando varios agentes competidores entre sí implementan algún mecanismo que les permita dejar de competir, para incidir en el resultado de las licitaciones públicas y privadas.⁵⁹⁵

En este cártel, el CDSC sancionó a varias agencias de viaje, porque comprobó que habían adoptado un acuerdo de fijación de precios en las comisiones por servicios cobradas a varias instituciones estatales, que licitaron la compra de boletos de avión para viajes oficiales.⁵⁹⁶ El sujeto perjudicado por esta conducta fue el Estado, quien en su carácter de consumidor de bienes y servicios, no tuvo la capacidad real de elegir, puesto que el resultado de las licitaciones estuvo predeterminado por los participantes.

En el cártel de “Las Agencias de Viaje”, la SC intentó profundizar un poco en el tema de los cárteles, su definición, el daño que producen y el sistema que debe aplicarse para su valoración. Sin embargo, el lenguaje de esta resolución tiende a ser ambiguo, porque si bien desde el inicio de la investigación se estableció que el acuerdo investigado podía ser constitutivo de un cártel, en algunas partes de la resolución se usa alternativamente este término con el de acuerdo horizontal, omitiendo cualquier tipo de consideración sobre la posibilidad que no todos los acuerdos entre competidores sean obligatoriamente constitutivos de un cártel.⁵⁹⁷

duro (prácticas anticompetitivas entre competidores) son per se ilegales debido a su efecto pernicioso en la competencia y la falta de un valor económico redimible”.

⁵⁹⁵ Vid. la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, asunto “Las Agencias de Viaje”, donde se establece que “*en el caso de la conducta típica descrita [en] la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, ésta se refiere a una modalidad especial de la fijación de precios... En virtud de lo anterior, cuando se materializa una fijación de precios en el marco de un procedimiento de licitación, el legislador salvadoreño dispuso que ello constituiría una infracción independiente a la contenida en la letra a) del artículo 25 de la Ley de Competencia y, por ello, en el caso concreto, es ésta la que debe aplicarse para sancionar el supuesto de hecho, en observancia del principio de especialidad*”.

⁵⁹⁶ Aunque la investigación en el caso SC-001-O/PA/NR-2009, se inició en contra de 5 agencias de viaje, durante el procedimiento, solo se logró comprobar que 4 de ellas habían coludido en una licitación y 3 de ellas en otra.

⁵⁹⁷ Vid. resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde haciendo referencia al documento de la Red Internacional de Competencia, citado anteriormente, el CDCS manifiesta que “*“en el documento titulado “Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions, effective penalties”, se califica a los acuerdos horizontales como “las más reprochables violaciones al Derecho de Competencia”...”*”.

En el caso de “Los Servicios Portuarios de Acajutla” el CDSC sancionó también por una puja fraudulenta o licitación colusoria, prohibida por el literal c) del artículo 25 de la ley. En el análisis jurídico de este caso, la SC hizo referencia a una serie de estudios internacionales, jurisprudencia comparada y precedentes propios, para enfatizar el daño que estos acuerdos causan a la competencia. La SC explicó que estas prácticas afectan la asignación adecuada de los recursos del Estado, al limitar su libertad de elección real. Esto produce un daño indirecto en el interés general y en los demás competidores en la licitación.⁵⁹⁸

En “Las Telefonías” el CDSC hizo un análisis jurídico muy similar al que hizo en el caso anterior, puesto que si bien se trató de una modalidad distinta- acuerdo de fijación de precios-, también se trató de un cartel, prohibido por el artículo 25 LC. En este caso, la SC estableció que se había cometido una conducta grave que afectó la eficiencia económica y el interés de los consumidores, así como “un servicio público con pocas opciones de sustitución por parte del consumidor final”.⁵⁹⁹

Para concluir este apartado sobre las modalidades de acuerdos horizontales expresamente prohibidos, tal como concluimos en el Capítulo IV de este trabajo, la tipificación abierta establecida en la Ley de Competencia, habilita para que además de los cuatro ejemplos de cárteles enumerados, también puedan perseguirse otras modalidades de conductas a las que los agentes económicos competidores pueden recurrir para uniformar sus estrategias competitivas, de tal suerte, que abandonen las conductas unilaterales constitutivas de una verdadera rivalidad, para eliminar los riesgos de la pugna por el mercado.

En materia de prácticas horizontales expresamente enumeradas, consideramos que la Ley de Competencia ha sido congruente con los estudios científicos más autorizados y con las tendencias legislativas adoptadas en la mayor parte de sistemas, al prohibir en forma explícita, las modalidades de conductas más dañinas. Sin embargo, adelantamos que dado que se trata de una normativa nueva en nuestro país, la enumeración expresa de otros tipos de conductas horizontales anticompetitivas, serviría a orientar a los operadores económicos y dotaría a la LC de mayor seguridad jurídica. Una reforma legislativa en este sentido contribuiría a definir con mayor precisión el ámbito de las conductas prohibidas.

Por otra parte, en materia de concreción del ámbito material prohibido por la LC, no debe descartarse el aporte jurisprudencial, ya que también contribuiría a la

⁵⁹⁸ *Vid.* Resolución final en el caso SC-031-D/PS/R-2010 del 30.08.2011.

⁵⁹⁹ *Vid.* Resolución final SC-17-O/PS/R-2012 del 19.12.2011.

seguridad jurídica de los operadores económicos, si la Superintendencia de Competencia desarrollara con mayor detalle, los elementos concretos de las conductas prohibidas: Vg. manifestaciones de los acuerdos de fijación de precios, de repartos de mercado, de limitación de la producción y de las licitaciones colusorias, así como eventualmente, de otras modalidades de conductas entre competidores, que restringen la competencia y que pueden recaer en el ámbito material prohibido por el artículo 25 LC, tal como se analizará en el apartado siguiente.

35. Prácticas horizontales que no se encuentran expresamente prohibidas

En el capítulo anterior, expusimos que el artículo bajo examen contiene un sistema de prohibición abierta de las prácticas entre competidores, expresada a partir de una descripción general, complementada con la enumeración ejemplificativa de las cuatro modalidades de conductas horizontales examinadas en el apartado anterior.

No obstante ello, existen una serie de estudios y pronunciamientos jurisprudenciales que indican que, además de los cárteles de fijación de precios, repartos de mercado, limitación de la producción o pujas fraudulentas, que son considerados cárteles de núcleo duro, porque constituyen las conductas con mayor capacidad para eliminar la competencia en el mercado, también existen otra serie de conductas entre competidores que tienen un alto potencial para eliminar la rivalidad entre sus participantes, que no han sido expresamente previstas por el artículo 25 LC.

Tal como habrá oportunidad de constatar en los apartados que siguen, en su mayoría se trata de conductas que deben ser abordadas desde dos enfoques, por cuanto constituyen prácticas que pueden configurar un comportamiento accesorio para la realización de un cártel, porque tienden a facilitar la colusión o porque en algunos casos, también pueden configurar conductas anticompetitivas con identidad propia.

Hemos dividido nuestro estudio en tres subapartados que abordan tres categorías distintas de conductas que la LC no regula expresamente. En primer lugar, se examinarán las modalidades de acuerdos horizontales distintas del cártel, a efectos de precisar algunas particularidades que las distinguen de los cárteles y de resaltar la necesidad de regularlas expresamente en la LC, ya que, si bien se trata de comportamientos que pueden encajar en el ámbito prohibido por el artículo 25 LC, nuestra ley guardó silencio al respecto.

En segundo lugar, dedicamos un subapartado a las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas, ya que si bien podrían encajar en la clasificación

más general a la que nos referimos en el párrafo anterior, consideramos que merecen un subapartado propio en la medida que poseen una serie de particularidades que es necesario abordar en forma separada. Por otra parte, también es necesario adelantar que dos de los cinco casos de cárteles resueltos hasta la fecha de conclusión de este estudio, han estado directa o indirectamente relacionados con prácticas favorecidas por la existencia de una asociación gremial.

Finalmente, también hemos incluido un tercer subapartado sobre las prácticas concertadas o acuerdos tácitos, porque a pesar de haber abordado el tema en otras partes de nuestro estudio, consideramos que, tal como se ha advertido en otros sistemas de defensa de la competencia con mayor experiencia que el nuestro, éstos constituyen verdaderos acuerdos anticompetitivos, respecto de los cuales el mayor obstáculo para su persecución exitosa radica esencialmente en su dificultad probatoria.⁶⁰⁰ Este elemento, se complica aun más en un sistema como el salvadoreño, en el cual la falta de una regulación expresa, ha impedido que, a pesar de contar con indicios sólidos sobre su existencia, la autoridad de competencia proceda a sancionarlas.⁶⁰¹

35.1 Modalidades de prácticas horizontales distintas del cártel

Los acuerdos horizontales distintos del cártel constituyen conductas entre competidores que pueden afectar el orden concurrencial en el mercado, pero que la Ley de Competencia salvadoreña no regula expresamente.⁶⁰² Hemos considerado útil abordarlas en este capítulo, con el propósito de hacer notar que se trata de comportamientos que pueden recaer dentro del ámbito prohibido por el artículo 25 LC,

⁶⁰⁰ Vid. ESCOLÁN SUAY, C., “Técnicas para la Investigación de Cárteles II”, Ensayos sobre Competencia, Art. 04-06, (en www.sc.gob.sv, consultada el 20 de mayo de 2009), en el cual la EX Superintendente de Competencia manifestó, que si bien reconoce la existencia de colusiones tácitas y si bien éstas tienen los mismos efectos que la colusión expresa, en la práctica, son muy difíciles de probar y sancionarse.

⁶⁰¹ Vid. nuestras consideraciones sobre el caso del cártel de “Las Harineras”, en el apartado 26 del capítulo anterior.

⁶⁰² Cabe precisar que durante la Sesión Plenaria para la aprobación de la Ley de Competencia, al momento de discutir el artículo 25 LC, el diputado Héctor Córdova recordó que esta disposición debía reflejar una tipificación abierta para permitir que “*el organismo supervisor tuviera la posibilidad de considerar otras formas ingeniosas que los infractores de la ley pudieran generar en un momento determinado*”. Sin embargo, durante la discusión no se abordaron las modalidades concretas, pero si se discutió que además de las cuatro conductas enumeradas, el artículo 25 había sido diseñado para abarcar otras modalidades de prácticas anticompetitivas. En la práctica, la redacción final de este artículo se completó con las observaciones del Presidente de la República al Decreto Legislativo n. 528.

pero también de sugerir algunos mecanismos para incorporarlas en la normativa de competencia nacional.

Antes de entrar en materia, debemos precisar que el examen de muchas de estas conductas es un tema complejo, cuyo análisis pormenorizado supera los fines y el alcance de este estudio, por cuanto se trata de prácticas respecto de las cuales, además de no existir un tratamiento unívoco, presentan muchos aspectos que la autoridad de competencia debe valorar, para determinar en cada caso concreto, cuáles recaen dentro del ámbito prohibido y cuáles pueden considerarse excluidas, ya que a diferencia de los cárteles de núcleo duro, estas conductas horizontales no siempre tienen por objeto o efecto lesionar la competencia.⁶⁰³

Muy pocas de las leyes examinadas durante nuestra investigación, incluyen una enumeración de las conductas horizontales distintas del cártel, puesto que la mayoría se enfoca en prohibir las conductas más dañinas, representadas por los mismos cuatro tipos de conductas que el artículo 25 LC enumera. En este sentido, hemos de hacer notar que ni la normativa de los Estados Unidos, ni la de la Unión Europea prohíben expresamente estas conductas.

En Iberoamérica, la Ley de Competencia de Perú de 2008 es la única que prohíbe en forma explícita una pluralidad de conductas horizontales distintas del cártel, como los acuerdos de estandarización o las prácticas discriminatorias, las ventas atadas y las negativas injustificadas a contratar, cuando las mismas son realizadas en forma colectiva. La Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas de Perú también establece claramente que se trata de conductas entre competidores sometidas a un régimen de valoración más blando que los cárteles de núcleo duro, prohibidos en el mismo artículo.⁶⁰⁴

La normativa de Nicaragua y de República Dominicana incluye prohibiciones de conductas horizontales no constitutivas de un cártel, como parte de los acuerdos horizontales prohibidos, pero no las tipifica todas como colusiones horizontales, sino

⁶⁰³ *Vid. infra* apartado 36 y siguientes subapartados de este mismo Capítulo, en el cual examinamos las reglas de valoración aplicadas a los distintos tipos de acuerdos horizontales y especialmente el subapartado 36.2, en el que exponemos que los acuerdos horizontales distintos del cártel, generalmente se encuentran sometidos a un sistema de prohibiciones relativas.

⁶⁰⁴ *Vid.* literales d), e), f) y g) del artículo 11.1 de la Ley de Competencia de Perú de 2008, los cuales en el orden enumerado en el texto, prohíben diversas prácticas colusorias horizontales sometidas a una prohibición relativa. El numeral 3 de este mismo artículo establece la regla de valoración conforme a un sistema de prohibición relativa.

que tiende a tipificarlas como abuso de posición de dominio colectivo, aunque sean en realidad acuerdos entre competidores para eliminar la competencia.⁶⁰⁵

La mayoría de las demás normas de competencia de nuestro entorno jurídico más inmediato, incluye prohibiciones de prácticas horizontales no constitutivas de un cártel, como distintas modalidades de boicoteos colectivos, de negativas colectivas a contratar o de conductas concertadas para limitar la competencia o para excluir a un competidor, pero bajo un régimen de prohibición general o tipificadas como abuso de posición de dominio colectivo, que en la práctica constituyen conductas horizontales que crean restricciones verticales.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Estas dos leyes tienen la particularidad que muchos de sus artículos de contenido sustantivo son idénticos en su numeración y en su redacción, por lo que tanto en la Ley de Competencia de Nicaragua de 2006, como en la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008, puede consultarse el artículo 6, en el que se enumeran algunas conductas anticompetitivas realizadas entre competidores, que han sido tipificadas como abuso de posición de dominio conjunto.

⁶⁰⁶ Argentina y Uruguay no distinguen entre prácticas anticompetitivas horizontales y verticales, por lo que las conductas horizontales distintas de los cárteles, se prohíben bajo una cláusula general prohibitiva de todas las conductas anticompetitivas, entre las que se enumeran algunas muy similares a las conductas horizontales no constitutivas de un cártel, prohibidas en Perú. Al respecto, *vid.* el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, en el que se prohíben las ventas atadas (i), los boicoteos (j), las prácticas discriminatorias (k) y las negativas a contratar (l), entre otras. Por su parte, el artículo 4 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, prohíbe conductas similares. Las leyes de Honduras, Panamá y México las regulan como manifestaciones del abuso de posición de dominio colectivo: literales b), c) y d) del artículo 8 de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, que de conformidad con el artículo 9, constituyen prácticas concertadas prohibidas solamente si se comprueba que la participación en el mercado afectado del conjunto de los agentes involucrados o de uno de ellos es superior al 40% del mercado relevante. En México, *vid.* numerales III, IV y VI del artículo 10, de de la Ley Federal de Competencia de 1992, cuya prohibición, de conformidad con el artículo 11, está sujeta a la existencia de un poder sustancial sobre el mercado relevante. Por otra parte, los numerales 3, 4, 6, 7, 8, y 9 del artículo 16 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, también prohíben conductas concertadas no constitutivas de un cártel, que de conformidad con el artículo 17 de la Ley, solo se consideran violatorias si los agentes que las cometen tiene poder sustancial colectivo en el mercado. España y Venezuela no distinguen entre conductas horizontales y verticales, por lo que incluyen algunas de estas conductas, como acuerdos anticompetitivos prohibidos, mientras que tipifican otras modalidades de acuerdos horizontales distintas del cartel como abuso de posición de dominio colectivo. En España, *vid.* literales d) y e) del numeral 1 del artículo 1, en el que se prohíben las conductas colusorias y los literales a), c), d) y e) del artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en el que se prohíbe el abuso de posición de dominio. En Venezuela, los numerales 4 y 5 del artículo 10 la Ley de Competencia de 1991, prohíben las prácticas discriminatorias y los contratos anudados, como parte de las conductas anticompetitivas, mientras que el artículo 13 de la misma ley, prohíbe éstas y otras conductas, siempre y cuando se configure un abuso de posición de dominio. Finalmente, aunque no distingue entre prácticas horizontales y verticales, la Ley de Defensa de la Competencia de Brasil es sumamente extensa en su enumeración de las conductas prohibidas. Independientemente que sean cárteles de núcleo duro u otras prácticas horizontales, solo constituyen una infracción las conductas que falseen la compe-

Nuestra Ley no las regula expresamente, pero el sistema de tipificación abierta que ha adoptado el artículo 25 LC y la descripción general del tipo prohibido, podría alcanzar estas conductas, por lo que hemos considerado útil incluirlas en nuestra investigación, a efecto de aportar mayor claridad sobre el alcance del ámbito material prohibido por la normativa salvadoreña de defensa de la libre competencia, de concretar las conductas que pueden considerarse incluidas en esta disposición y de sugerir algunas reformas que tiendan a mejorar la efectividad de una norma sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante la falta de regulación pormenorizada de las conductas horizontales distintas del cártel, en los Estados Unidos y en la Unión Europea encontramos instrumentos de regulación complementarios: Tanto el sistema europeo, como el anglosajón han elaborado sendos instrumentos que regulan distintas formas de colaboración entre competidores, que pueden dar lugar a una práctica anticompetitiva horizontal, no constitutiva de un cártel.

En Estados Unidos, la FTC y el USDOJ han elaborado los *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* o Lineamientos para las Distintas Formas de Colaboración entre Competidores, en cuya parte inicial se establece que se trata de un instrumento que tiene la finalidad de orientar a los operadores económicos sobre las distintas modalidades de colaboración entre competidores que pueden vulnerar la normativa *antitrust*.⁶⁰⁷

Si bien estos lineamientos abarcan todas las formas de colaboraciones entre competidores, pudiendo también ser aplicables a conductas constitutivas de cárteles, en realidad han sido diseñados para orientar a los operadores sobre otras formas de colaboración entre competidores, cuya vulneración de la normativa de defensa de la competencia resulta menos evidente, pero que en igual forma pueden resultar en una práctica anticompetitiva.⁶⁰⁸

Estos lineamientos establecen que se entiende por colaboración entre competidores, las diferentes formas de acuerdos, concertados con el propósito de realizar

tencia, permitan dominar el mercado, aumentar las utilidades en forma arbitraria o abusar de una posición de dominio. Al respecto, *vid.* los artículos 20 y 21 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994.

⁶⁰⁷ Puede consultarse el Preámbulo del documento *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, elaborados por la Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, abril 2000 (en www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf, consultada el 29 de mayo de 2009).

⁶⁰⁸ Este documento citado contiene más de 20 de sus 27 páginas, dedicadas a explicar los elementos que se toman en consideración al momento de valorar las conductas distintas de los cárteles de núcleo duro.

alguna actividad económica en forma conjunta, así como también la actividad que resulte de dicha colaboración. En esta categoría se incluyen acuerdos sobre investigación y desarrollo, producción, mercadeo, distribución, ventas y/o compras conjuntas. De conformidad con este documento, el intercambio de información y otras actividades propias a las asociaciones empresariales también pueden incluirse entre las distintas formas de colaboración entre competidores. En la práctica, se trata de conductas lícitas, pero que tienen un alto potencial para suprimir la competencia.⁶⁰⁹

En la Unión Europea, la Comisión ha aprobado las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, pero su ámbito material de aplicación es menos extenso que los lineamientos de la FTC y del USDOJ. La parte introductoria establece textualmente que “las presentes directrices no abarcan todos los acuerdos horizontales posibles, sino que únicamente los acuerdos de colaboración que pueden incrementar la eficiencia económica, como los acuerdos sobre investigación y desarrollo, producción, compra, comercialización, estandarización o de protección al medio ambiente, quedando excluidos los acuerdos sobre participaciones minoritarias y sobre intercambio de información”.⁶¹⁰

Hemos de precisar que se trata de un tema respecto del cual los estudios distan de ser pacíficos. Las conductas horizontales distintas de los cárteles constituyen actuaciones de los operadores económicos que no han sido abordadas desde un tratamiento uniforme. Algunas son consideradas verdaderas prácticas anticompetitivas con sustantividad propia,⁶¹¹ mientras que otras sólo son consideradas prácticas

⁶⁰⁹ Vid. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, *cit.*, en cuya Sección 1, propósito, definiciones y generalidades, 1.1.- Propósito y Definiciones, donde se establece que “...By stating their general policy, the Agencies hope to assist businesses in assessing whether the agencies will challenge a competitor collaboration or any of the agreements of which it is comprised... A competitor collaboration comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity and the economic activity resulting there from Information sharing and various trade associations’ activities also may take place through competitor collaborations”.

⁶¹⁰ Vid. numeral 10 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/ C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001.

⁶¹¹ A título de ejemplo, *vid.* ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., *op. cit.*, pp. 263 y ss., quienes examinan varias de estas conductas a partir de su adecuación al ámbito prohibido por el artículo 81(1) del TCE, porque algunas conductas como los acuerdos sobre condiciones de comercialización, intercambios de información, restricciones de publicidad, en la práctica, casi siempre forman parte de un acuerdo para suprimir la competencia entre los operadores económicos. Con relación a los acuerdos de colaboración horizontales, también indican que, si bien constituyen mecanismos para afrontar las presiones de la globalización, en la realidad tienden a restringir la competencia entre los participantes. En sentido similar, BARR, F., *op. cit.*, pp. 358 y ss., también indica que existen conductas como el intercambio de información que facilita la coordinación entre los agentes económicos, pero que en igual forma, también existe una multiplicidad de arreglos

facilitadoras para la colusión expresa y tácita,⁶¹² pero también porque el mismo comportamiento puede recaer en una u otra clasificación, dependiendo de su capacidad para restringir en forma autónoma la competencia entre los participantes.⁶¹³

comerciales colectivos que proporcionan el marco idóneo para restringir la competencia entre los participantes. Puede consultarse WISH, R., *op. cit.*, pp. 521 y ss. y pp. 575 y ss., quien en igual forma, explica algunas modalidades de acuerdos horizontales que pueden resultar en una restricción de la competencia, como los acuerdos sobre intercambio de información, las restricciones de publicidad, porque generalmente tienen un objeto anticompetitivo. Por otra parte, este autor también hace un análisis de diversos tipos de acuerdos de colaboración entre competidores, que pueden tener un efecto anticompetitivo, como los acuerdos sobre investigación y desarrollo, sobre producción y especialización, sobre compras, sobre comercialización y sobre estandarización. En los EE.UU., la ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 90 y ss., explica que existen conductas horizontales como los intercambios de información, los acuerdos de compra conjunta, las negativas concertadas a contratar, la normativa interna de algunas industrias- entre otros- que pueden tener efectos anticompetitivos, por lo que deben ser valoradas según la regla de la razón. Sobre este mismo tema, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, pp. 297 y ss., describen muchas de las prácticas facilitadoras de la colusión que han sido sancionadas por las cortes de ese país, porque permiten la coordinación del comportamiento requerida para suprimir la competencia, entre las que citan el intercambio de datos o información entre competidores o la aplicación de un precio de entrega uniforme (*base point pricing*).

⁶¹² Esta segunda postura ha sido mayoritariamente expuesta por la doctrina económica, quien considera que muchas de estas conductas son en realidad prácticas que sirven como soporte para la realización de un acuerdo expreso o tácito para limitar o suprimir la competencia, porque facilitan la predicción de la conducta del competidor o porque permiten una equiparación tácita de las conductas, en estructuras de mercado generalmente oligopólicas. Desde esta perspectiva, las prácticas facilitadoras constituyen evidencia o elementos que pueden indicar la existencia de un acuerdo tácito. Por todos, *vid.* MOTTA, M., *op. cit.*, pp. 142 y ss., quien explica que la detección de las prácticas y factores que facilitan la colusión es necesaria, para que las autoridades de competencia puedan intervenir para eliminarlas, siempre que sea posible. En sentido similar, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pp. 126 y ss. y pp. 362 y ss., explican que existen ciertas estrategias cooperativas entre los operadores económicos que tienden a facilitar las conductas colusivas. Sin entrar en detalle sobre las modalidades específicas, el juez Posner también las incluye entre los factores que facilitan la colusión en los mercados, en POSNER, R., *Antitrust Law, cit.*, pp. 78 y 79, quien junto a una lista de factores estructurales, explica que múltiples formas de colaboración entre competidores que incrementan las comunicaciones recíprocas tienden a facilitar la colusión.

⁶¹³ Por todos, *vid.* HAY, G.A., “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)”, en Kwoka, J.E., White, L., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Harper Collins, 3rd edition, 1999, p. 189, quien explica que existen conductas de los operadores económicos que, si bien no pueden tipificarse exactamente como acuerdos, facilitan el equilibrio anticompetitivo, por lo que constituyen comportamientos que deberían estar prohibidos por la Ley. En igual forma, GRILLO, M., “Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in antitrust Analysis”, en *European Journal of Law and Economics*, Vol. 14, N. 2, September 2002, pp. 151-169, explica que los mecanismos facilitadores pueden ser conductas accesorias para la realización de un acuerdo colusivo o un acuerdo anticompetitivo en sí mismo, ya que algunos de ellos tienen por objeto la supresión de la competencia entre los participantes. En sentido similar, PAGE, W. “Facilitating Practices...”, *cit.*, expone que estas conductas pueden ser consideradas mecanismos facilitadores de la colusión, cuando por sí solas no vulneran la normativa *antitrust* o porque producen efectos benéficos que superan las restricciones anticompetitivas, pero en determinados casos también pueden ser sancionadas en forma independiente porque su simple realización tiene el objeto o efecto de reducir la competencia.

Por lo tanto, sin el propósito de elaborar un listado exhaustivo de todas las conductas horizontales distintas de un cártel, que recaen en el ámbito material prohibido por el artículo 25 LC, a título de síntesis de la normativa comparada, precisamos que por lo general se incluyen en esta clasificación múltiples modalidades de acuerdos de colaboración para realizar alguna actividad económica en forma conjunta, distintos sistemas de intercambios de información, diversidad de restricciones verticales implementadas en forma colectiva o, finalmente, de conductas unilaterales de los operadores económicos, que en la práctica pueden producir una equiparación de las condiciones de venta o comercialización de sus productos, iguales a las que resultarían de un cártel.⁶¹⁴

La OCDE propone un listado de prácticas horizontales, distintas del cártel que pueden restringir o eliminar la competencia, similar al que hemos enumerado en el párrafo anterior, respecto de las cuales indican que en la mayoría de países, éstas constituyen conductas tratadas con menor dureza que los cárteles, ya que no siempre tienen por objeto o efecto una restricción de la competencia o porque las restricciones que producen se encuentran compensadas por la generación de eficiencias procompetitivas.⁶¹⁵

Si bien se trata de conductas que presentan elementos complejos que la normativa de competencia debe valorar en cada caso concreto, entre las prácticas más comunes, se mencionan las joint ventures y distintos acuerdos de colaboración para

En la misma dirección, KÜHN, K., “Fighting collusion by regulating communications between firms”, en *Economic Policy*, April 2001, p. 171, explica que la prohibición de las prácticas que facilitan la colusión constituye uno de los mejores mecanismos para combatir la colusión tácita, puesto que en su mayoría se trata de conductas observables y comprobables por un tribunal.

⁶¹⁴ En el numeral 1.1 de los Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, *cit.*, se establece que se trata de cualquier acuerdo o colaboración entre competidores que no sea constitutivo de una concentración económica, que puede tomar la forma de actividades de investigación y desarrollo, producción, mercadeo, distribución, compra-venta, intercambio de información o actividades de las asociaciones empresariales.

⁶¹⁵ Sobre este tema, en *A Framework...*, *cit.*, pp. 29 y siguientes, la OCDE explica una variedad de “non-cartel agreements”, entre los que menciona las joint ventures y distintos acuerdos de colaboración, como los acuerdos de producción y comercialización conjunta, o los de especialización. La OCDE también menciona que existen acuerdos para realizar prácticas facilitadoras, como los intercambios de información, los acuerdos de estandarización, los acuerdos para adoptar prácticas comerciales uniformes, la implementación de cláusulas de la “nación” más favorecida que facilitan el funcionamiento de un cártel o la realización de acuerdos tácitos en mercados oligopólicos. Por otra parte, el mismo estudio también indica que existen diversos acuerdos de colaboración entre competidores que tienden a restringir la competencia, como los intercambios de información, los acuerdos que limitan la publicidad, los acuerdos de estandarización, los boicoteos y las negativas colectivas para contratar, así como las asociaciones de operadores económicos y las actividades de cabildeo colectivo (lobbying).

realizar alguna actividad económica en forma conjunta, ya que, la doctrina explica que la estrecha colaboración requerida para realizar las actividades lícitas objeto de esta modalidad de alianza, tiende naturalmente a reducir la rivalidad entre los operadores económicos participantes en estas formas de colaboración y/o a proporcionar el marco propicio para la realización de conductas colusivas ilícitas.⁶¹⁶ En este rubro se enmarcan- entre otros- los acuerdos de investigación y desarrollo, los acuerdos de producción y especialización, los acuerdos de compra conjunta, los acuerdos de comercialización y los acuerdos de estandarización.⁶¹⁷

⁶¹⁶ Las joint ventures tienen un tratamiento particular en el derecho de la competencia, porque según su modalidad pueden favorecer distintas formas de eficiencia, en la medida en que permiten llevar a cabo proyectos que los participantes no podrían haber realizado en forma individual. Sin embargo, esta colaboración tan estrecha puede dar lugar a un acuerdo anticompetitivo. En caso de existir un mayor nivel de coordinación de las actividades de los participantes, también pueden ser abordadas como una concentración económica. No obstante ello, la ABA expresa, que en realidad bajo esta denominación pueden incluirse una gran cantidad de modalidades de colaboración entre competidores, para llevar a cabo conjuntamente alguna actividad económica, sin tener que recurrir a una fusión. Al respecto, *vid.* ABA, *op. cit.*, p. 433. En sentido parecido, HOVENKAMP, H., *op. cit.*, pp. 136 y ss., también explica que en el derecho de competencia, una joint venture abarca una gran variedad de formas de colaboración entre agentes económicos para realizar alguna actividad en forma conjunta, sea sobre investigación, producción o comercialización. Por lo general, se trata de un mecanismo que permite realizar una actividad que individualmente no se hubiera llevado a cabo, por lo que se considera que tienden a mejorar la eficiencia de un mercado. Sin embargo, los mecanismos de colaboración que se desarrollan tienden a reducir la competencia entre los participantes, hasta niveles que hacen necesario valorar la joint venture como una conducta anticompetitiva sometida a la regla de la razón o aun como una fusión horizontal. Sobre la necesidad de elaborar un método de análisis propio de las joint ventures en el derecho de la competencia, *vid.* BRODLEY, J.F., “Joint Ventures and Antitrust Policy”, en *Harvard Law Review*, Vol. 95, N. 7, May 1982, pp. 1523- 1534 y GROSSMAN, G.M. and SHAPIRO, C., “Research Joint Ventures: an antitrust analysis”, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 2, N. 2, fall, 1986, pp. 315 -337.

⁶¹⁷ Por todos, puede consultarse NADAL, S. “Los Acuerdos Horizontales y el Derecho de la Competencia”, en *Harvard-Deusto Finanzas y Contabilidad*, n. 40, 2001, pp. 12-19, quien hace una síntesis de los acuerdos entre empresas que operan en el mismo plano de la cadena productiva, que lesionan la normativa de competencia europea y principalmente el artículo 81 TCE, entre los cuales enumera, además de los típicos cárteles, acuerdos de intercambio de información, organización de ventas y compras conjuntas, acuerdos de especialización y otras condiciones de producción o comercialización, cárteles de crisis, consorcios y alianzas estratégicas, acuerdos para llevar a cabo prácticas discriminatorias o para imponer ventas atadas. También puede consultarse ODRIOZOLA, M., IRISARRY, B. y BARRANTES, B., *op. cit.*, pp. 270 y ss., quienes explican que el artículo 81 TCE no se refiere únicamente a los cárteles, sino también a otros tipos de acuerdos horizontales con la capacidad para falsear la competencia, lo que ha llevado a las instituciones europeas a revisar la normativa aplicable a estas conductas, plasmadas esencialmente en las Directrices relativas a la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal. En el 1.3.1 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del TCE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001, la Comisión ha establecido que el artículo 81.1 del TCE se aplica a los acuerdos de cooperación horizontales que tengan por objeto o efecto restringir la competencia; que en algunos casos-como los cárteles de núcleo duro- la naturaleza de la colaboración hace que artículo 81 sea aplicable inmediatamente, pero que en los casos de acuerdos de cooperación

Además de estas conductas, la doctrina también incluye una variedad de acuerdos o de sistemas de intercambio de información sensible entre los competidores, ya que esta forma de colaboración constituye uno de los mecanismos con mayor capacidad para eliminar la incertidumbre sobre la estrategia competitiva de los demás operadores económicos. Los intercambios de información entre competidores producen una alteración artificial de las condiciones de competencia, porque proporcionan datos que reducen la incertidumbre sobre su comportamiento, resultando en una eliminación de la rivalidad por la conquista del mercado.⁶¹⁸

En algunos estudios y sistema normativos, también se consideran acuerdos horizontales no constitutivos de un cártel, las concertaciones entre operadores económicos para llevar a cabo alguna restricción vertical en forma conjunta. Entre éstos se incluyen especialmente los boicoteos colectivos, porque aunque no constituyen un acuerdo directo para eliminar la competencia entre los participantes, deben ser abordados tanto desde su faceta vertical como desde su faceta horizontal, porque tienen un mayor impacto que las mismas restricciones verticales realizadas en forma individual.⁶¹⁹

distintos del cártel, es necesario valorar los efectos concretos del acuerdo.

⁶¹⁸ Sobre este tema, por todos, *vid.* GRILLO, M., *op. cit.*, p. 166, quien explica que si bien los intercambios de información han sido tradicionalmente considerados como prácticas facilitadoras, accesorias de un acuerdo colusivo, más recientemente la jurisprudencia los ha considerado como una práctica con entidad propia, en la medida que su objeto mismo es la supresión de la competencia, puesto que constituyen un acuerdo para implementar un mecanismo que altera artificialmente las condiciones de competencia entre los participantes. HAY, G. “Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law” en *Cornell Law Review*, Vol. 67, 1981-1982, pp. 463 y ss., también explica que los sistemas de intercambio de información pueden referirse a una variedad de datos, los cuales deben ser cuidadosamente examinados en la medida en que generalmente son diseñados para facilitar la colusión en mercados especialmente concentrados y ALBORS-LLORENS, A., “Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors”, en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, n. 4, winter 2006, pp. 858 y ss., quien en su ensayo sobre los contactos legales e ilegales entre competidores, destaca que los intercambios de información constituyen uno de los mecanismos con mayor potencial para facilitar la colusión entre los competidores, que generalmente permite la coordinación de los comportamientos y las restricciones de la competencia entre los participantes, porque reduce la incertidumbre sobre la estrategia económica de los operadores económicos.

⁶¹⁹ Entre los precedentes jurisprudenciales más relevantes sobre el tema de los boicoteos colectivos o las negativas concertadas a contratar, puede consultarse en orden cronológico decreciente, *United States v. General Motors Corp.*, 384 US 127 (1966), *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 US 207 (1959), *Associated Press v. United States*, 326 US 1 (1945), *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941), donde en esencia, la Corte Suprema ha establecido que se trata de conductas cuyo potencial anticompetitivo se ve aumentado por el hecho de ser realizadas en grupo.

Otros sectores de la doctrina también consideran que determinadas prácticas unilaterales de los operadores económicos, como por ejemplo la implementación de una cláusula del cliente o de la “nación” más favorecida, así como la aplicación de una cláusula para equiparar las condiciones de los competidores producen los mismos efectos que una conducta concertada, ya que resultan en una equiparación de precios o condiciones de venta y comercialización entre agentes económicos que deberían competir diferenciándose de sus rivales.⁶²⁰

En la jurisprudencia de los EE.UU., encontramos algunos casos relevantes resueltos por la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha establecido que algunas prácticas horizontales no constitutivas de un cártel, como los intercambios de información o las joint ventures deben estar bajo el escrutinio de las autoridades de competencia, puesto que se trata de conductas que tienen un alto potencial para restringir la competencia entre sus participantes. Sin embargo, a diferencia de los cárteles de núcleo duro, es necesario examinar los efectos anticompetitivos que estas conductas puedan producir en cada caso concreto, ya que no siempre restringen la competencia.⁶²¹

⁶²⁰ Por todos, puede consultarse ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., *op. cit.*, p. 310 quienes explican que en la práctica, estos mecanismos eliminan la rivalidad entre los operadores económicos y permiten una equiparación de las condiciones ofrecidas a los consumidores, como una identidad de precios. En sentido parecido, PAGE, W.H., “Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act”, working paper, abril 2008 (en <http://papers.ssrn.com>, consultada el 5 de julio 2009), también hace un recuento de los mecanismos que facilitan la capacidad de los operadores económicos para suprimir la competencia o para realizar un acuerdo colusivo, entre los que pueden mencionarse distintos sistemas de intercambio de información, la aplicación de una cláusula de la “nación más favorecida” o de una cláusula de equiparación de las condiciones ofrecidas por los competidores. Por su parte, sobres la aplicación de cláusulas como la “nación más favorecida (most-favored-customer)”, HYLTON, K., *op. cit.*, p. 159, también explica que se trata de condiciones que permiten mantener la equiparación de los precios ofrecidos por los participantes y reduce las posibilidades que los miembros de un cártel de fijación de precios se aparten del acuerdo adoptado. En sentido idéntico, BAKER, J. B., “Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer clause”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, spring 1996, pp. 517-519, explica que este tipo de conducta vertical facilita la coordinación horizontal en la medida que contribuye a mantener un tratamiento uniforme para todos los clientes de un operador, y para los clientes de todos los operadores que estén interesados en mantener esa uniformidad de precios. En la misma dirección, SHAPIRO, C., “Theories of Oligopoly Behavior”, en SCHMALENSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North Holland, 3rd reprinting, New York, 1992, pp. 356 y 357, retoma las ideas de Steven Salop, para explicar que algunos contratos que aparentan ser el fruto de prácticas para competir con los rivales, en realidad constituyen mecanismos facilitadores para promover la colusión, como por ejemplo la cláusula del cliente más favorecido o la cláusula de equiparación de las condiciones de la competencia.

⁶²¹ *Vid.* el apartado 36 y los siguientes subapartados de este mismo capítulo en el que se examinan las reglas de valoración aplicables a los distintos tipos de acuerdos horizontales y especialmente el 36.2, donde se examinan las prácticas sometidas a la regla de la razón.

En *Maple Flooring v. United States*, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. examinó el tema de los intercambios de información, concluyendo que aun cuando la información que se comparta sea sensible, no todas estas prácticas restringen la competencia, por lo que deben ser valoradas según la regla de la razón.⁶²²

Posteriormente, en *Sugar Institute Inc. v. United States*, la Corte abordó el tema de los intercambios de información entre competidores, concluyendo que la recopilación y difusión de información estadística entre competidores es una práctica lícita, siempre y cuando no sea utilizada como mecanismo para restringir la competencia.⁶²³

Algunas décadas más tarde, en el caso *United States v. Container Corp.*, el Tribunal reiteró que los intercambios de información o los acuerdos para intercambiar información deben valorarse conforme a un sistema de prohibición relativa, pero con especial atención a los mercados con elementos favorables para la colusión.⁶²⁴

Sobre los acuerdos de colaboración que pueden ser calificados como joint ventures en los Estados Unidos, la CSJ ha proveído una abundante y rica jurisprudencia. En uno de los casos más significativos que destacan los peligros anticompetitivos de estas modalidades de colaboración, *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, la Corte Suprema de ese país estableció que debe verificarse el propósito de estas formas de colaboración, puesto que el hecho de caracterizar un acuerdo de colaboración como joint ventures no lo exime de responsabilidad *antitrust*, si tiene el objeto o efecto de suprimir la competencia.⁶²⁵

Sin embargo, en *Broadcast Music v. CBS*, uno de los pronunciamientos más relevantes en materia de beneficios procompetitivos producidos por los acuerdos

⁶²² Vid. *Maple Flooring Manufactures Ass. v. United States*, 268 US 563 (1925), donde el tribunal manifestó que el sistema de intercambio de información implementado entre los miembros de la asociación no fue constitutivo de un acuerdo prohibido, ni produjo un daño al consumidor.

⁶²³ Vid. *Sugar Institute, Inc. v. United States* 297 US 553 (1936), donde la Corte Suprema de los EE.UU. explicó que la recolección y difusión de información comercial es una actividad permitida y puede ser de mucha utilidad en el comercio. Sin embargo, una combinación para recolectar y proporcionar información como parte de un plan para imponer restricciones indebidas a la competencia, es ilegal (traducción nuestra). Sobre las implicaciones de los intercambios de información, también puede consultarse *FTC v. Cement Institute*, 333 US 683 (1948) y *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 US 643 (1980).

⁶²⁴ Vid. *United States v. Container Corp.*, 393 US 333 (1969), en este caso la Corte Suprema advirtió que estas conductas no siempre producen efectos anticompetitivos, por lo que deben considerarse los efectos que producen en cada caso concreto. No obstante ello, en los mercados oligopólicos es necesario examinarlas con mayor detenimiento.

⁶²⁵ Vid. *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 US 593 (1951), la CSJ aplicó una prohibición *per se* a una joint venture porque estableció que su propósito era la eliminación de la competencia entre sus participantes.

entre competidores, el tribunal manifestó que si bien los acuerdos de colaboración entre competidores limitan la competencia, también constituyen una modalidad de integración de la capacidad productiva de los participantes, con un alto potencial para producir efectos benéficos para el mercado, ya que muchas veces facilitan la creación de un producto que los competidores no podrían elaborar en forma individual.⁶²⁶

En la Unión Europea, los pronunciamientos más relevantes sobre el tema de las conductas horizontales no constitutivas de un cártel, se encuentran en casos relacionados con sistemas de intercambios de información.⁶²⁷ No obstante ello, el criterio básico adoptado por el TJCE en uno de los casos más emblemáticos examinado a continuación, es bastante genérico, por lo que puede extenderse a todas las formas de colaboración entre competidores distintas del cártel.

En *Asnef-Equifax*, uno de los asuntos más relevantes sobre el tema de la prácticas horizontales distintas del cártel, el Tribunal estableció que en el marco del artículo 81.1 TCE deben entenderse prohibidas, las conductas que modifican artificialmente las condiciones en las que los operadores compiten normalmente, que eliminan la incertidumbre sobre el comportamiento futuro, y que suprimen la adopción de decisiones autónomas, resultando en una reducción de la rivalidad entre los participantes.⁶²⁸

⁶²⁶ Vid. *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*, 441 US 1 (1979), donde la CSJ estableció que las tarifas negociadas en forma conjunta por varias empresas productoras de música, constituía un mecanismo que había incrementado la eficiencia de los participantes, difícilmente alcanzable en forma individual, por lo que no debía ser declarado ilegal.

⁶²⁷ Sobre este tema, pueden consultarse las decisiones de la Comisión Europea 87/1/CEE del 2 de diciembre de 1986, en el asunto de los “Ácidos Grasos”, publicada en el DOCE L 003 del 6 de enero de 1987 y la 92/157/CEE del 17 de febrero de 1992, en el asunto “*Tractores Británicos*”, publicada en el DOCE L 068 del 13 de marzo de 1992. En la jurisprudencia del TPI, vid. la sentencia del 8 de julio de 2008, en el asunto T-53/03, caso *BPB plc. v. Comisión*.

⁶²⁸ Vid. STJCE del 23 de noviembre de 2003, caso C-238/05, asunto *Asnef-Equifax*, donde el Tribunal reitera su jurisprudencia preponderante sobre el tema de las colaboraciones entre competidores en el mercado, apuntando que los acuerdos de intercambio de información “*son contrarios a las normas sobre competencia en la medida que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con la consecuencia que restringen la competencia entre las empresas (sentencias Deere/Comisión, antes citada, Bagnasco y otros, antes citada). En efecto, es inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado que todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. De este modo, según esa misma jurisprudencia, tal exigencia de autonomía, se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores económicos susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir, cuando estos contactos tengan por objeto o efecto abocar a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales de mercado de que se trate...*”.

En la normativa de defensa de la competencia nacional, encontramos, tal como se ha reiterado a lo largo de este estudio, que en materia de acuerdos entre competidores, la LC únicamente enumera las cuatro conductas típicas de un cártel, como los acuerdos de fijación de precios, de reparto de mercados, de limitación de la producción, así como las licitaciones colusorias, sin mencionar otras prácticas horizontales anticompetitivas.

En un primer término, en el capítulo IV de nuestro estudio concluimos que la tipificación abierta del artículo 25 de la ley, da cabida a otros tipos de conductas, ya que la Ley prohíbe “las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores”. No obstante ello, de modo más concreto, en varios apartados de este capítulo sobre el tratamiento de los acuerdos colusivos horizontales, hemos concluido que tratándose de una legislación tan novedosa en nuestro país, sería mucho más conveniente reformar la LC para incorporar expresamente algunos de los aspectos que pueden considerarse implícitamente prohibidos o regulados en la normativa de competencia.

Hemos advertido que ni la ley o su reglamento contienen alusión alguna a conductas distintas de las cuatro que aparecen enumeradas en el artículo bajo examen, que puedan guiar a los operadores económicos sobre la ilicitud de conductas anticompetitivas otras que el cártel. El artículo 12 del RLC, diseñado expresamente para complementar la aplicación del artículo 25 LC, no contiene un listado adicional de conductas prohibidas, ni tampoco una descripción más detallada de las que la LC menciona.⁶²⁹

Este artículo establece esencialmente un listado de criterios orientadores, que pueden contribuir a determinar la existencia de una conducta prohibida por el artículo

⁶²⁹ Sobre este tema, es de tener en cuenta, que la Sala de lo Constitucional ha proveído jurisprudencia en la que ha establecido que las conductas prohibidas deben estar predeterminadas en una ley formal, emanada de la Asamblea Legislativa. Las normas de rango inferior podrán en su caso desarrollar algunos aspectos, siempre y cuando estos cuenten con el asidero legal necesario. Sobre este tema, *vid.* Inc. 17-2003 del 14.XII.2004, en la que la SCN textualmente indica que “...*En consecuencia, la ley en sentido formal tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales, de manera que una sanción entendida como medida privativa del ejercicio de un derecho fundamental, procederá en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas emanadas por la Asamblea Legislativa y únicamente en la cuantía y extensión previstas en las mismas... Como producto de lo anterior, se reconoce entonces que no necesariamente todos los aspectos que forman parte de la configuración de las infracciones y sanciones deban ser totalmente agotados en el texto de la ley, ya que ello iría –hasta cierto punto– en contra de la estructura de poderes dibujada por la Constitución de la República; existe por tanto, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones o habilitaciones a normas reglamentarias por ejemplo, a efecto de que las mismas –siguiendo la línea referencial indicada por la ley– terminen de concretar el sentido de los elementos precisados en su texto”.*

25 LC, pero la mayoría de los nueve literales que integran su texto, se refieren a criterios basados en los efectos económicos que tradicionalmente produce una colusión.⁶³⁰ El Formulario-guía para Presentar una Denuncia de Práctica Anticompetitiva tampoco hace referencia a conductas horizontales distintas de las cuatro conductas prohibidas por la LC.⁶³¹

La única referencia a conductas horizontales distintas del cártel que encontramos en la normativa salvadoreña, se encuentra ubicada en el artículo que prohíbe los acuerdos entre no competidores. El literal b) del artículo 26 LC establece literalmente que se prohíbe “la venta, la transacción sujeta a la condición de no usar, ni adquirir ni vender, ni proporcionar los bienes y servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros o por terceros”. En forma complementaria, el literal c) agrega que se prohíbe “la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer dicha práctica”, pero aborda estas conductas desde su dimensión vertical, sin tener en cuenta los elementos horizontales y sin considerar- tal como habrá oportunidad de mencionar más adelante, en el apartado 36.1- que en sistemas como el anglosajón, los boicoteos colectivos en particular, son penalizados con la misma dureza que los cárteles de núcleo duro.⁶³²

Finalmente, hemos de precisar que hasta la fecha de conclusión de este estudio no existen resoluciones de la SC sobre prácticas horizontales distintas del cártel. De los cinco casos que involucran acuerdos entre competidores investigados hasta la fecha, el más antiguo y el más reciente fueron sancionados por haberse comprobado la existencia de un acuerdo de fijación de precios. El segundo fue sancionado por un acuerdo de reparto de mercados y el tercero y cuarto, por prácticas constitutivas de una licitación colusoria: Todos expresamente prohibidos por el artículo 25 LC.

En virtud de la falta de suficiente predeterminación normativa sobre la taxonomía de las conductas horizontales prohibidas por la LC, si bien muchos aspectos que la ley no regula expresamente deben complementarse con estudios doctrinales y concretarse progresivamente -tal como es la usanza en materia de derecho de competencia- con la “jurisprudencia” de la autoridad de competencia, en sintonía con las conclusiones a las que hemos llegado en apartados anteriores, consideramos que

⁶³⁰ Vid. texto completo del artículo 12 del RLC en la nota 454 del Capítulo IV.

⁶³¹ Vid. Formulario-guía para Presentar una Denuncia de Práctica Anticompetitiva, pp. 6-9 (en www.sc.gob.sv, consultada el 30 de junio de 2009), donde únicamente se ofrecen lineamientos sobre la conductas que pueden ser constitutivas de los cuatro tipos de cárteles prohibidos en el artículo 25 LC.

⁶³² “CAPÍTULO II.-DE LAS PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS ENTRE NO COMPETIDORES.- Art. 26.- Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes...” (en mayúsculas en el texto).

aprovechando las lecciones aprendidas y la experiencia adquirida en otros países, sería conveniente regularlas en forma explícita.

En materia de acuerdos horizontales distintos del cártel, proponemos dos mecanismos. Puede optarse por una reforma de la Ley de Competencia, para que frente a la variedad de conductas horizontales no constitutivas de un cártel que pueden recaer dentro del ámbito prohibido por el artículo 25 LC, se agreguen explícitamente algunos ejemplos, al modo de la ley peruana, mencionada anteriormente o puede recurrirse a un mecanismo de regulación complementario, para que la Superintendencia de Competencia elabore lineamientos o directrices semejantes a los que existen en EE.UU. o en la Unión Europea, que cumplan con la función de orientar a los agentes económicos que se relacionan en el mercado salvadoreño, sobre prácticas horizontales distintas del cártel, que pueden entenderse incluidas en la prohibición del artículo 25 LC.

En caso de optarse por este segundo mecanismo, siempre existe el riesgo que se objete la falta de predeterminación de las conductas prohibidas en una norma con rango de ley, por lo que habría que aclarar que no se estarían creando tipos o conductas prohibidas adicionales a las que prohíbe el artículo 25 LC, sino que únicamente se estaría desarrollando el precepto legal, a efecto de aportar mayor claridad y precisión sobre los ejemplos de conductas que informan el ámbito material prohibido por la Ley de Competencia.

Hemos de adelantar que, si bien en materia de prácticas concertadas y en materia de decisiones de asociaciones empresariales, concluimos que sería provechoso reformar la LC para agregar una prohibición expresa, porque constituyen modalidades o categorías muy amplias de conductas que pueden dar lugar a distintas formas de colusiones horizontales, tal conclusión no debe entenderse en perjuicio del criterio manifestado en el capítulo IV, donde manifestamos que las normas de competencia no pueden incluir elencos taxativos de conductas prohibidas, ya que las modalidades o manifestaciones de prácticas anticompetitivas, se encuentran en constante evolución.

Es por ello, que tal como expusimos en el apartado 27 del Capítulo IV, en materia de conductas anticompetitivas prohibidas, la mayor parte de estudios, legislaciones y jurisprudencia coinciden que no es conveniente adoptar un sistema de tipificación cerrado, ya que los operadores económicos podrían burlar la aplicación de la ley,

realizando conductas que no se encuentren exactamente descritas y expresamente prohibidas.⁶³³

Sin embargo, en el caso salvadoreño, esta afirmación debe modularse puesto que tal como apuntamos en el capítulo IV, en materia de derecho sancionatorio es indispensable garantizar un mínimo de predeterminación normativa respecto de la ilicitud de las conductas, por lo que consideramos que la implementación de uno de los mecanismos de incorporación de las conductas entre competidores distintas del cártel, que hemos recomendado, facilitaría la aplicación de la normativa de competencia en esta primera etapa de su vigencia.

Además de constituir la primera norma de su tipo, la LC introduce una serie de conceptos y de aspectos sustantivos novedosos, por lo que consideramos que las conductas prohibidas deberían desarrollarse con mayor detalle, con el propósito de tener un mayor efecto didáctico en la comunidad de agentes económicos que operan en el mercado salvadoreño, al señalar con mayor precisión el conjunto de comportamientos que vulneran la competencia.

En línea con estas conclusiones, consideramos que el listado de cárteles de núcleo duro enumerados en el artículo 25 LC, debería complementarse con un listado ejemplificativo de otras modalidades de acuerdos entre competidores que también recaen dentro del ámbito prohibido, especificando que los elementos generales que las distinguen y aclarando que unas y otras están sometidas a distintos grados de prohibición.

35.2 Decisiones y recomendaciones de asociaciones de operadores económicos constitutivas de un acuerdo anticompetitivo

Un sector mayoritario de la literatura especializada considera que los distintos tipos de asociaciones de operadores económicos⁶³⁴- Vg. asociaciones de comerciantes

⁶³³ Pueden consultarse nuestros comentarios y obras citadas en las notas 480 y 483.

⁶³⁴ *Vid.* ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 136 y 137, quienes explican que en el sistema europeo, el término asociaciones de empresarios abarca un espectro sumamente variado de entidades que encajan en este concepto. A título de ejemplo, mencionan, que las Instituciones Europeas han resuelto varios casos que han involucrado cooperativas agrícolas, entes reguladores de las distintas profesiones, asociaciones sin fines de lucro, entidades sin personalidad jurídica, asociaciones de asociaciones. Hasta entes reguladores que representan los intereses comerciales de sus miembros. En sentido prácticamente idéntico, VAN BAEL, I., *Competition Law of the European Community*, Van Bael & Belis, 4ª edición, 2005, p. 435 y ss., explica que en el ámbito europeo, la forma jurídica de la asociación es irrelevante, puesto que las instituciones europeas han resuelto casos de prácticas anticompetitivas que involucran asociaciones sin personalidad jurídica, asociaciones sin fines de lucro, asociaciones de asociaciones, cooperativas agrícolas, así como asociaciones sometidas a un régimen de derecho público.

y empresarios, asociaciones de profesionales, así como ligas deportivas- cumplen con una serie de funciones lícitas y provechosas para sus miembros, porque permiten resolver problemas comunes en forma conjunta, porque propician la discusión de temas de interés gremial y porque facilitan el intercambio de conocimientos técnicos o porque reducen los costos operativos, como la publicidad y otros.⁶³⁵

Sin embargo, tal como Adam Smith advirtió hace muchos años,⁶³⁶ los mismos mecanismos que permiten estos intercambios, generalmente proporcionan el marco favorable para llevar a cabo actos contrarios a la libertad de competencia, en la medida que las reuniones e intercambios entre los miembros de la asociación constituyen el foro ideal para la realización de prácticas anticompetitivas expresas o tácitas, porque reducen la incertidumbre sobre la estrategia competitiva de los demás operadores, facilitando la colusión o uniformidad del comportamiento para suprimir la rivalidad.

En el normal desenvolvimiento de sus actividades ordinarias y lícitas existen muchos contactos e intercambios que tienden a favorecer la realización expresa o tácita de una colusión prohibida- afinidad y camaradería, contactos y reuniones frecuentes, intereses comunes, intercambios regulares y detallados de información, entre otros- que pueden constituir una práctica facilitadora para la realización de un acuerdo anticompetitivo o una verdadera práctica anticompetitiva.⁶³⁷

⁶³⁵ Sobre este tema, por todos, puede consultarse HAYS, J.S., and RATZKIN, J.L., Trade Associations Practices and Antitrust Law, en *Harvard Business Review*, summer 1947, Vol. 25, issue 4, p. 501, quienes hacen una síntesis de muchas de las funciones de las asociaciones de empresarios, indicando que en su mayoría se trata de funciones que aportan beneficios a sus miembros, sin afectar las condiciones de competencia entre los operadores, como por ejemplo, investigación y capacitación conjunta, publicidad común, asistencia técnica y legal para sus miembros, entre otros. Sin embargo, BARR, F., “Common Horizontal Agreements”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 382-383 y 394-395, en el marco de un estudio sobre los acuerdos horizontales más comunes, indica que muchas de las prácticas adoptadas por asociaciones empresariales o por asociaciones deportivas pueden recaer en el ámbito prohibido por la normativa de defensa de la competencia, por cuanto facilitan, inducen o producen una limitación de la competencia entre sus miembros.

⁶³⁶ Puede consultarse SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House Inc., New York, 1937, p. 149, quien en uno de las más citados pasajes de la literatura económica, explica que la afinidad que se desarrolla entre los comerciantes y las reuniones que éstos sostienen para discutir intereses comunes, proporcionan el foro ideal para la celebración de un acuerdo anticompetitivo (*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices*).

⁶³⁷ En la doctrina anglosajona, SCHERER, F.M. and ROSS, D., *op. cit.*, p. 347, indican que generalmente, las asociaciones de comerciantes por su misma naturaleza facilitan la colusión o llevan a cabo actos contrarios a la libertad de competencia. Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 283 y ss., explican que los acuerdos, decisiones o reglas de las asociaciones de comerciantes, se encuentran bajo escrutinio permanente de las autoridades de defensa de la competencia en la

En este apartado nos enfocaremos en el examen de los elementos que permiten equiparar las recomendaciones, acuerdos, regulaciones y decisiones de asociaciones de operadores económicos a un acuerdo entre competidores prohibido por la Ley de Competencia salvadoreña, puesto que las prácticas facilitadoras no se encuentran prohibidas, si no que únicamente pueden llegar a constituir alguno de los indicios establecidos en el artículo 12 de Reglamento de la LC.⁶³⁸

Un amplio sector de la doctrina, así como una nutrida jurisprudencia de los altos tribunales de los EE.UU. y de la Unión Europea reconocen que las decisiones, acuerdos, regulaciones o recomendaciones tomadas en el seno de las asociaciones de comerciantes o empresarios,⁶³⁹ profesionales liberales⁶⁴⁰ y/o deportistas⁶⁴¹ constituyen

medida que se advierte que las reuniones entre sus miembros proporcionan el marco ideal para la realización de prácticas anticompetitivas expresas o tácitas, porque facilitan la uniformidad de comportamientos para suprimir la rivalidad. En la misma dirección, en *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, p. 36, la OCDE y el BM explican que las asociaciones de comerciantes proporcionan el marco idóneo para la realización de cárteles y que a veces, las asociaciones mismas se ven involucradas en actividades anticompetitivas.

⁶³⁸ Puede consultarse el texto completo del artículo 12 del RLC en la nota 454.

⁶³⁹ Por todos, en el sistema anglosajón, *vid. Eastern States Lumber Association v. United States* 234 US 600 (1914); *Chicago Board of Trade v. United States* 246 US 231 (1918); *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 US 377 (1921), *United States v. American Linseed Oil Co.* 262 US 371 (1923); *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 US 553 (1936); *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941); y *FTC v. Cement Institute*, 333 US 683 (1948), donde tal como se expresa más adelante, se desarrolla el tema del potencial anticompetitivo de una asociación de comerciantes, así como actos concretos que en la práctica se asimilan a un acuerdo horizontal. En el modelo europeo, también a título de ejemplo, entre los asuntos más emblemáticos, *vid. la STJCE del 15 de mayo de 1975, caso C-71/74, Frubo v. Commission*, donde el Tribunal Europeo estableció que el artículo 85 (81), del TCE es aplicable a las asociaciones de empresas, en la medida en que sus actos conducen a una limitación de la competencia de sus integrantes. En jurisprudencia más reciente, siempre sobre el mismo tema, *vid. la STJCE del 18 de diciembre de 2008, asuntos C-101/07 P y C-110/07 P, FNCBV and FNSEA. v. Commission; STJCE del 30 de enero de 1985, asunto 123/83, BNIC v. Guy Clair; y, STJCE del 8 de noviembre de 1983, asunto C-110/82, NV I.A.Z International Belgium et autres v. Commission.*

⁶⁴⁰ Por todos, sobre la aplicación del derecho *antitrust* a las asociaciones de profesionales, en EE.UU., *vid. Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 US 773 (1975); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* 425 US 748 (1976); *Bates v. State Bar of Arizona* 433 US 350 (1977); *National Society of Professional Engineers v. United States* 245 US 679 (1978); *Arizona v. Maricopa County Medical Society* 457 US 332 (1982); *FTC v. Indiana Federation of Dentists* 476 US 447 (1986); *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association* 493 US 411 (1990); *California Dental Association v. FTC* 526 US 756 (1999); y, en la Unión Europea, *vid. la consulta preliminar resuelta por el TJCE el 17 de febrero de 2005, asunto C-250/03, Mauri .v Commissione per gli Esami di Avvocato presso la Corte d'Appello di Milano*; la STJCE del 19 de febrero de 2002, en el asunto C- 309/99, *J.C.J. Wouters y otros* y la STJCE del 19 de febrero de 2002, en el asunto C-35/99, *Pre-toro di Pinerolo v. Arduino.*

⁶⁴¹ Las actividades deportivas estarán sujetas a la normativa de defensa de la competencia, en tanto en cuanto constituyan actividades económicas. En la jurisprudencia de la CSJ de los EE.UU., *vid. NCAA v. Board of Regents*, 468 US 85 (1984). Sin embargo, sobre este tema la mayor parte de ca-

prácticas equiparables a un acuerdo colusivo. Aunque se trate de actos que aparentan emanar de una unidad decisoria, más allá del aspecto formal, su cumplimiento por parte de los socios produce el mismo resultado anticompetitivo que un acuerdo, ya que permite la misma coordinación del comportamiento.

En este sentido, tal como se indicará más adelante, algunos sistemas legislativos regulan las decisiones, acuerdos o recomendaciones adoptadas por las asociaciones empresariales en forma expresa, mientras que otros, las equiparan al concepto de acuerdo anticompetitivo, al considerar en estos casos, que la situación es similar a la que se daría si el acuerdo hubiera sido adoptado por los socios, siempre y cuando se trate de un acto que tenga la capacidad para producir un resultado anticompetitivo, en modo real o potencial.

A diferencia del apartado 18 del capítulo III, en el que se abordó la capacidad que tienen estas asociaciones para integrar el cúmulo de sujetos sometidos a la normativa de competencia, capaces de participar a título propio en conductas anticompetitivas, cuando la práctica es atribuible a los miembros individualmente considerados, la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia, equipara las decisiones, recomendaciones o acuerdos de las asociaciones de operadores económicos a prácticas colusorias entre competidores.

Se entiende que aun cuando el acuerdo, la decisión o la recomendación emanen de los órganos de administración de estas agrupaciones, existe pluralidad de voluntades independientes en la persona de los miembros, que concurren con su voluntad al cumplir con la decisión o con la recomendación.⁶⁴² Las decisiones

son se han resuelto en los tribunales de segunda instancia. En el sistema de la Unión Europea, *vid.* STJCE del 23 de febrero de 2006, asunto C-171/05 P, *Piau v. Commission*, por medio del cual se confirma la decisión del TPI 193/02, del 26 de enero de 2006, en la que se estableció que la FIFA es una asociación de operadores económicos que podría muy bien estar sometida a la normativa de competencia; y, en sentido parecido STJCE del 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association v. Bosman*.

⁶⁴² *Vid.* apartado 18 del Capítulo III donde se aborda el tema desde la óptica de la subjetividad que tienen las asociaciones de empresarios en el derecho de la competencia, cuando los actos anticompetitivos que cometen les son atribuidos directamente, porque se equiparan al concepto de operador económico. Sobre este tema, *vid.* VAN BAEL, I., *op. cit.*, pp. 436, quien explica que un acuerdo de una asociación, puede ser considerado un acuerdo entre la asociación y otros operadores económicos o como un acuerdo entre sus miembros, por lo que puede ser atribuible a la asociación como sujeto o a sus miembros. En sentido idéntico, ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, p. 138, indican que en el ámbito europeo, se ha establecido que una asociación puede participar en un acuerdo anticompetitivo en nombre de sus miembros o por derecho propio, pero que en algunos casos también puede entenderse que tanto los socios, como la asociación misma han sido partícipes del mismo acuerdo. Por otra parte, en ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, p. 35, se explica que los actos de los miembros de las asociaciones empresariales satisfacen el requisito de la pluralidad de actores

de asociaciones, uniones o agrupaciones empresariales –entiéndase de operadores económicos- pueden configurar una modalidad de colusión, puesto que permiten una coordinación del comportamiento de sus miembros equivalente a acuerdos directamente celebrados entre éstos.⁶⁴³

El cumplimiento individual por parte de cada operador produce una equiparación del comportamiento idéntica a la que se produciría en caso de haber adoptado el acuerdo en forma multilateral. A través de estos mecanismos, los agentes asociados pueden fijar precios, equiparar condiciones de venta o producción y establecer estándares o prácticas que excluyan del mercado a un competidor potencial o que dañen a un agente ubicado en otro eslabón de la cadena productiva, creando una combinación de conducta horizontal y vertical.⁶⁴⁴

En los EE.UU., las decisiones, recomendaciones o acuerdos tomados por las asociaciones de agentes económicos no se encuentran expresamente prohibidas en la normativa de defensa de la competencia, pero en reiterada jurisprudencia de la CSJ se ha equiparado estas conductas a las restricciones al comercio prohibidas por el artículo 1 de la Ley Sherman,⁶⁴⁵ por lo que en virtud de una variedad de casos que

requerida para considerar que ha existido un acuerdo, siempre y cuando la práctica anticompetitiva pueda ser atribuible al grupo.

⁶⁴³ Sobre este tema, puede consultarse ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I): Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pp. 279, donde este autor manifiesta que las decisiones adoptadas en los órganos de gobierno o de gestión de las asociaciones empresariales son equiparables a los acuerdos, al considerar en estos casos, que la situación es similar a la que se daría si el acuerdo hubiera sido adoptado por los socios, siempre y cuando éstas tengan la capacidad para producir un resultado anticompetitivo, en modo real o potencial. En sentido similar, *vid.* GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pp. 185 y ss., quien agrega que se trata de una previsión incluida en el derecho europeo, como en el derecho español de defensa de la competencia, donde se ha establecido que las decisiones de asociaciones, uniones o agrupaciones empresariales constituyen una modalidad de colusión, cuando permiten una coordinación del comportamiento de sus miembros equivalente a los acuerdos directamente celebrados entre éstos.

⁶⁴⁴ En la jurisprudencia de los EE.UU., entre los casos más significativos sobre algunas prácticas anticompetitivas concretas que surgen en el marco de las actividades de las asociaciones de operadores económicos, puede consultarse. *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 US 553 (1936) y *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978); *Allied Tube v. Indian Head, Inc.*, 486 US 492 (1988) y *American Soc’y of Mech. Eng’rs v. Hydrolevel*, 456 US 556 (1982); *Fashion Originators’ Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941).

⁶⁴⁵ Si bien el tema de las reglas para valorar los acuerdos horizontales será considerado en el apartado siguiente, cabe adelantar que a diferencia de los cárteles de núcleo duro, en los EE.UU. estas conductas horizontales pueden estar sometidas a una prohibición *per se* cuando son manifiestamente anticompetitivas, pero también a una prohibición relativa, cuando se considere que se trata de comportamientos que no son intrínsecamente anticompetitivos. GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 283 y ss., explican que en ese sistema los acuerdos, decisiones o reglas de las asociaciones de comerciantes se someten a la regla de la razón, porque tales acuerdos no siempre llegan a tener efectos anticompetitivos. En sentido similar, POSNER, R.A., *op. cit.*, 2001, pp. 160 y ss., también

han sido sancionados, la mayor parte de asociaciones de empresarios de ese país ha optado por elaborar reglamentos, lineamientos o códigos de conducta con pautas, para cumplir –*compliance*– con la normativa *antitrust*.⁶⁴⁶

Entre los casos más emblemáticos resueltos por la Corte Suprema de ese país, cabe resaltar *National Society of Professional Engineers v. United States* y *California Dental Ass. v. Federal Trade Commission*, donde el Tribunal manifestó que los comportamientos para limitar la competencia, adoptados en cumplimiento de decisiones o normativas de las asociaciones empresariales constituyen acuerdos anticompetitivos horizontales realizados por sus miembros.⁶⁴⁷

Independientemente de la forma que el acto adopte, las decisiones, recomendaciones o normativas de las asociaciones de operadores económicos que limitan la competencia son equiparables a una colusión horizontal, porque constituyen acuerdos entre operadores económicos que operan en el mismo eslabón de la cadena productiva de un mismo tipo de producto, a través de los cuales, en la búsqueda de un beneficio colectivo, sus miembros limitan o eliminan la rivalidad o lucha por el mercado, en perjuicio de los consumidores.

Con algunos años de anterioridad a la jurisprudencia citada, en uno de los casos de mayor relevancia sobre el tema de las conductas anticompetitivas de las asociaciones de empresarios– *American Column & Lumber Co. v. United States*, decidido

hace notar que los acuerdos tomados en el seno de una asociación de empresarios, se encuentran sometidos a un análisis basado en la regla de la razón, aun cuando se reconozca que estas asociaciones tienen un alto potencial para propiciar acuerdos anticompetitivos.

⁶⁴⁶ Esto puede constatarse al revisar la gran cantidad de páginas electrónicas de las distintas asociaciones de empresarios, en las que aparecen manuales, reglamentos o lineamientos específicos sobre conductas que deben evitarse en el seno de sus reuniones a efectos de no contravenir la normativa *antitrust*. Sobre este tema, en los estudios más recientes, puede consultarse ABA, Antitrust Law Section, *Antitrust Compliances: Perspectives and resources for corporate counselors*, 2006 y HANNAY, W.M., *Designing an Effective Compliance Program*, (Vol. 11, Corporate compliances series), West, 2008.

⁶⁴⁷ En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., *vid.* la sentencia proveída el 24 de mayo de 1999, en el caso *California Dental Ass. V. Federal Trade Commission* 526 US 576 (1999), donde en síntesis, la Corte Suprema de ese país manifestó que los acuerdos tomados en el seno de una asociación profesional sin fines de lucro, para restringir la publicidad y los descuentos que sus miembros pueden aplicar, puede tener efectos anticompetitivos, puesto que limitan la capacidad de los consumidores para elegir en forma informada. Por otra parte, en *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978), del 25 de abril de 1978 y en *Eastern States Lumber Association v. United States* 234 US 600 (1914), del 22 de junio de 1914, la Corte Suprema de los EE.UU. ya había entendido que los acuerdos o reglas adoptadas por asociaciones profesionales y/o de comerciantes que tengan por objeto o efecto limitar la competencia entre sus miembros, también pueden incluirse en el ámbito de los acuerdos prohibidos por la normativa *antitrust*, porque permiten la equiparación de la voluntad de sus miembros.

en 1921- la CSJ de los EE.UU. manifestó que las prácticas de estas asociaciones que suprimen la incertidumbre sobre la conducta futura de sus miembros en el mercado, de tal forma que se logre eliminar la rivalidad entre los participantes, constituye un acuerdo prohibido por la Ley Sherman.⁶⁴⁸

En la Unión Europea, las decisiones de las asociaciones de empresas sí están expresamente prohibidas por la normativa de competencia supranacional. El artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que: “*Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros...*”⁶⁴⁹

La casuística jurisprudencial en la Unión Europea es muy variada y abundante. Sin embargo, con relación al aspecto que se examina en este apartado, cabe resaltar que en el asunto *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission*, el TJCE manifestó que las resoluciones obligatorias tomadas en el seno de una asociación de agentes económicos con el objeto o efecto de afectar la condiciones de competencia, son equiparables a la voluntad de sus socios, por lo que constituyen un acuerdo prohibido por el artículo 81.1 TCE. En *NV I.A.Z. International Belgium et autres*, el Tribunal agregó que la aceptación de una simple recomendación emanada de una asociación de empresarios también es equiparable a un acuerdo anticompetitivo, puesto que produce el mismo resultado.⁶⁵⁰

Un poco más recientemente, en *BNIC v. Guy Clair*, el TJCE consideró que un acuerdo tomado por una asociación de comerciantes con el propósito de limitar la competencia entre sus miembros, también constituye una conducta prohibida en los términos del artículo 81.1, aun cuando ese acuerdo requirió la refrenda de una auto-

⁶⁴⁸ Vid. *American Column & Lumber C. v. United States*, 257 US 377 (1921), del 19 de noviembre de 1921, donde los magistrados de la Corte Suprema de ese país expusieron que esta asociación diseñó un “plan de competencia abierta”, a través del cual los miembros intercambiaron información detallada sobre sus estrategias económicas, en la que incluyeron sugerencias de una línea de conducta común que debían adoptar, lo que resultó en una combinación y conspiración prohibida por la norma *antitrust* de 1890.

⁶⁴⁹ Vid. el texto del Art. 81.1 del TCE.

⁶⁵⁰ En orden cronológico, en la jurisprudencia del TJCE, puede consultarse la sentencia del 29 de octubre de 1980, asunto C-218/78, *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission*, donde el tribunal expresó que una resolución de carácter obligatorio, emitida por una asociación de empresas, que constituye el reflejo de la voluntad de los miembros, reúne las condiciones necesarias para incluirse en el ámbito de prohibición del artículo 81.1 TCE y la sentencia del 8 de noviembre de 1983, asunto C-110/82, *NV I.A.Z. International Belgium et autres*, donde el tribunal europeo manifestó que la aceptación de la recomendación por las empresas destinatarias ejerce una influencia sensible sobre el juego de la competencia en el mercado afectado.

ridad administrativa.⁶⁵¹ A modo de recapitulación, en *Verband der Sachversicherer v. Comisión*, el Tribunal manifestó que una decisión de empresas puede revestir cualquier forma jurídica, siempre que sea la manifestación de la voluntad de las empresas de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado.⁶⁵²

A partir de un análisis más detallado, algunos estudios señalan que la decisión y la recomendación de una asociación de agentes económicos, se diferencian del acuerdo porque en éste, todos prestan su consentimiento para cumplir lo pactado, mientras que en la decisión o recomendación de una asociación, sus miembros se limitan a cumplir o a ejecutar la decisión.⁶⁵³

Sin embargo, es de tener presente que en la práctica, la modalidad concreta utilizada es poco relevante, puesto que el ámbito de prohibición se extiende a cualquier acto, acuerdo, decisión o recomendación de la asociación que tenga por finalidad o efecto suprimir la competencia entre sus miembros, aun cuando no tenga carácter vinculante.⁶⁵⁴

⁶⁵¹ También puede consultarse la sentencia proveída el 30 de enero de 1985, en el asunto C-123/83, *BNIC v. Guy Clair*, donde el TJCE manifestó que un acuerdo establecido en el seno de una asociación, con el objeto de limitar la competencia – aunque sea de derecho público- debe considerarse como un acuerdo entre empresas o asociaciones de empresas.

⁶⁵² *Vid.* la STJCE del 27 de enero de 1987, en el caso C-45/85, *Verband der Sachversicherer v. Comisión*, en la cual el Tribunal manifestó que por decisión de una asociación de empresas, se entiende “cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, alguna manifestación que constituye la expresión fiel de la voluntad de las empresas de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado”.

⁶⁵³ Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, pp. 315 y 316, explica que la decisión se diferencia del acuerdo, porque en el acuerdo, todos prestan su consentimiento para cumplir lo pactado, en la decisión o recomendación de una asociación sus miembros se limitan a cumplir o a ejecutar la decisión unilateralmente adoptada. En sentido idéntico, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia...*, *cit.*, pp. 866 y ss., también destacan que estas prácticas están prohibidas en el derecho europeo porque cuando una asociación de empresas se compromete en algo, basta que sus miembros ejecuten los acuerdos para que se configure una colusión prohibida en el marco del Art. 81.1 TCE.

⁶⁵⁴ *Vid.* ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 137 y 138, quienes señalan que en ese sistema, la medida exacta adoptada para limitar la competencia tiene poca importancia. El término decisión incluye reglas y reglamentos internos de la asociación, decisiones vinculantes, recomendaciones, códigos de conducta, cualquier acto que refleje el propósito de coordinar la conducta de los miembros. Aun los actos no obligatorios, siempre que sean cumplidos por los miembros individuales. También puede consultarse, WISH, R., *op. cit.*, pp. 102-104, quien en igual forma, explica que en el sistema europeo, el concepto de decisión de una asociación de agentes económicos, incorpora una gran variedad de actos y conductas distintas: Las reglas que rigen una asociación son una decisión; una recomendación no vinculante, pero cumplida por sus miembros equivale a una decisión; los acuerdos tomados por la asociación con otros operadores económicos, también encajan en el término que describe la conducta prohibida. En sentido idéntico, VAN BAEL, I., *op. cit.*, pp. 436, al igual que los otros autores citados, explica que la jurisprudencia europea ha indicado que aun cuando la decisión no sea vinculante, si tiene un objeto o efectos anticompetitivos y es cumplida por los

En Iberoamérica, encontramos una transposición de la normativa europea, pero con algunas variantes, en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia española, cuyo artículo 1.1 prohíbe las decisiones entre asociaciones empresariales, pero también los acuerdos y las recomendaciones: “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva...*”.⁶⁵⁵ En los países de nuestro entorno jurídico más inmediato, únicamente la ley venezolana contiene una referencia expresa, a partir de la cual se prohíbe cualquier tipo de acuerdo celebrado directamente o a través de distintas modalidades asociativas de sujetos sometidos a la normativa de competencia, que por lo general son competidores entre sí.⁶⁵⁶

La Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay regula estas conductas en forma menos directa, puesto que prohíbe un elenco ejemplificativo de prácticas anticompetitivas unilaterales y multilaterales, agregando que las mismas también se considerarán prohibidas, cuando sean acordadas en el seno de una asociación o una gremial de agentes económicos.⁶⁵⁷

La legislación de competencia salvadoreña las regula en forma muy indirecta, a partir de una referencia contenida en el Reglamento de aplicación de la LC, en el que se reconoce que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de asociaciones de agentes económicos constituyen un mecanismo con un alto potencial para suprimir la rivalidad entre sus miembros. El literal g) del artículo 12 del RLC establece que la existencia de instrucciones o recomendaciones de las asociaciones de empresarios

integrantes de la asociación, se entiende prohibida por el Art. 81(1). Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 285 explican que la participación en una asociación de agentes económicos y el intercambio de información sobre precios, producción, inventarios o cualquier aspecto de la actividad económica, se encuentra cubierto por el artículo 1 de la Ley Sherman porque constituye un acuerdo o combinación para limitar la competencia, hasta la colusión tácita puede llegarse a deducir del comportamiento de sus socios.

⁶⁵⁵ Vid. Art. 1.1 de la Ley 15/2007, Conductas colusorias: “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia...*”.

⁶⁵⁶ En la legislación de América Latina, *vid.* en Venezuela, el artículo 9 de la Ley de Competencia de 1991, el cual textualmente señala que “*Se prohíben los acuerdos o convenios que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta Ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros*” En forma complementaria, y con muchas similitudes con el modelo español, el inciso primero del artículo 10 de la Ley venezolana también agrega que “*Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas...*”.

⁶⁵⁷ Vid. el Art. 4 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, el cual textualmente establece que “*las prácticas que se indican a continuación, se declaran expresamente prohibidas, en tanto configuren alguna de las situaciones enunciadas en el artículo 2 de la presente ley...j) Las mismas prácticas enunciadas, cuando sean resueltas a través de asociaciones o gremiales de agentes económicos*”.

constituyen un indicio sobre la existencia de un acuerdo horizontal, que limite la competencia entre sus miembros, cuando las mismas supriman la independencia de sus actuaciones.⁶⁵⁸

El tema de las asociaciones de empresarios también fue considerado por la primer Superintendente de Competencia de este país, en un ensayo sobre la investigación de cárteles. La ex funcionaria manifestó que el tema de los cárteles se encuentra frecuentemente vinculado a la existencia de una asociación de este tipo. En virtud de esta constatación, cuando se investiga un cártel a nivel nacional, se considera sumamente útil verificar la existencia de una gremial o asociación que reúna a los principales agentes económicos en el mercado en referencia, para realizar una revisión y consulta de la documentación en su poder, con el propósito de recabar elementos probatorios que permitan establecer la existencia de una colusión entre competidores.⁶⁵⁹

Sin embargo, de conformidad con la normativa de competencia nacional, aunque el artículo 12 RLC haga referencia a las instrucciones y recomendaciones de asociaciones de empresarios y comerciantes, las mismas no se consideran prácticas prohibidas, sino que indicios sobre la existencia de un acuerdo horizontal.⁶⁶⁰ Esta conclusión se confirma también al examinar los dos casos investigados y sancionados hasta la fecha de conclusión de este estudio, en los que se haya hecho referencia al tema de las asociaciones empresariales.

En el caso de “Los Puestos de Bolsa”, la Superintendencia abrió un investigación de oficio en contra de 7 corredores de productos agrícolas, en virtud de un

⁶⁵⁸ Vid. el literal g) del artículo 12 del RLC en el que se establece que “*Son criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, a que se refiere el Art. 25 de la Ley, entre otros:...g) Que hubiesen instrucciones o recomendaciones de las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados que pudieren tener el objeto o efecto de impedir, restringir o limitar el que sus miembros puedan actuar libremente en el mercado*”.

⁶⁵⁹ Al respecto puede consultarse, ESCOLÁN SUAY, C., “Técnicas para la Investigación de Cárteles III”, Ensayos sobre Competencia, Art. 05-06, (en www.sc.gob.sv, consultada el 20 de julio de 2009), en el cual la funcionaria explica que entre las técnicas que se dimensionan para la detección de existencia de prácticas anticompetitivas absolutas, se verifica la existencia de una gremial o asociación que reúna a los principales agentes económicos del mercado en cuestión y luego se recurre a la revisión y análisis de sus objetivos, el efectivo cumplimiento de éstos y su legitimidad, reglamentación o estatutos internos, las memorias de labores, el aporte en efectivo o especie que los agentes económicos destinen, así como los funcionarios de los agentes económicos involucrados en la gremial o asociación (jerarquía, responsabilidades, etc.).

⁶⁶⁰ En el estudio Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 11 de agosto de 2009), p. 12, se concluye en igual sentido, puesto que se manifiesta que el artículo 12 del RLC establece un listado de indicadores sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

anuncio publicado en uno de los principales cotidianos del país, donde los operadores económicos informaron al público que habían adoptado un acuerdo para establecer una tarifa común para el cobro de varias operaciones de intermediación bursátil.

Luego de haber establecido el mercado relevante,⁶⁶¹ de haber comprobado la condición de competidores entre los operadores de bolsa, así como la existencia de un acuerdo de fijación de precios prohibido por el literal a) del artículo 25 LC, el CDSC manifestó que la existencia de una asociación gremial, entre los operadores de puestos de bolsa había servido como mecanismo facilitador para la celebración de un acuerdo anticompetitivo horizontal.⁶⁶²

En el cártel de “Las Agencias de Viaje”, el tema de las gremiales empresariales se abordó indirectamente en la resolución final, puesto que las consideraciones medulares del caso se enfocaron en la existencia de una colusión de precios en varias licitaciones públicas, prohibida por el literal c) del artículo 25 LC. En este caso, el CDSC manifestó que la participación en una asociación de esta naturaleza no es en sí constitutiva de un acuerdo anticompetitivo, sino que constituye un criterio orientador sobre su posible existencia.⁶⁶³

⁶⁶¹ Ha de destacarse que en el primer caso resuelto por la Superintendencia de Competencia, aunque se trató de una práctica horizontal, constitutiva de un cártel de núcleo duro, sancionada *per se*, el CDSC hizo un ejercicio de contextualización de la conducta denunciada y recurrió a la delimitación del mercado relevante, con el propósito de establecer la relación de competencia entre los participantes en el cártel. El CDSC manifestó que la delimitación del mercado relevante constituye el punto de partida para valorar la existencia de una práctica anticompetitiva, ya que determina el ámbito dentro del cual se evalúan los efectos que puedan tener las prácticas objetadas. El CDSC concluyó que la determinación del mercado relevante permite establecer si los agentes económicos son o no competidores. Al respecto, puede consultarse la resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, donde el CDSC manifestó textualmente que: “*La definición del mercado relevante, tanto desde el punto de vista de producto, como geográfico, constituye el paso inicial previo a la valoración de la existencia de prácticas anticompetitivas. Cuando el análisis se realiza respecto a prácticas horizontales, la determinación del mercado es importante a efecto de determinar si los sujetos son competidores entre sí*”.

⁶⁶² En los pronunciamientos de la SC, *vid.* resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, donde el CDSC manifestó que “*Así, siendo únicamente siete los prestadores del servicio de intermediación bursátil ante BOLPROES, se ha podido constatar que seis de ellos, bajo el marco de la creación de una asociación gremial, han sostenido constantes reuniones y comunicaciones entre sí, con el objeto de discutir las comisiones que cobrarían a sus clientes y la consecuente fijación de tarifas de comisiones mínimas. En ese sentido, a la luz de los criterios orientadores previstos en el artículo 12, específicamente los contenidos en las letras f) y g) del Reglamento de la Ley de Competencia, se ha verificado que los agentes económicos investigados- GRACONSA, LAFISE, SBS, LATIN TRADE, NEAGRO e INTERPRODUCTOS- se han reunido constantemente para formar una asociación gremial y, en esas circunstancias, han adoptado acuerdos sobre precios, limitando la libre actuación del mercado*”.

⁶⁶³ *Vid.* la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, en la que la SC manifestó que “*el hecho que los sujetos investigados participen en gremiales empresariales, no es un elemento*

En este sentido, la Superintendencia ha advertido que las asociaciones gremiales favorecen la realización de acuerdos anticompetitivos entre sus miembros, puesto que sus constantes reuniones y comunicaciones, facilitan la equiparación de su comportamiento en el mercado o la supresión de la incertidumbre sobre el comportamiento de sus rivales.

La decisión adoptada en el seno de una gremial, en el caso de “Los Puestos de Bolsa” fue constitutiva de un acuerdo anticompetitivo, cuya detección y sanción fue sumamente sencilla, puesto que tal como hemos apuntado anteriormente, al no tener conocimiento de la ilicitud de la conducta, los agentes económicos adoptaron un acuerdo de fijación de precios prohibido por el literal a) del artículo 25 LC, que fue publicado en un periódico de circulación nacional.

En el cártel de “Las Agencias de Viaje”, aunque el CDSC expuso que la mera pertenencia a una asociación empresarial no es constitutiva de una conducta prohibida por la Ley de Competencia, advirtió que dentro de las prácticas de estas asociaciones, existen conductas que constituyen mecanismos facilitadores de la colusión, que pueden presentar conflictos con la LC, como en el caso del intercambio de información sensible.⁶⁶⁴ Sin embargo, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia no profundizó sobre este aspecto.

Ahora bien, en atención a la tipificación abierta adoptada por el artículo 25 LC y a la amplitud del concepto de acuerdo adoptado en materia de defensa de la competencia, las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas podrían considerarse prácticas prohibidas por la normativa de competencia salvadoreña, cuando constituyan conductas equiparables al concepto de acuerdo entre competidores:

En la práctica, dos de los cinco casos de cárteles de núcleo duro sancionados hasta la fecha de conclusión de este estudio han sido propiciados por la existencia de asociaciones de empresarios o comerciantes. Sin embargo, en un país como el nuestro, donde la normativa de competencia es aun incipiente y donde la misma atribuye un carácter indiciario a las instrucciones o recomendaciones de cámaras o asociaciones de operadores económicos, consideramos que en materia de decisiones

que determine, por sí mismo, la celebración de un acuerdo anticompetitivo entre competidores, sino que solamente es considerado como criterio orientador, dentro del Reglamento de la Ley de Competencia”.

⁶⁶⁴ Vid. SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde se explica que “*Los investigados pueden formar asociaciones, pero ello no legitima el intercambio de información sensible (empresarial, comercial, financiera, etc.), al interior de las gremiales*”.

de asociaciones empresariales no conviene hacer una interpretación extensiva del contenido implícito del artículo 25 LC.

Lo más conveniente para garantizar la seguridad jurídica y la efectividad en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, sería adicionar una prohibición explícita en el pliego de reformas que se están preparando, de las decisiones o recomendaciones de asociaciones de operadores económicos, que sean constitutivas de un acuerdo entre competidores, para que la prohibición sea clara y contundente, para que dicho comportamiento se eleve de mero indicio a una modalidad de acuerdo horizontal prohibido.

Tal adición debería ir acompañada de una modificación del contenido del literal g) del artículo 12 del RLC, en la que se establezca que en caso de no constituir un acuerdo anticompetitivo, estas decisiones o recomendaciones podrán considerarse indicios o prácticas facilitadoras para la colusión.

En el caso de las decisiones, recomendaciones o acuerdos de las asociaciones de agentes económicos, consideramos que su efectiva persecución y sanción requiere una regulación expresa, ya que si bien el concepto de acuerdo es muy amplio, la ilicitud de una decisión o recomendación de una asociación de este tipo no resulta evidente, para el operador económico promedio, no familiarizado con la normativa de competencia.⁶⁶⁵

En línea con este razonamiento, si bien el artículo 25 LC establece un sistema de prohibiciones abiertas y si bien la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada establecen que deben prohibirse, consideramos que en la normativa de competencia nacional no existe suficiente predeterminación para que los agentes económicos puedan razonablemente deducir la ilicitud de sus conductas, al momento de adoptar decisiones o recomendaciones en el seno una asociación empresarial.⁶⁶⁶

⁶⁶⁵ Sobre este tema, puede consultarse el ensayo escrito por uno de los economistas de la Superintendencia de Competencia de El Salvador, BAIRES, J., “Intercambio de información entre gremiales y Superintendencia de Competencia”, Ensayos sobre Competencia, Art. 36-06 (en www.sc.gob.sv, consultada el 31 de julio de 2009), donde se explica que para efectos de dar a conocer el contenido de la ley al mayor número de agentes y de facilitar su conocimiento por parte de los agentes económicos, la SC ha llevado a cabo una política de difusión directamente orientada a las gremiales empresariales, ya que por desconocimiento de la ley, muchas asociaciones empresariales podrían recaer en una violación de la normativa de competencia, en función de los múltiples aspectos novedosos de este cuerpo legal.

⁶⁶⁶ Recordemos que de conformidad con el artículo 489 y siguientes del Código de Comercio de 1970, derogados por la Ley de Competencia, los pactos para no competir han gozado de una habilitación legal hasta la entrada en vigencia de esta ley.

En este sentido, consideramos que sería conveniente reformar el artículo 25 LC, para agregar una prohibición explícita de las decisiones y recomendaciones de asociaciones empresariales, tal como se ha hecho en algunas de las normas comparada estudiadas, ya que la ilicitud de los acuerdos anticompetitivos producto de la normativa interna de estas asociaciones o del cumplimiento de acuerdos o recomendaciones de sus órganos de dirección, no resulta lo suficientemente obvia para la comunidad empresarial.

Una prohibición expresa de estas conductas orientaría con mayor claridad a los operadores económicos, ya que proporcionaría una determinación más específica de los comportamientos prohibidos por la Ley. Además de aportar mayor seguridad jurídica, esta reforma contribuiría a una mayor efectividad en la aplicación de la ley, ya que permitiría a la Superintendencia perseguir comportamientos con un alto potencial anticompetitivo, sin el riesgo que sus decisiones sean impugnadas por falta de suficiente predeterminación normativa.

El propósito esencial de la reforma sería poner de manifiesto el carácter ilícito de estas conductas, con el objeto de orientar claramente a los operadores económicos sobre los comportamientos que recaen en el ámbito prohibido por la LC y de evitar posibles reparos por falta de regulación expresa. La reforma evitaría las posibles burlas a la Ley por falta de regulación expresa de conductas, que si bien constituyen verdaderos acuerdos anticompetitivos, convendría regular en forma explícita, dada la novedad de la normativa de competencia en nuestro país.

Por otra parte, no debe desestimarse la conveniencia de acompañar la reforma con una guía de mejores prácticas o unos lineamientos elaborados por la Superintendencia de Competencia que orienten a las empresas sobre las conductas que deben evitarse en el seno de estas asociaciones, especialmente en el marco de las reuniones de sus miembros, para evitar incurrir en alguna de las prohibiciones de la Ley de Competencia.

35.3 Prácticas concertadas o acuerdos tácitos entre competidores

A lo largo de nuestro trabajo hemos apuntado que el concepto de acuerdo en materia de derecho de la competencia, parte de una concepción amplia y poco formalista, que incluye todos los conciertos de voluntades conscientemente realizados, siempre y cuando provengan de 2 o más voluntades autónomas entre sí o de centros de decisión independientes, en los que cada participante renuncia a luchar contra sus

rivales, pasando a determinar su estrategia empresarial en forma concertada, sea en modo expreso o tácito.⁶⁶⁷

Este tema ha sido desarrollado en forma general en el capítulo IV de nuestro estudio y en forma más detallada, en los apartados 30 y 33 de este capítulo, por lo que en esta parte, nos limitaremos a reiterar que se trata de conductas que no han sido explícitamente incluidas en el ámbito prohibido, pero que tanto la doctrina, el derecho y la jurisprudencia comparadas, como la amplitud de la configuración del artículo 25 LC habilitan para considerarlas constitutivas de un acuerdo prohibido por la nuestra ley.

No obstante esta opinión, el examen de las resoluciones proveídas por la SC hasta la fecha- en especial al caso de “Las Harineras”- nos ha permitido advertir que la autoridad de competencia nacional se muestra muy prudente al momento de sancionar conductas que no tienen una explicación económica válida distinta del acuerdo colusivo, si respecto de las misma no logran recabar elementos de prueba tradicionales, como testigos o documentos por medio de los cuales se pueda establecer que ha existido un acuerdo entre los operadores investigados.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Sobre este tema, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 316, agrega que en materia de derecho de competencia, además de la libertad de formas, basta establecer la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir de una concordancia de voluntades entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se exprese la voluntad de las partes para comportarse conforme a los términos del acuerdo. Desde la perspectiva económica, *vid.* MOTTA, M., *op. cit.*, p. 138, quien explica que se entiende que existe colusión cuando la realización conjunta de determinadas conductas llevan a un resultado anticompetitivo- *v.gr.* precios monopólicos- independientemente de la forma cómo se haya alcanzado. En sentido similar, CABRAL, L.M.B., *op. cit.*, p. 127, manifiesta que los riesgos de la presión competitiva llevan a los agentes económicos a buscar aumentar su poder de mercado a través de la celebración de acuerdos para no competir, los cuales pueden adoptar formas cuasi-institucionalizadas, como los cárteles o simplemente pueden ser el resultado de una colusión tácita, que resulta de las condiciones mismas del mercado. En igual sentido, CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pp. 121 y ss., hacen notar que existe colusión cuando las empresas coordinan sus decisiones sobre producción y precios para aumentar sus ganancias colectivas e individuales, a través de una reducción de la producción y/o un aumento de precios, cuya manifestación más elaborada está representada por un cártel, pero que pueden existir múltiples formas de comunicación para coordinar los comportamientos.

⁶⁶⁸ *Vid.* los breves comentarios de la SC, en *Aprendamos sobre competencia*, Superintendencia de Competencia, San Salvador, 2009, p. 30 y 31, donde se explica que para que exista un cártel, debe existir un acuerdo o cualquier otro tipo de acto consciente entre dos o más agentes económicos competidores, que tenga como fin restringir, limitar o eliminar la competencia en el mercado. El paralelismo de precios o la existencia de precios similares entre varios agentes económicos no siempre constituye prueba suficiente para verificar la existencia de un acuerdo, sino más bien corresponde considerarlos como indicios o medios de prueba para una eventual investigación.

Más recientemente, en el caso de “Las Agencias de Viaje”, la SC atribuyó un mayor valor probatorio a los elementos económicos, puesto que sancionó a los operadores investigados, sobre la base de un resultado y un comportamiento económico que no podía tener otra explicación más que la realización de un acuerdo, sin haber recabado prueba documental o testimonial que demostrara la existencia del acuerdo en sí.

Los agentes de viaje fueron sancionados porque no pudieron ofrecer una explicación válida para la coincidencia exacta en dólares y centavos de las comisiones que cobraban por servicios ofrecidos para la emisión de boletos de avión en dos licitaciones públicas, salvo por un genuino caso de “coincidencia milagrosa”. El CDSC manifestó que era imposible que este paralelismo o identidad de las comisiones fuera el fruto de decisiones independientes, pero coincidentes. Aunque en la práctica, la SC estableció la existencia del acuerdo sobre la base de prueba económica, en la resolución final de este caso, omitió cualquier referencia sobre este aspecto.⁶⁶⁹

Por lo tanto, en virtud de la prudencia mostrada por la SC, concluimos que sería conveniente incluir una prohibición expresa de las prácticas concertadas, que además de brindar mayor seguridad jurídica en términos de la configuración de las conductas prohibidas, dote a la Superintendencia de mayores herramientas para la persecución de los cárteles de núcleo duro, respecto de los cuales podemos anticipar que se volverá más difícil recabar elementos probatorios tradicionales.

Resulta lógico predecir que al cobrar mayor consciencia sobre la ilicitud de los acuerdos colusivos y sobre la posibilidad de ser sujetos de la aplicación de una sanción, los operadores económicos salvadoreños para quienes siga siendo rentable llevarlos a cabo o que consideren que pueden eludir la aplicación de la Ley, aprendan a celebrarlos sin dejar un rastro probatorio. En función de esta realidad, es necesario poder perseguir las prácticas concertadas o acuerdos tácitos, a partir de requisitos

⁶⁶⁹ Vid. resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde el CDSC textualmente expresa “*que es improbable que las mismas sean idénticas y que hayan sido coincidentes sin un acuerdo previo. En efecto, tal y como consta en los documentos revisados de la licitación en cuestión, se encuentran incorporados documentos (actas de apertura de ofertas, ofertas económicas y técnicas) que comprueban el hecho que se produjo un paralelismo completo y exacto en los precios ofertados por los agentes económicos... Por lo tanto, esa oferta plenamente idéntica y tan elevado, solamente encuentra su explicación en el razonamiento que los agentes perseguían un objetivo común al fijar ese precio tan elevado... El comportamiento analizado solamente encuentra explicación mediante la existencia de un acuerdo mantenido por los involucrados. Y es que racionalmente y económicamente es improbable que empresas diferentes en tamaño... puedan alcanzar en forma independiente un precio a ofertar exactamente igual*”. Al respecto, puntualizamos que la comisión ofertada por todos los participantes en una licitación fue de \$39.55 y en la otra de \$56.50.

probatorios determinados, que garanticen la seguridad jurídica de los operadores económicos, pero que impidan que la ley sea eludida y que el mercado sea dañado.

Para concluir nuestro examen sobre este aspecto de la Ley de Competencia, dado que el país entero aun se está acostumbrando a una normativa nueva, que introduce grandes cambios en el ordenamiento de las relaciones entre agentes económicos, tal como indicamos en el capítulo anterior, la regulación expresa de los distintos tipos de conductas – no de todas las modalidades específicas, sino que una caracterización más amplia- que se consideran constitutivas de un acuerdo, dotaría a la LC de mayor predictibilidad en su aplicación. Tal regulación debe concretarse a través de una reforma legal, pero también a través de un mayor desarrollo en las resoluciones proveídas por la autoridad administrativa.

Esta regulación expresa puede mostrarse útil y necesaria en el futuro cercano, ya que si bien en un primer tiempo la Superintendencia ha podido sancionar exitosamente varios casos de acuerdos entre competidores, dicho resultado ha sido posible porque los involucrados han anunciado abiertamente su conducta, como en el caso de “Los Puestos de Bolsa” y “Las Telefónicas” o porque durante las investigaciones, se logró sorprender a los participantes, para recabar prueba documental fehaciente, como en el registro sorpresivo que se realizó en el caso de “Las Harineras”.

Al respecto, es necesario informar que en diciembre de 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió que la resolución del CDSC era ilegal, puesto que la orden judicial que autorizó el registro y que permitió obtener estos elementos probatorios, careció de suficiente motivación, ordenando “reponer” el procedimiento sancionatorio desde el último acto válido en la sentencia 334-2008 del 01 de diciembre de 2011; misma resolución que fue recurrida por la Superintendencia de Competencia y admitida en amparo en la Sala de lo Constitucional el 4 de julio de 2012.

Sin embargo, cabe anticipar que con el transcurso del tiempo los operadores económicos aprenderán a celebrar sus acuerdos o concertaciones sin dejar elementos probatorios que los incriminen, por lo que será necesario enfocarse en el comportamiento económico del mercado.

En consecuencia, en igual forma como se hace en la Unión Europea, en los países que la integran, en algunos de nuestro entorno geográfico más inmediato y en el citado artículo 241 de la Ley de Bancos salvadoreña, será conveniente reformar la LC para incluir una prohibición expresa de las prácticas concertadas, con el propósito de poder sancionar las prácticas colusivas que eliminan o restringen la competencia, pero respecto de las cuales los operadores económicos aprendan a no dejar un rastro probatorio.

No obstante ello, dado que a diferencia del Tribunal Europeo de Justicia o del Tribunal del Primera Instancia, así como la Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores que conocen en materia de competencia en la Unión Europea y en los EE.UU., la autoridad de competencia salvadoreña no es una entidad jurisdiccional, sino que una autoridad administrativa con facultades más limitadas, lo más conveniente sería reformar la ley y su reglamento, con el propósito de incluir un mayor desarrollo de las conductas prohibidas y de los elementos de prueba que permitan establecer la existencia de una práctica concertada.

A diferencia de la prueba testimonial o de la prueba documental, que permitió sancionar los dos primeros de casos de cárteles, así como el más reciente, esta reforma exigirá un mayor análisis de los factores que propician la colusión y de los elementos económicos a partir de los cuales- tal como se hace en Europa y los EE.UU.- sea posible recurrir a la prueba indiciaria o por presunciones, cuando las condiciones que se presentan en un mercado determinado, solo puedan ser explicadas lógicamente porque ha existido un acuerdo colusivo y cuando las presunciones o indicios sean suficientes y de tal magnitud como para concluir que ha existido una conducta prohibida por la LC.

En el caso de la licitación colusoria entre las agencias de viaje, el Consejo Directivo de la Superintendencia ha dado muestras de moverse en esta dirección. En este caso, no se recabó prueba documental, ni testimonial sobre la existencia de un acuerdo escrito o verbal. Sin embargo, la evidencia económica fue tan contundente, que la SC concluyó que la perfecta identidad en algunos rubros de las ofertas económicas solo podía ser explicada a través de un acuerdo entre los participantes.⁶⁷⁰

No obstante ello, consideramos que un sistema de prohibición expresa de las prácticas concertadas dotaría a la Superintendencia de mayores herramientas en la persecución de las conductas anticompetitivas, ante el sigilo que generalmente acompaña las prácticas anticompetitivas, a la vez que contribuiría a suprimir todos los riesgos derivados de una aplicación demasiado extensiva de la LC, que pueda ser impugnada por contravenir el principio de legalidad, constitucionalmente garantizado en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁷⁰ *Vid.* nota anterior, donde transcribimos los pasajes más relevantes de la SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009.

36. Reglas de valoración para los acuerdos entre competidores

En este apartado, se examinarán las reglas de valoración aplicables a los acuerdos entre competidores adoptadas por el legislador salvadoreño, según su desarrollo en las resoluciones de la Superintendencia de Competencia, puesto que hemos constatado que en la descripción de las conductas prohibidas por el artículo 25 LC, éstas no se consignaron en forma explícita.

En la ley existen algunos indicios que, unidos a los pronunciamientos de la SC, permiten inferir la intención del legislador respecto de los acuerdos entre competidores. A diferencia del texto del artículo 26 LC, en el que la prohibición de los acuerdos entre no competidores depende de la concurrencia de una serie de factores, la sanción de las colusiones horizontales no se encuentra supeditada a ningún tipo de condicionante, ni admite defensas, por lo que en un primer término podría concluirse que se trata de acuerdos intrínseca o absolutamente prohibidos.⁶⁷¹

No obstante ello, dado que en apartados anteriores hemos concluido que el Art. 25 LC abarca distintos tipos de acuerdos entre competidores, con distintos grados de gravedad y distintos efectos en el mercado, cabe examinar si todas las formas de prácticas horizontales deberán estar sometidas al mismo grado de prohibición. En forma provisional, adelantamos que los escasos estudios que existen sobre la Ley de Competencia de El Salvador, consideran que nuestro sistema ha adoptado un modelo dual de prohibiciones de las colusiones horizontales.

⁶⁷¹ LC Art. 26.-“Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes...” y Art. 29.- Para determinar si un agente económico tiene una posición dominante en el mercado relevante deberá considerarse: a)Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder; b)La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; c) La existencia y poder de sus competidores; y d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos”. Para la sanción de los acuerdos entre no competidores, hay que tomar en cuenta el artículo 27 LC, en el que se establece que también es necesario comprobar los efectos de las conductas: “Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de esta Ley, deberá comprobarse: a)Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, 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 han producido o pudieran producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores al mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores”.

En el Examen Inter-pares 2008, sobre Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, se establece que los cárteles de núcleo duro enumerados en el artículo 25 LC deben entenderse prohibidos en forma absoluta, porque su naturaleza misma los hace anticompetitivos.⁶⁷² Los cárteles representan las conductas más dañinas para el orden concurrencial, porque no tienen un efecto económico redimible que los justifique o que pueda oponerse como excepción a su prohibición.⁶⁷³

Este mismo estudio indica que las modalidades de prácticas horizontales no constitutivas de un cártel podrán valorarse conforme a un sistema de prohibición relativa, ya que se trata de conductas que no siempre lesionan la competencia o que pueden producir algún tipo de eficiencia y/o beneficio que las justifique.⁶⁷⁴

En la normativa iberoamericana, hemos advertido que los acuerdos horizontales se encuentran prohibidos según distintos sistemas. Argentina, Brasil y España distinguen entre acuerdos prohibidos por su objeto y acuerdos prohibidos por su efecto.⁶⁷⁵ La Ley de Competencia de Chile no hace una distinción expresa, mien-

⁶⁷² Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de agosto de 2009),

⁶⁷³ En los escasos estudios nacionales, *vid.* ESCOLÁN SUAY, C., “Técnicas para la Investigación de Cárteles I”, Ensayos sobre Competencia, Art. 03-06 (en www.sc.gov.sv, consultada el 10 de agosto de 2009), en el cual la Superintendente establece que las conductas más dañinas, conocidas como cárteles o prácticas anticompetitivas absolutas, usualmente están prohibidas *per se* o en forma tajante en mucha de la legislación de competencia. Sobre estas prácticas, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicada por la UNCTAD, *cit.*, pp. 26 y 27, establece que el sistema de ilegalidad intrínseca de los cárteles es propio de los EE.UU., pero que las prácticas iguales a las que nuestra ley enumera, son las más duramente combatidas en prácticamente todos los países. En la misma dirección, puede consultarse el documento de la OCDE y el BM, A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, *cit.*, p. 20, en el que se establece que muchos países prohíben los cárteles en forma absoluta, sin que sea un requisito valorar los efectos que realmente producen.

⁶⁷⁴ Sobre las conductas que no se enumeran expresamente en el artículo 25 LC, en Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de agosto de 2009), p. 13, se concluye que no consta específicamente cuál es la regla aplicable a las conductas no constitutivas de un cártel, pero que de los casos resueltos hasta la fecha por la Superintendencia de El Salvador, puede deducirse que se adoptará la regla de la razón para su análisis.

⁶⁷⁵ *Vid.* el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999, en el que se expresa que: “*Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado...*”. En sentido parecido, puede consultarse el Art. 20 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994. En consonancia con la normativa europea aplicable a las colusiones, caracterizada porque el artículo 81.1 distingue entre las conductas que tienen por objeto y las que tienen el efecto de restringir la competencia, el artículo 1.1 de la ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España adopta este mismo sistema, puesto que prohíbe todo

tras que la normativa de Costa Rica, Honduras, México y Panamá clasifican las colusiones en conductas prohibidas en forma absoluta y conductas prohibidas en forma relativa.⁶⁷⁶ Perú prohíbe las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia, pero en la realidad establece un sistema que distingue las conductas entre prácticas sometidas a una prohibición absoluta y prácticas sometidas a una prohibición relativa.⁶⁷⁷

Encontramos que Perú contiene el sistema de prohibiciones más explícito y completo, puesto que la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas aclara cuáles son las conductas prohibidas en forma absoluta y cuáles son las conductas prohibidas en forma relativa. En el caso de las prácticas absolutas, la Ley dispone que las infracciones se configuran con la sola comprobación de la existencia de una determinada conducta, mientras que en el caso de las prohibiciones relativas, la ley aclara que deben considerarse los efectos negativos en la competencia y en el bienestar de los consumidores.⁶⁷⁸

acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto o efecto una limitación de la competencia. Al respecto, *vid.* artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España, el cual textualmente señala “*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...*”.

⁶⁷⁶ Para prohibiciones que distinguen entre prácticas absolutas y relativas, *vid.* artículos 11 y 12 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 1995; artículos 6 y 8 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; artículos 9 y 10 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; y artículos 13 y 16 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007.

⁶⁷⁷ *Vid.* Art. 11.1 “*Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia, tales como...*”. Hemos de precisar que este inciso introductorio viene seguido de once literales que describen algunas modalidades de acuerdos horizontales prohibidos en forma relativa, independientemente que tengan por objeto o efecto afectar la competencia. En forma complementaria, el Art. 11.2 establece que “*Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que o sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto...*”, seguido de cuatro literales en los que se enumeran las formas más tradicionales de acuerdos de núcleo duro, idénticos a los de la Ley de Competencia salvadoreña.

⁶⁷⁸ En la normativa peruana, *vid.* Art. 8 en el que se establece que “*En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta*” y Art. 9 “*En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta que ésta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores*”.

Cabe precisar que, aun cuando en Panamá la ley distingue entre prácticas absolutas y prácticas relativas, en realidad permite valorarlas todas conforme a la regla de la razón, estableciendo un sistema de prohibiciones mayoritariamente relativas, porque permite autorizar cualquier modalidad de práctica que genere un incremento de la eficiencia y que no dañe al consumidor.⁶⁷⁹

En forma similar, las leyes de Nicaragua, República Dominicana y Uruguay establecen que las conductas que son accesorias para la producción de distintas formas de eficiencia económica, quedan exceptuadas de la prohibición, por lo que independientemente de su clasificación, estas normas también se inclinan por un sistema de prohibiciones mayoritariamente relativas.⁶⁸⁰

Debemos precisar que en esta parte de nuestro estudio, el modelo europeo no será examinado con tanto detalle como se ha hecho en los demás temas que esta investigación abarca, ya que cabe adelantar que en materia de reglas de valoración de los acuerdos entre competidores, la Superintendencia de Competencia salvadoreña, ha dado muestras de haberse decantado por la aplicación de reglas retomadas del modelo utilizado en los Estados Unidos.

En el derecho comunitario, el texto del Art. 81.1 TCE prohíbe todas las formas de acuerdos entre operadores económicos que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que “tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”.⁶⁸¹

Se trata de un sistema que preserva la dualidad que encontramos en casi todas las legislaciones estudiadas, pero que distingue entre las conductas que tienen un objeto anticompetitivo y las que tienen efectos anticompetitivos. De forma somera, precisamos que las prácticas prohibidas por su objeto, no requieren un análisis ni una demostración de sus efectos para ser sancionadas; la sola comprobación de la conducta basta para aplicar una sanción. En los casos de conductas que no tienen un

⁶⁷⁹ Además de los artículos 13 y 16 citados, el artículo 5 de la normativa panameña establece que “*Cualquier acto, acuerdo, alianza, asociación, convenio o contrato que genere incremento en la eficiencia económica y no perjudique al consumidor no se considerará que restringe, disminuye, daña, impide o vulnera la libre competencia y la libre concurrencia económica. El agente que alegue lo anterior deberá acreditarlo*”.

⁶⁸⁰ Pueden consultarse los artículos 5 y 7 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; artículos 5 y 7 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; y, artículos 2 y 4 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, en los que se establece primero la tipificación de las conductas prohibidas y segundo, una condición basada en criterios de eficiencia económica.

⁶⁸¹ *Vid. supra*, el texto completo de este inciso del artículo 81.1 TCE en la nota 529 de este capítulo.

objeto anticompetitivo, entonces se pasa a examinar los efectos en las condiciones de competencia, para determinar su ilicitud.⁶⁸²

En la práctica, la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal Europeo de Justicia se ha encargado de ir tipificando cada modalidad concreta de acuerdo horizontal en una u otra clasificación. Para los fines de este estudio, precisamos brevemente que las conductas prohibidas por su objeto corresponden en su mayoría a cárteles de núcleo duro,⁶⁸³ mientras que las otras modalidades de acuerdos entre competidores son generalmente valorados según sus efectos.⁶⁸⁴

⁶⁸² Por todos, puede consultarse una gran variedad de autores que coinciden en señalar que se trata de una clasificación alternativa y no acumulativa. WISH, R., *op. cit.*, pp. 116 y 117, explica que cuando una práctica se clasifica entre las que tienen objeto anticompetitivo, la infracción al artículo 81.1 del TCE se establece con la sola comprobación de la conducta, sin necesidad de considerar los efectos. Las prácticas que no tienen un objeto anticompetitivo evidente, deben examinarse y prohibirse sólo en razón de sus efectos anticompetitivos. En sentido parecido, GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pp. 195 y ss., establece que las conductas prohibidas por su objeto son las que tienen la finalidad directa de limitar la competencia, mientras que las conductas que se sancionan por sus efectos, no tienen la finalidad directa de lesionar la competencia, pero en atención al contexto y a distintas circunstancias, pueden producir dicho perjuicio. También en la misma dirección, JONES, A., “Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law – convergence or divergence?” en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, N. 4/winter 2006, pp. 755 y ss., quien a partir de la jurisprudencia del TJCE explica que las conductas que tienen por objeto prevenir, restringir o distorsionar la competencia son prohibidas sin necesidad de tomar en cuenta sus efectos concretos. Las conductas prohibidas por sus efectos deben examinarse en detalle, para comprobar el daño anticompetitivo. En igual sentido, PACE, L.F., *op. cit.*, pp. 109 y 110, explica que se trata de la división fundamental para apreciar las prácticas en el derecho europeo de la competencia. Las conductas que tienen por objeto restringirla son las que por su misma naturaleza poseen el potencial para restringir la competencia. En términos de la Comisión Europea son las conductas con un fuerte potencial para producir efectos negativos para la competencia. Los acuerdos que no presenten un objetivo contrario a la competencia deben valorarse por sus efectos concretos. También ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 162 y ss., a partir de una recopilación muy completa de la jurisprudencia europea, aclaran que el objeto anticompetitivo se refiere a la naturaleza misma de la conducta y no a la intención de las partes. Los acuerdos que por sí mismos restringen la competencia, como los emblemáticos acuerdos de fijación de precios, son ilícitos por su sola celebración. Si el acuerdo no es anticompetitivo en sí mismo o si existen dudas, debe hacerse un examen detallado de las condiciones del mercado para determinar los efectos de las conductas investigadas. En igual sentido, KORAH, V., *op. cit.*, pp. 76 y ss., explica que en el ámbito europeo, las conductas que tienen un objeto anticompetitivo son asimiladas a las restricciones de núcleo duro.

⁶⁸³ Entre los casos más emblemáticos, puede consultarse la STJCE del 13 de julio de 1966, asunto C-56 & 58/64, *Consten & Grundig v. Commission*, en el cual el Tribunal manifestó que no es necesario tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo, una vez se haya establecido que su objeto es la restricción o la distorsión de la competencia. En igual sentido, *vid.* STJCE del 25 de enero de 2007, casos C-403 P y 405/04 P, asunto *Sumitomo v. Commission*; STJCE del 12 de julio de 1979, asunto C-32/78, *BMW Belgium et autres v. Commission*. Para ejemplos de casos de acuerdos sobre fijación de precios, *vid.* STJCE del 15 de julio de 1970, asunto C- 41/69, *ACF Chemiefarma v. Commission*; del 17 de enero de 1984, asuntos C-43 y 63/82, *VBVB & VBBB v. Commission*; STJCE del 30 de enero de 1985, asunto C-123/83, *BNIC v. Guy Clair*.

⁶⁸⁴ Entre los casos seminales sobre conductas horizontales no constitutivas de cárteles de núcleo duro, puede consultarse STJCE del 30 de junio de 1966, asunto C-56/65 *Société Technique Minière*

Sin embargo, aunque puedan encontrarse similitudes y rasgos comunes entre la normativa de defensa de la competencia comunitaria y la legislación *antitrust* de los EE.UU., los estudios y la jurisprudencia precisan que no estamos en presencia de sistemas idénticos.⁶⁸⁵

En el sistema salvadoreño, constatamos que la Superintendencia de Competencia ha optado por la aplicación de reglas que muestran afinidad con el sistema implementado en los Estados Unidos. En los cinco casos de colusiones horizontales sancionados hasta la fecha, la autoridad de competencia nacional ha aplicado el régimen de prohibiciones *per se* que se aplica en los EE.UU. a los cárteles entre competidores.

Históricamente, las dos reglas o parámetros básicos para el tratamiento de los acuerdos anticompetitivos, surgen jurisprudencialmente en los Estados Unidos, a través de los casos resueltos en los primeros años de vigencia de la Ley Sherman,

v. *Mashinenbau Ulm*; y STJCE 9 de julio de 1969, asunto C-5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke* y en la jurisprudencia del TPI, *vid.* sentencia del 15 de septiembre de 1998, caso T-374/1994, asunto *European Night Services v. Commission*, en los que ha quedado establecido que cuando un acuerdo no tiene objeto anticompetitivo, porque no es en sí mismo anticompetitivo, entonces se vuelve necesario considerar los efectos del acuerdo en la competencia dentro del mercado común.

⁶⁸⁵ Los estudios y la jurisprudencia europea manifiestan que una clasificación basada en el objeto y los efectos anticompetitivos no es lo mismo que una clasificación basada en las conductas prohibidas *per se* y las que se someten a la regla de la razón. Sobre las diferencias con la regla de la razón, en la jurisprudencia europea, puede consultarse la STPI del 18 de septiembre de 2001, en el caso T-112/99 *Metropol Television (M6) et autres v. Commission*, en la cual el Tribunal expresó que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “no pueden interpretarse en el sentido que de que consagran la existencia de una “rule of reason”. Más bien se insertan en una corriente jurisprudencial más amplia según la cual no se debe considerar, de manera completamente abstracta e indistinta, que todo acuerdo que restrinja la libertad de acción de las partes o una de ellas se ve afectado necesariamente por la prohibición de artículo 85, apartado 1 del Tratado...”. También puede consultarse, JONES, A., *op. cit.*, pp. 745 y ss., quien expone que si bien existe la necesidad de adoptar un enfoque más económico en la apreciación de las conductas prohibidas en el modelo europeo, similar al que se aplica en los EE.UU., no debe intentarse trasladar las reglas aplicables en ese sistema, porque ni la regla *per se*, ni la regla de la razón pueden insertarse directamente, ya que el contexto europeo es totalmente diferente. Sobre las distinciones con las prohibiciones *per se*, puede consultarse ROSE, V. and ROTH, P., *op. cit.*, pp. 142 y ss., quienes explican que las conductas que tienen un objeto anticompetitivo, no pueden equipararse a las conductas prohibidas *per se*, porque en el ámbito europeo los acuerdos prohibidos por su objeto pueden quedar amparados por la regla *de minimis*, tienen que afectar el comercio entre los estados miembros y pueden beneficiarse de las excepciones del Art. 81 (3) TCE, mientras que las conductas prohibidas con base en los efectos, se asemejan a los acuerdos valorados conforme a la regla de la razón, pero es de considerar que también éstas pueden beneficiarse de las excepciones del artículo 81(3) y que sobretodo, la restricción de la competencia tiene que tener dimensión europea.

ya que al igual que la LC, la normativa *antitrust* de ese país tampoco las menciona expresamente.

La Corte Suprema de los Estados Unidos llegó tempranamente a la conclusión que las colusiones prohibidas por la Ley Sherman deben valorarse conforme a dos parámetros: un sistema de prohibición relativa, que permite apreciar las conductas según sus efectos reales en las condiciones de competencia y un sistema de prohibición absoluta, aplicable a las prácticas que no tienen un efecto económico redimible. De esta forma surgen las conductas valoradas según la regla de la razón y las conductas prohibidas *per se*.⁶⁸⁶

La interpretación jurisprudencial de la Ley Sherman ha tenido varias etapas y, como es natural, durante los más de cien años de su vigencia, las reglas de valoración han mostrado contornos distintos en diferentes momentos. No obstante ello, dado que nuestra investigación no pretende extenderse en un examen detallado de ese ordenamiento, consideramos que los aspectos actuales más relevantes sobre la regla *per se* y la regla de la razón, son los que revisten mayor interés para constituir un punto de partida sobre el sistema de valoración que la Superintendencia de Competencia aplica al momento de conocer casos que involucren los distintos tipos de conductas que el artículo 25 LC prohíbe. Los contornos precisos de estas reglas en el sistema salvadoreño deberán ser fruto de la aplicación de la normativa a los casos concretos.

36.1 Acuerdos sometidos a una prohibición absoluta

Iniciamos nuestras consideraciones sobre las distintas reglas de valoración aplicadas a los acuerdos horizontales en el sistema de defensa de la competencia salvadoreño con los acuerdos sometidos a una prohibición absoluta, puesto que tal como habrá oportunidad de constatar, constituyen los únicos tipos de pactos colusivos respecto de los cuales la Superintendencia de Competencia ya emitió un criterio definido.

⁶⁸⁶ Para un recuento de la evolución histórica en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de los EE.UU., por todos, *vid.* BORK, R. *op. cit.*, pp. 15-49, donde este autor examina los fundamentos históricos de la normativa *antitrust* a partir de su aprobación, de sus enmiendas o modificaciones y de su evolución jurisprudencial, según los distintos Magistrados que han presidido esa CSJ entre 1890 y 1936. En forma similar, AREEDA, P. and KAPLOW, L., *op. cit.*, pp. 166-250, hacen un recuento histórico, pero más actualizado de la jurisprudencia más relevante en materia de restricciones horizontales. En sentido parecido, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pp. 1-77, donde también se hace un recuento de la evolución de los criterios jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia y las cortes secundarias de ese país han aplicado a las conductas que infringen el artículo 1 de la Ley Sherman.

Los acuerdos horizontales clasificados como acuerdos de núcleo duro, generalmente se enmarcan en una categoría de prácticas que no requiere la constatación de sus efectos en las condiciones de competencia, puesto que adolecen de un objeto anticompetitivo intrínseco: la sola celebración de acuerdos como la fijación de precios, las limitaciones de la producción, los repartos de mercados o las licitaciones colusorias- expresamente enumerados en el Art. 25 LC-, siempre restringen la competencia, porque su simple celebración elimina *per se* la rivalidad entre los operadores económicos.⁶⁸⁷

El Examen Inter-pares del Derecho y Política de Competencia en El Salvador, mencionado anteriormente, concluye que nuestra Legislación ha adoptado un sistema *per se* parcial o moderado, porque la prohibición absoluta sólo abarca las conductas horizontales constitutivas de un cártel, mientras que las demás prácticas anticompetitivas que encajan en las prohibiciones del artículo 25 parecen estar sometidas a una prohibición relativa.⁶⁸⁸

Nuestras consideraciones sobre las reglas aplicables a las colusiones horizontales prohibidas por la Ley de Competencia salvadoreña, se enfocarán en el estudio del sistema utilizado por los tribunales de los Estados Unidos, ya que éste constituye el modelo adoptado por la Superintendencia de Competencia en los casos resueltos hasta la fecha de conclusión de este estudio. A los cinco casos de cárteles sancionados, se les ha aplicado un sistema de prohibiciones *per se*, por lo que a efecto de examinar los criterios adoptados por la SC, es necesario destacar los elementos más relevantes de esta regla.

⁶⁸⁷ En los estudios que se refieren directamente a la normativa salvadoreña, puede consultarse, FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, *cit.*, p. 9, donde se establece que las figuras prohibidas en el artículo relativo a las prácticas entre competidores, son prohibidas *per se*. Es decir que no existe margen de discrecionalidad para apreciar sus efectos en la competencia, porque siempre son prohibidas, por ser siempre anticompetitivas. En sentido similar, RIVERA, E. y SCHATAN, C., *op. cit.*, p. 27, manifiestan que en el caso de El Salvador, la tipificación de las prácticas entre competidores es asimilable a las prácticas monopolísticas absolutas, es decir a aquéllas que son prohibidas por su misma naturaleza o *per se*. En la documentación elaborada por la SC, *vid.* el Formulario-Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en agosto 2009), en cuya p. 9, se establece que los acuerdos entre competidores son prohibidos “bajo cualquier circunstancia” y se consideran ilícitos por sí mismos.

⁶⁸⁸ Al respecto, *vid.* *Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008*, *cit.*, p. 13, donde se concluye que de acuerdo a lo estipulado por el artículo 25, parece que la regla *per se* es la que se aplica al análisis de los cárteles, pero que existe cierta ambigüedad en cuanto a la regla que se deberá aplicar a otros tipos de acuerdos horizontales.

Históricamente, la regla de la razón es la primera en aparecer en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Standard Oil of New Jersey v. United States*, examinado más adelante.⁶⁸⁹ Sin embargo, en la cronología de los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia de El Salvador, la primer regla aplicada a los acuerdos entre competidores ha sido la regla *per se*.

Un par de décadas después del surgimiento de la regla de la razón, la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. confirmó la existencia de la regla *per se*, en el juicio *Trenton Potteries Co. v. United States*. Durante la revisión de este caso, los Magistrados llegaron a la conclusión que algunas conductas anticompetitivas debían abordarse desde un enfoque más estricto que la regla de la razón, puesto que existen comportamientos que pueden prohibirse en forma intrínseca o absoluta, sin necesidad de ponderar su razonabilidad, ya que son anticompetitivos en sí o por su misma naturaleza.⁶⁹⁰

Este régimen de prohibiciones absolutas, se aplica en los Estados Unidos a las conductas respecto de las cuales la experiencia ha demostrado que se trata de prácticas que siempre o casi siempre lesionan la competencia⁶⁹¹ y que no tienen el potencial para producir algún efecto económico rescatable o redimible.⁶⁹² En estos casos, basta comprobar la existencia del acuerdo, para establecer un ilícito anticompetitivo.⁶⁹³

⁶⁸⁹ Vid. *infra*, apartado 36.2, en el cual hacemos referencia a la jurisprudencia concreta de la CSJ, que da forma a la regla de la razón, y específicamente a la sentencia pronunciada en el caso *Standard Oil of New Jersey v. United States* 221 US 1 (1911).

⁶⁹⁰ Vid. *Trenton Potteries Co., v. United States*, 273 US 392 (1927), donde en un acuerdo de fijación de precios, la Corte manifestó que “*An agreement of those controlling over 80% of the business of manufacturing and distributing sanitary pottery in the United States, to fix and maintain uniform prices, violates the Sherman Act whether the prices in themselves were reasonable or unreasonable. Chicago Bd. of Trade v. United States, 246 U. S. 231, distinguished. P. 273 U. S. 396*”.

⁶⁹¹ Al respecto, puede consultarse *White Motor Co. v. United States*, 372 US 253 (1963), *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 US 332 (1982), *NCAA v. Board of Regents*, 468 US 85 (1984) y *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 US 411 (1990), donde en síntesis, la Corte estableció que una prohibición *per se*, sólo puede aplicarse ante suficiente experiencia judicial previa, que demuestre que esa conducta es en sí misma una restricción al comercio y cuyo único propósito es la eliminación de la competencia.

⁶⁹² Vid. *Northern Pacific Railway Co. y otros v. United States*, 356 US 1 (1958) y *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, 472 US 284 (1985), donde la Corte Suprema de los EE.UU. apuntó que existen algunos acuerdos o prácticas que en virtud de sus nefastos efectos en la competencia y una total ausencia de virtudes redimibles, pueden presumirse contundentemente irracionales e ilegales.

⁶⁹³ Vid. *Northern Pacific Railway Co. y otros v. United States*, 356 US 1 (1958) y *NCAA v. Board of Regents*, 468 US 85 (1984) y *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978), donde en síntesis, la CSJ de los EE.UU. manifestó que la regla *per se* es aplicada cuando los efectos anticompetitivos que pueden presumirse son tan evidentes, que se vuelve injustificado realizar un examen extensivo de sus efectos.

En presencia de conductas respecto de las cuales existe una presunción basada en experiencias previas idénticas, en las que se han comprobado efectos anticompetitivos sistemáticos y no se han determinado beneficios que las justifiquen, se vuelve dispendioso realizar, un examen extensivo de sus efectos concretos, para determinar su razonabilidad, puesto que se conoce con anticipación que estas prácticas limitan la competencia sin justificación alguna.⁶⁹⁴

En los EE.UU., las prohibiciones *per se* son aplicables a los pactos colusivos más dañinos, entre los que generalmente se incluyen los cárteles de núcleo duro, como los acuerdos sobre precios, limitaciones de la producción, repartos de mercado o pujas fraudulentas.⁶⁹⁵ Sin embargo, hemos de mencionar que en ese sistema, esta regla también ha abarcado otras conductas horizontales, como algunos boicoteos colectivos⁶⁹⁶ o algunas conductas verticales extremadamente dañinas, como la fijación de precio mínimo de reventa.⁶⁹⁷ No obstante ello, tal como se comprobará en el apartado siguiente, en materia de acuerdos horizontales no constitutivos de cárteles de núcleo duro, en la actualidad la Corte Suprema de Justicia de ese país, ha establecido que debe aplicarse la regla de la razón.⁶⁹⁸

⁶⁹⁴ Sobre este tema, *vid.* HOVENKAMP, H., *Antitrust*, Black-letter Outlines, Thomson-West, 4th edition, 2005, p. 116, donde brevemente, pero contundentemente este autor precisa que las conductas *per se* constituyen una clasificación de prácticas respecto de las cuales ya existe suficiente experiencia judicial, para determinar que siempre o casi siempre son anticompetitivas. En sentido idéntico, *vid.* la ponencia del Comisionado LEARY, T.B. “A Structured Outline for the Analysis of Horizontal Agreements”, presentada en la Conferencia sobre Derecho de la Competencia, en marzo 2004 (en www.ftc.gov/speeches/leary/chairshowcasetalk.pdf, consultada en agosto 2009), quien como parte de un método para el análisis de los acuerdos horizontales, explica que solo pueden catalogarse como prácticas prohibidas *per se*, aquellas conductas en las que ya exista un considerable número de precedentes que hayan permitido determinar que se trata de conductas que siempre o casi siempre producen un daño. En sentido similar, PIRAINO, T.A. Jr., “Reconciling the Per Se and the Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis”, en *Southern California Law Review*, Vol. 64, 1991, p. 692, explica que la regla *per se* es una versión abreviada de la regla de la razón, ya que se aplica a conductas respecto de las cuales los tribunales ya han adquirido una vasta experiencia y pueden condenarlas cuando tienen la certeza que se trata de una práctica que tiene un impacto anticompetitivo casi sistemático.

⁶⁹⁵ Sobre distintas modalidades de cárteles de núcleo duro sometidos a una prohibición *per se*, pueden consultarse los casos *Trenton Potteries Co., v. United States* 273 US 392 (1927); *United States v. American Linseed Oil Co.*, 262 US 371 (1923); *United States v. Sealy, Inc.*, 388 US 350 (1967) y *United States v. Gosslein Work Wide Moving, N.V* 411 F.3d 502, 508 (4th Circ. 2005).

⁶⁹⁶ Para jurisprudencia sobre boicoteos colectivos sometidos a la regla *per se*, *vid.* *United States v. General Motors Corp.*, 384 US 127 (1966), *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 US 207 (1959), *Associated Press v. United States*, 326 US 1 (1945), *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941).

⁶⁹⁷ El criterio imperante hasta hace poco, en materia de fijación de un precio mínimo de reventa, fue modificado en *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US (2007).

⁶⁹⁸ Por lo general, existe consenso en señalar que la regla de la razón constituye el estándar mayoritariamente aplicable a los acuerdos anticompetitivos. Sobre este punto, *vid. infra* nota 719.

Debemos apuntar que tal flexibilidad jurisprudencial ha sido posible, ya que la Ley no establece ningún elemento que indique cuál regla deba aplicarse. En el caso salvadoreño, el dilema solo puede surgir en el caso de las conductas bajo examen, puesto que tal como destacamos anteriormente, la configuración de las conductas entre no competidores establecida en el artículo 26 LC, impide que se les aplique una prohibición *per se*.⁶⁹⁹

La doctrina explica que un sistema de prohibiciones absolutas ofrece la ventaja de proporcionar reglas claras sobre el método de valoración aplicado a un conjunto determinado de conductas. La aplicación de la regla *per se* a prácticas específicas, provee a los operadores económicos con la mejor predeterminación sobre su ilicitud y sobre las consecuencias de sus actos,⁷⁰⁰ ya que los acuerdos que integran esta clasificación son ilícitos por su mera celebración y no admiten ningún tipo de defensa o justificación, porque generalmente no tienen potencial para generar ningún tipo de eficiencia.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ Vid. nuestros comentarios en el apartado 36 y las notas 673 y 731 de este capítulo.

⁷⁰⁰ Por todos, puede consultarse, FOX, E.M., *The Future of the per se rule: two visions at war with one another*, en *Washburn Law Journal*, Vol. 29, 1989, p. 200, quien apunta que independientemente de otras consideraciones, la regla *per se* tiene el beneficio de guiar a la comunidad empresarial en forma clara, de contribuir a una aplicación de la norma más efectiva y a litigios más eficientes. En sentido similar, SULLIVAN, L., *“The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints”*, *cit.*, p. 843, considera que, sin perjuicio de algunos errores que deben evitarse a través de una aplicación demasiado extensiva de este régimen, las Cortes de los EE.UU. han concluido que la regla *per se* aporta mayor simplicidad y certeza en la tramitación de los casos. Por otra parte, en el documento elaborado por el Director Adjunto de la FTC, COHEN, W., *“Per se Illegality and Truncated Rule of Reason: The Search for a Foreshortened Antitrust Analysis”*, Federal Trade Commission discussion Draft, November 1997 (en www.FTC.gov/opp/jointvent/persepap.shtm consultada el 24 de agosto de 2009), también se indica que existe una búsqueda perpetua de equilibrio entre la claridad y predictibilidad que la regla *per se* aporta y la certeza en la aplicación de la ley que la regla de la razón aporta. En la misma dirección, PEYTON, T.E., *“Unravelling the Current Rule for Applying the Per Se Rule: Explanations, Solutions, and a Proposal”*, en *The Journal of Corporation Law*, summer 2001, p. 1052, quien considera que esta regla permite determinar la legalidad o ilegalidad en forma más certera y contribuye para que los empresarios puedan tomar decisiones más informadas. Por su parte, HYLTON, K., *op. cit.*, p. 116, explica que las prohibiciones *per se* constituyen prohibiciones claramente delineadas, que persiguen una finalidad eminentemente disuasiva. En sentido muy parecido, AREEDA, P., and KAPLOW, L., *op. cit.*, p. 203, también consideran que este sistema de prohibiciones claras tiene una finalidad disuasiva, porque expresan la dureza del régimen al que se someten estas conductas.

⁷⁰¹ Sobre este aspecto, *vid.* BORK, R., *“The Rule of Reason and the Per Se Concept: price fixing and market division”* en *The Yale Law Journal*, Vol. 75, N. 3, January 1966, p. 384, quien insiste reiteradamente que si la normativa *antitrust* quiere ser congruente con los fines económicos que busca proteger, entonces los únicos acuerdos prohibidos *per se*, deben ser aquellos que no tengan el menor potencial para generar algún tipo de eficiencia.

Por otra parte, además de claridad y certeza respecto de los acuerdos absolutamente prohibidos, este régimen reduce los tiempos y costos destinados para el estudio de los casos en sede judicial. Dado que las conductas prohibidas *per se* son generalmente sancionadas, sin necesidad de practicar elaborados estudios de mercado para valorar su impacto, los tiempos y los costos invertidos en los procedimientos son considerablemente inferiores que los que se invierten en los casos examinados según la regla de la razón.

En este sentido, la aplicación de una regla *per se* evita un innecesario dispendio de actividad y recursos de las agencias contraloras, por cuanto parte de una prohibición que se basa en la simple comprobación de la celebración del acuerdo, sin necesidad de evaluar la existencia o el alcance de sus efectos.⁷⁰² A diferencia de la regla de la razón, esta regla precluye la consideración de efectos procompetitivos, en casos de conductas respecto de las cuales la experiencia ha demostrado que existe una presunción conclusiva que siempre o casi siempre restringen la competencia.⁷⁰³

Sin embargo, en función de la gran incidencia que el enfoque económico ha tenido en la aplicación jurisdiccional de esta normativa, en los Estados Unidos se ha

⁷⁰² Al respecto, *vid.* MEESE, A.J., “Price Theory, Competition, and The Rule of Reason”, en *Illinois Law Review*, Vol. 2003, N. 1, p. 93, quien precisa que se trata de un sistema de valoración que se basa en la conclusión que el examen de la razonabilidad de determinados tipos de prácticas, llevará siempre o casi siempre a la conclusión que limitan indebidamente la rivalidad empresarial. En este sentido, la aplicación de una regla *per se* contribuye a evitar los costos administrativos de una investigación. Por su parte, HYLTON, K., *op. cit.*, pp. 116 y ss., explica que la aplicación de la regla *per se* tiene una justificación utilitaria, puesto que permite establecer reglas claras para que los agentes económicos ordenen sus comportamientos, así como reducir los costos y tiempos de investigación, ante la comisión de prácticas que por regla general son anticompetitivas. En sentido similar, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law, cit.*, pp. 50 y ss., quienes coinciden que la prohibición generalizada de estas conductas permite concentrar esfuerzos en la investigación de las prácticas que requieren un análisis más profundo sobre sus posibles efectos; y en sentido idéntico, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 200 y ss., manifiestan que, por una parte se trata de una regla que permite establecer prohibiciones claramente identificables y, por otra, permite evitar el dispendio innecesario de la actividad y recursos de los tribunales, agentes económicos y agencias contraloras, en la investigación de conductas cuyos efectos negativos en la competencia, pueden presumirse en la casi generalidad de casos.

⁷⁰³ *Vid. supra* nota 694, donde citamos precedentes en los que se ha establecido que las conductas catalogadas como prohibiciones *per se* deben ser prácticas respecto de las cuales, la experiencia haya demostrado que se trata de conductas que afectan la competencia. No puede ser aplicable a conductas que aparecen por primera vez en el mercado. En este sentido, también puede consultarse la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, proveída en el cártel de “Las Agencias de Viaje” y la resolución SC-017-O/PS/R-2010 19.12.2011, donde muy brevemente el CDSC expresó que “*por este motivo, a través de la doctrina y jurisprudencia internacional ha adquirido certeza la práctica de examinar este tipo de prácticas anticompetitivas a través de un mecanismo particular: la regla per se*”.

establecido que este régimen de prohibición absoluta, debe reservarse únicamente para los acuerdos cuya única finalidad es la supresión o limitación de la competencia.⁷⁰⁴ Los pactos horizontales que constituyen acuerdos accesorios o subordinados a prácticas lícitas, cuyo propósito principal es la generación de algún tipo de eficiencia o de efectos procompetitivos, podrán ser valorados según la regla de la razón,⁷⁰⁵ ya que más allá de su forma, modalidad de manifestación o clasificación, lo que realmente interesa son los beneficios o perjuicios económicos que estas conductas producen.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ En la jurisprudencia reciente de ese país, *vid. Texaco Inc. v. Fouad Dagher et al.* 547 US (2006), donde la CSJ apuntó que la regla *per se*, está reservada exclusivamente para los acuerdos que son tan llanamente anticompetitivos que un estudio elaborado de las condiciones del mercado no es necesario para establecer su ilicitud.

⁷⁰⁵ Este es un criterio que surge muy tempranamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. y que ha sido construido a partir de dos precedentes jurisprudenciales básicos. El caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S.* 175 US 211 (1898), donde la CSJ de los EE.UU. expresó que la regla de la razón debe ser el estándar aplicable a los pactos que restringen la competencia en forma accesorias, porque forman parte de una transacción legítima. En la jurisprudencia de las cortes inferiores, puede consultarse también el muy citado fallo del Juez Robert Bork, en *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F. 2d 210, 224 DDC (1986), donde este expositor de la Escuela Económica de Chicago explica que un acuerdo accesorio “debe estar subordinado y debe ser colateral para una transacción legítima. Se considera subordinado y colateral cuando el acuerdo anticompetitivo resulta indispensable para la realización de la transacción principal” (traducción nuestra). Para jurisprudencia relevante más reciente sobre el tratamiento de los acuerdos accesorios, puede consultarse *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 US 596 (1972) y *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978).

⁷⁰⁶ Sobre este tema, la doctrina científica apunta que sólo las conductas directamente anticompetitivas o las restricciones directas a la competencia deben sancionarse (naked restraints). Al respecto puede consultarse, BORK, R., *op. cit.*, pp. 263 y ss., quien afirma que sólo las conductas cuya única finalidad y efecto es la restricción de la competencia deben prohibirse *per se*. Para este autor, aun los cárteles de núcleo duro, como los acuerdos de fijación de precios, deben someterse a un análisis sobre su razonabilidad cuando son accesorios o están subordinados a una conducta generadora de distintas forma de eficiencia. En sentido parecido, WERDEN, G.J., “Rule of reason v. *per se*: where are the boundaries now? The ancillary restraints doctrine”, en American Bar Association Section of Antitrust Law, 54th Antitrust Spring Meeting, March 29-31 2006, explica que la doctrina de las conductas accesorias o colaterales, implica esencialmente que se trata de prácticas que de no ser accesorias, serían valoradas según el régimen de prohibición *per se*, pero que tampoco debe entenderse que se trata de conductas automáticamente permitidas, puesto que deben ser examinadas según la regla de la razón. Por otra parte, HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, *cit.*, pp. 112 y ss., indica que los acuerdos directamente anticompetitivos (naked restraints), son aquellos que no ofrecen ninguna compensación benéfica, como si puede ser el caso en las conductas accesorias, que a pesar de producir efectos anticompetitivos, son necesarias para la implementación de una práctica cuya finalidad y efectos son benéficos para el mercado. Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 10, 207 y 305, también explican que las prácticas anticompetitivas accesorias permitidas, son aquellas que facilitan la implementación del acuerdo principal y cuyos efectos anticompetitivos no superan los beneficios del acuerdo principal.

Por otra parte, no obstante los beneficios de este sistema de prohibiciones, es necesario precisar que la doctrina especializada aconseja prudencia en el uso de la regla *per se*, puesto que existen situaciones concretas en las que la aplicación de una prohibición absoluta no es conveniente y se castiguen indebidamente conductas que no producen efectos anticompetitivos o que sí pueden producir algún tipo de beneficio.⁷⁰⁷

Una vez delimitados los elementos más relevantes que caracterizan las prohibiciones *per se* en el sistema anglosajón, es necesario trasladar estas consideraciones a nuestro ordenamiento, con el propósito de establecer las reglas de apreciación de las conductas horizontales que deberán aplicarse o que ya se han aplicado en el sistema de defensa de la competencia salvadoreño.

En el primero de los casos resueltos por la autoridad de competencia salvadoreña, se aplicó una prohibición *per se*. En el caso de “Los Puestos de Bolsa”, el CDSC sancionó a los agentes económicos que habían celebrado un acuerdo de fijación de precios, prohibido por el literal a) del artículo 25 LC, a pesar que los participantes alegaron en su defensa que no lo habían ejecutado nunca.

Sin embargo, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, manifestó que este tipo de acuerdo tiene por objeto mismo la eliminación de la competencia entre los participantes, por lo que esta modalidad de colusión debía sancionarse *per se*, por su simple celebración, aunque en la práctica no haya producido efecto alguno.

Siempre en ese mismo caso, el CDSC manifestó textualmente que “*la sola adopción de este tipo de acuerdo se configura como una práctica anticompetitiva;*

⁷⁰⁷ Puede consultarse, COHEN, W., “Per se Illegality and Truncated Rule of Reason: The Search for a Foreshortened Antitrust Analysis”, Federal Trade Commission discussion draft, November 1997 (en www.FTC.gov/opp/jointvent/persepap.shtm consultada el 24 de agosto de 2009), apunta que debe mostrarse cautela, puesto que la aplicación de un régimen de prohibición *per se* a una conducta puede dar lugar a la prohibición de conductas que bajo un examen propio del caso podrían no serlo. En sentido parecido, SULLIVAN, L.A., “The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints”, en *California Law Review*, Vol. 75, 1987, p. 843, explica que la búsqueda del equilibrio entre procedimiento breves, reglas claras sobre las conductas prohibidas *vs.* certeza en la aplicación de la ley solo a conductas que realmente lesionan la competencia es un asunto que sigue siendo debatido. En la misma dirección, PEYTON, T.E., *op. cit.*, pp. 1052, expone que una aplicación muy rígida de una regla *per se* puede dar lugar a la sanción de conductas eficientes que benefician la competencia en el mercado. Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 202 y 203, recomiendan la aplicación de reglas que reduzcan los márgenes de error al mínimo, ya que los fallos en su aplicación perjudican la justicia y la eficiencia que la norma debe preservar.

por ello, según la referida ley, para determinar la ilicitud de la conducta no es necesario evaluar si ese tipo de acuerdos se hicieron efectivos o no”.⁷⁰⁸ Con base en este pronunciamiento, cabe concluir que para el tratamiento de los cárteles de núcleo duro, la SC se decantó desde el inicio, por un sistema de prohibiciones absolutas, que no admite la existencia de condicionantes o defensas que puedan justificar la celebración de un acuerdo colusivo entre competidores.

Esta resolución fue recurrida ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, quien mediante resolución 464-2007 del 17 de septiembre de 2011, confirmó la aplicación de la regla *per se* a todos los acuerdos entre competidores, en los siguientes términos: “...un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios, porque son susceptibles de incrementar el poder de mercado de los agentes económicos, acarreando consecuencias negativas en los precios de los servicios o productos, afectando así la competencia y a terceros. De ahí que sea una conducta sancionada *per se* por el legislador”.

En el segundo caso de colusiones horizontales conocido por la SC de El Salvador, el análisis relacionado con la regla de valoración es menos detallado. El lenguaje utilizado en la resolución final del caso de “Las Harineras”, es muy amplio, por lo que en un primer término parecería que el CDSC establece una regla de prohibición intrínseca para todos los acuerdos horizontales. En la *ratio decidendi* de esta resolución, el organismo decisorio de la SC señala que los acuerdos entre competidores constituyen las faltas más graves en el derecho de competencia, puesto que por su propia naturaleza perjudican la competencia y el bienestar de los consumidores.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Vid. resolución del CDSC SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, donde aunque las partes investigadas manifestaron que el acuerdo nunca llegó a ejecutarse, el Consejo Directivo de la SC expresó que “en el presente caso, la adopción de un acuerdo entre competidores es una conducta grave que limita, restringe e impide la competencia. El daño causado a través de la práctica afecta de manera directa a los demandantes del servicio de intermediación bursátil. La adopción del acuerdo por parte de los agentes económicos involucrados, generó efectos sobre terceros, ya que incidió en los costos en diversas cadenas de valor productivas de distintos sectores (maíz, semillas de granos básicos, papa, frijol, arroz, entre otros), lo que redujo el bienestar de los consumidores...”, procediendo a declarar la existencia de una infracción de la Ley, a ordenar el cese de la conducta y a aplicar una multa.

⁷⁰⁹ Vid. SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, donde tal como indicamos anteriormente, el CDSC establece que “A partir de lo anterior se puede observar que el desarrollo jurisprudencial a nivel internacional concuerda en calificar a los acuerdos anticompetitivos entre competidores como las faltas más graves en el Derecho de Competencia, en virtud que por su propia naturaleza, ocasionan perjuicios en las condiciones de competencia en los mercados y al bienestar de los consumidores”.

No obstante ello, la lectura integral de varios pasajes de este pronunciamiento, permite deducir que el CD se refiere únicamente a las conductas investigadas y sancionadas en el procedimiento en contra de “Las Harineras”. Es decir que la prohibición absoluta o *per se* únicamente abarca los cárteles de núcleo duro, porque estas formas de colusión no tienen más objeto que la eliminación de la competencia entre los participantes y porque no tienen ningún efecto económico redimible.⁷¹⁰

En la resolución final del cártel de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC se extiende notablemente más en las consideraciones sobre el sistema de prohibición absoluta aplicado a los cárteles de núcleo duro. En este caso, se amplió un poco más el contenido y finalidad de esta regla, se detallaron las conductas a las que se aplica y se indicó contundentemente que se trata de prácticas anticompetitivas que no admiten defensas o justificaciones.

En el análisis jurídico de los acuerdos entre competidores, que hace el CDSC en este pronunciamiento, se establece que la regla *per se* es aplicable a aquellas conductas que representan la violación más grave y pernicioso del derecho de competencia, porque perjudican a los consumidores, al generar un aumento artificial de los precios, que resulta en un despilfarro de recursos. Se trata de conductas respecto de las cuales la experiencia ha demostrado que no tienen un efecto económico redimible, siendo innecesario examinar los posibles efectos que éstas despliegan o las defensas que los participantes puedan alegar.⁷¹¹

El Consejo Directivo de la SC se remitió a sus propios precedentes para confirmar que “*para el análisis de las prácticas anticompetitivas tipificadas en el*

⁷¹⁰ Vid. los criterios expresados por el CDSC, en la SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008, donde a partir de varias citas de doctrina especializada, la entidad decisoria establece que “*En muchas jurisdicciones, los cárteles de núcleo duro (prácticas anticompetitivas entre competidores) son per se ilegales debido a su efecto pernicioso en la competencia y la falta de un valor económico redimible*”. En diciembre 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ declaró ilegal esta resolución, por razones que no afectan las reglas de valoración (Sentencia 334-2008 del 1.12.2011).

⁷¹¹ Vid. la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde haciendo referencia a estudios internacionales y a jurisprudencia de los EE.UU. y de Argentina, el CDSC establece que “*por este motivo, a través de la doctrina y jurisprudencia internacional ha adquirido certeza la práctica de examinar este tipo de prácticas anticompetitivas a través de un mecanismo particular: la regla per se. Según la American Bar Association, cuando una práctica resulta ser una de las que siempre o casi siempre tienden a restringir la competencia y reducir la producción, en lugar de una diseñada para incrementar la eficiencia económica y volver a los mercados más y no menos competitivos, es considerada ilegal per se y puede ser condenada sin más análisis. Bajo la regla per se, una restricción es concluyentemente presumida irrazonable sin elaborar una investigación para precisar el daño causado o la excusa comercial para su uso*”.

*artículo 25 LC basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por comprobado el ilícito administrativo, sin requerir prueba del daño y sin admitir ninguna justificación empresarial o económica para éste”.*⁷¹²

En materia de licitaciones colusorias, el CDSC confirmó en “Servicios Portuarios de Acajutla” que los acuerdos entre competidores en las licitaciones son conductas prohibidas por el literal c) del artículo 25 de la Ley, por lo que encajan en las conductas para cuyo análisis se utiliza la regla *per se*. El CDSC agrega que en estos casos, no es necesario establecer el daño, no pueden alegarse defensas económicas y no es necesario que el acuerdo abarque todos los elementos de la licitación.⁷¹³

Finalmente, en el análisis jurídico de la resolución pronunciada el 19 de diciembre de 2011 en el expediente SC-017-O/PS/R-2010, para sancionar un acuerdo de fijación de precios entre empresas de servicios telefónicos, el CDSC reiteró la aplicación de la regla *per se*, a los acuerdos horizontales, haciendo referencia a las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo que confirmaron la aplicación de esta regla a los acuerdos entre competidores.

En línea con lo expresado en esta parte de nuestro estudio, concluimos que existe certeza respecto de la regla de valoración aplicable a los acuerdos entre competidores expresamente enumerados en el artículo 25 LC. Sin embargo, anticipamos que no es posible concluir con este mismo grado de certidumbre en materia de modalidades de acuerdos horizontales no constitutivos de un cártel, ya que la ley no dice nada al respecto y la SC aun no se ha pronunciado sobre este tipo de conductas y la Sala de lo Contencioso Administrativo no estableció distingos en la resolución 464-2007, citada más arriba.

En materia de acuerdos de fijación de precios, de limitación de la producción, de reparto de mercado o de licitaciones colusorias la SC ha sido clara y ha establecido en reiterada jurisprudencia que aplicará la regla *per se*. La sola comprobación de la existencia de un acuerdo es elemento suficiente para sancionar a los agentes investigados. Quienes participen en una de estas conductas, aunque no tengan la

⁷¹² Vid. el análisis jurídico de los acuerdos entre competidores en el derecho de competencia que hace el CDSC, en el caso SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, cuyas consideraciones más relevantes han sido transcritas en el texto entrecomillado.

⁷¹³ Estos criterios han quedado establecidos en la parte inicial de la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, donde el CDSC se pronuncia sobre las particularidades de las licitaciones investigadas, concluyendo que se trata de una modalidad particular de un acuerdo de fijación de precios y que como tal, al ser prohibidas por el artículo 25 LC, deben entenderse prohibidas *per se*, confirmados en la SC-031-D/PS/R-2010 del 31.08.2011.

intención o el conocimiento de limitar la competencia, aunque no logren ejecutar el acuerdo o aunque el mismo no produzca efectos dañinos en el mercado, serán sancionados por la mera celebración del acuerdo.⁷¹⁴

Dada la rigidez de esta regla y la dureza con la que se han sancionado estas conductas, es importante que los operadores económicos salvadoreños se familiaricen y conozcan estos criterios de la SC, ya que la participación en un acuerdo de núcleo duro no admite defensas ni justificaciones y puede resultar en la aplicación de multas sumamente cuantiosas.

36.2 Acuerdos sometidos a una prohibición relativa

En la casi generalidad de sistemas de defensa de la competencia afines al nuestro, existen dos reglas básicas para valorar los acuerdos anticompetitivos.⁷¹⁵ En Estados Unidos, el primero y quizá más emblemático fallo que claramente establece las reglas aplicables a los acuerdos prohibidos por la normativa *antitrust*, se produjo en el caso *Standard Oil of New Jersey v. United States*, luego de un poco más de dos décadas de aplicación de la Ley Sherman.⁷¹⁶ La Corte Suprema de Justicia concluyó en 1911, que la normativa *antitrust* únicamente debe prohibir los acuerdos que limitan

⁷¹⁴ Cabe precisar que la aplicación de la regla *per se* ha sido objeto de impugnación en sede Contencioso Administrativo (ver proceso 252-2009), pero que en resoluciones 447-2007 del 14.06.2011 y 464-2007 del 17.09.2010, la Sala de lo Contencioso Administrativo estableció que en materia de acuerdos entre competidores sí aplica la regla *per se* (Caso de “Los Puestos de Bolsa”).

⁷¹⁵ Vid. el apartado 29 al inicio de este capítulo, donde comentamos que las normas de muchos países distinguen entre acuerdos sometidos a una prohibición relativa o a una prohibición absoluta, o entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales, acuerdos prohibidos por su objeto o por su efecto.

⁷¹⁶ En los primerísimos casos de competencia conocidos por la CSJ, después de la aprobación de la Ley Sherman, pueden advertirse los intentos del Tribunal por establecer reglas que contribuyan a distinguir con claridad cuáles son las restricciones o acuerdos a los que el legislador quiso referirse. En *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 US 290 (1897), la Corte Suprema intentó incorporar un criterio que tomara en cuenta la razonabilidad del acuerdo para distinguir entre las conductas válidas y las inválidas. A partir de este pronunciamiento, se considera que también puede entenderse que se incorporó una regla de prohibiciones *per se* implícita o tácita, porque se denegó la posibilidad de justificar determinado tipo de acuerdo, pero ninguna de las dos reglas se estableció en forma clara y contundente. Un año después, en *United States v. Joint Traffic Ass.*, 171 US 505 (1898), se estableció que existen acuerdos que por sí mismos limitan la competencia, por lo que puede considerarse que este pronunciamiento constituye un esbozo de regla *per se* incipiente. Sin embargo, en este caso, el estándar que se adoptó para sancionar fue basado en el efecto que las conductas produjeron en la competencia. La Corte estableció que la eliminación de la rivalidad entre empresarios, sin otro propósito, debe considerarse ilegal, mientras que la eliminación de la rivalidad con el objetivo de generar algún tipo de eficiencia, debía autorizarse. Ese mismo año, en *Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S.* 175 US 211 (1898), la Corte agregó que debía considerarse el carácter autónomo o accesorio de la práctica reprochada, ya que las conductas que producían una afectación de la competencia en forma accesorio, no debían sancionarse.

la competencia en forma irracional, por lo que a partir de ese momento, éste ha sido el parámetro aplicable a una gran mayoría de casos,⁷¹⁷ en los que además de constatar la existencia de una conducta que restringe la competencia, la ilicitud real recae en la falta de razonabilidad, ya que en la práctica, debe entenderse que la ley sólo prohíbe las conductas que restringen la competencia en forma irracional o indebida.⁷¹⁸

Esta regla conocida como la regla de la razón, establece un sistema de prohibiciones relativas, porque admite la existencia de condicionantes y/o de defensas que la parte demandada puede invocar para justificar su comportamiento.⁷¹⁹ En la consideración de los casos a los que se aplique esta regla, las cortes deben balancear

⁷¹⁷ Sobre la preponderancia cuantitativa de la aplicación de la regla de la razón, en la jurisprudencia más emblemática, puede consultarse la sentencia proveída en el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 US 36 (1977), comentada más adelante. En la doctrina, *vid.* HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise, cit.*, p. 105, quien afirma que las cortes recurren mayoritariamente a un análisis de los casos, conforme a la regla de la razón. En idéntico sentido, *vid.* GELLHORN, E. y TATHAM, T., “Making Sense Out of The Rule of Reason”, en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 35, N 2, 1984-85, p.156, quienes exponen que se ha vuelto más importante comprender la regla de la razón, en virtud de una mayor tendencia de la Corte Suprema de Justicia, seguida por los tribunales inferiores, para aplicar esta regla de valoración a una gran mayoría de casos. Puede consultarse también, ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, p. 56, donde la Asociación Americana de Abogados también afirma que el análisis conforme a la regla de la razón, es el método más usado actualmente en los casos de acuerdos anticompetitivos prohibidos por el artículo 1 de la Ley Sherman. Cabe precisar, que a nivel global, la OCDE y el BM recomiendan que dado que los acuerdos distintos de un cártel, pueden producir efectos procompetitivos, es preferente aplicarles un sistema de valoración que permita balancear los beneficios y los perjuicios que pueden producir. Sobre este tema, puede consultarse A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, *cit.*, p. 20. En igual sentido, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, *cit.*, pp. 26 y 27, la UNCTAD explica que también a nivel global, la mayor parte de acuerdos deben se encuentran sometidos a un sistema de prohibición relativa, que permite determinar el carácter razonable o no de la restricción.

⁷¹⁸ *Vid.* la sentencia proveída en el caso *Standard Oil of New Jersey v. United States* 221 US 1 (1911), donde tal como explicamos en el texto, la CSJ de los EE.UU., manifestó textualmente que “*The Anti-Trust Act of July 2, 1890, c. 647, 26 Stat. 209, should be construed in the light of reason; and, as so construed, it prohibits all contracts and combination which amount to an unreasonable or undue restraint of trade in interstate commerce*”.

⁷¹⁹ Es decir que, procedimentalmente, la parte que alega los beneficios procompetitivos de una conducta debe poderlos demostrar. Sobre este tema, *vid.* LEARY, T.B. “A Structured Outline for the Analysis of Horizontal Agreements”, ponencia presentada en la Conferencia sobre Derecho de la Competencia, en marzo 2004 (en www.ftc.gov/speeches/leary/chairshowcasetaalk.pdf, consultada en agosto 2009), quien propone un esquema para estructurar el análisis de las prácticas anticompetitivas, explicando que en el marco de una investigación, la carga de la prueba tiende a variar según los elementos que quieran probarse. En los casos sometidos a una regla *per se*, generalmente corresponde a la parte actora producir prueba sobre el acuerdo. Sin embargo, si el sujeto pasivo alega alguna eficiencia, le corresponde entonces probar los efectos alegados. También puede consultarse en sentido idéntico, PIRAINO, T.A. Jr., “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, en *Indiana Law Journal*, Vol. 82, issue 2, Spring 2007, pp. 381-391.

los efectos procompetitivos vs. los anticompetitivos. En síntesis, las conductas cuyos efectos negativos superan los positivos resultan en una limitación a la competencia irracional o ilícita, mientras que las conductas que pueden justificarse, sobre la base de los beneficios que generan, se consideran razonables.

El núcleo de la regla de la razón establecida en *Standard Oil*, se complementó inicialmente con la jurisprudencia proveída en el caso *Chicago Board of Trade v. United States*, en el cual la Corte dotó de un contenido más concreto a este sistema, puesto que determinó que todo acuerdo para contratar restringe de alguna u otra forma el comercio, por lo que el examen sobre su legalidad debe contemplar si se trata de un acuerdo que promueve, suprime o destruye la competencia. En este sentido, la Corte estableció que deben examinarse los aspectos particulares a la actividad productiva afectada, su situación antes y después del acuerdo, así como su naturaleza y sus efectos reales y potenciales.⁷²⁰

La jurisprudencia asentada en el caso *Standard Oil* y en el caso *Board of Trade of Chicago* estableció los elementos esenciales que integran la regla aplicable a las conductas sometidas a una regla de prohibición relativa.⁷²¹ El debate sobre los

⁷²⁰ Vid. *Chicago Board of Trade v. United States* 246 US 231 (1918), donde la Corte textualmente manifestó que “Every agreement concerning or regulating trade restrains, and the true test of legality is whether the restraint is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes, competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine this question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable”.

⁷²¹ Entre los hitos jurisprudenciales más relevantes de tiempos modernos, una considerable cantidad de estudios menciona el caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, como el punto de partida del análisis judicial moderno, ya que si bien el aspecto medular se centró en el cambio de regla aplicable a algunas conductas verticales anteriormente sancionadas *per se*, la Corte estableció que la regla de la razón debía ser el estándar prevalente para el estudio de los casos sobre prácticas anticompetitivas y que durante el examen de estas conductas resulta indispensable tomar en cuenta la literatura económica existente, al momento de establecer sus efectos concretos: “When anticompetitive effects are shown to result from particular vertical restrictions, they can be adequately policed under the rule of reason, the standard traditionally applied for the majority of anticompetitive practices challenged under § 1 of the Act...”. En los estudios especializados, puede consultarse, HARTLEY, J., *The Rule of Reason*, American Bar Association, Section of Antitrust Law, 1999, pp. 63 y ss., donde se comenta este fallo y los aportes que introdujo para el sistema de valoración de las conductas anticompetitivas. En sentido similar, ZELEK, E.F., STERN, L.W., and DUNFEE, T.W., “A Rule of Reason Decision Model after Sylvania”, en *California Law Review*, Vol. 68, 1980, pp. 13-47, explican que si bien la regla de la razón parece ser el estándar de valoración prevalente, después de *GTE Sylvania*, es necesario precisar los elementos mínimos de análisis económico que deben integrar este método de valoración de las conductas.

innumerables pronunciamientos posteriores ha girado alrededor de una gran diversidad de aspectos concretos, pero nadie ha rebatido que éste constituye uno de los dos parámetros fundamentales para valorar la ilicitud de las colusiones.

El mayor beneficio de este método para el análisis de una conducta anticompetitiva es que permite lograr mayor certeza en la aplicación de la Ley, porque obliga a considerar los aspectos particulares inherentes a cada caso, con la finalidad de comprobar que realmente se produce una lesión o restricción de la competencia.⁷²² Sin embargo, tiene la desventaja de constituir un sistema dispendioso a nivel de tiempo y recursos de la administración pública, puesto que generalmente exige un análisis completo del mercado relevante, de la posición del agente investigado y de los efectos concretos que la práctica impugnada produce o podría producir.⁷²³

En atención a esta característica de la regla de la razón, en los Estados Unidos, las cortes han buscado un método más equilibrado- breve, pero garantista- para valorar las conductas que presenten efectos anticompetitivos considerablemente aparentes, pero cuyas consecuencias puedan ser valoradas a través de un análisis más rápido.

Este sistema intermedio, al que se ha denominado “regla de la razón abreviada (*truncated rule of reason*)” o “análisis rápido (*quick look*)”, evita encasillar una conducta en las prohibiciones *per se*, sin un mínimo de indagaciones sobre sus efectos reales. Este análisis abreviado contribuye a disminuir las arbitrariedades que podrían resultar de una aplicación muy estricta de la regla *per se*, pero también permite reducir el tiempo y recursos destinados para al análisis de los casos.⁷²⁴

⁷²² Sobre la relación entre la realidad económica y la regla de la razón, *vid.* BORK, R., “The Rule of Reason and the Per Se Concept...”, *cit.*, p. 388, quien establece que la regla de la razón no solo permite considerar las implicaciones económicas reales de una conducta, sino que también permite que la jurisprudencia se adapte a los cambios en la teorías económicas.

⁷²³ Por todos, HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, *cit.*, p. 105, indica que el análisis requerido para demostrar la existencia de una práctica valorada según la regla de la razón, constituye uno de los procedimientos más costosos en materia de defensa de la competencia. En sentido parecido, *vid.* HYLTON, K., *op. cit.*, p. 130, quien explica que a menudo, las cortes tienen que elegir entre una regla *per se* que ofrece mayor certeza en la aplicación de la ley, pero ahorros en tiempos y costos de una regla de la razón, en cuya aplicación, existen menos riesgos de equivocación, pero costos mucho más significativos. Por su parte, MEESE, A.J., “Price Theory, Competition, and The Rule of Reason”, en *Illinois Law Review*, Vol. 2003, N. 1, pp. 119, también apunta que la delimitación del mercado en los casos sometidos a la regla de la razón, a efecto de demostrar el poder de mercado de los agentes investigados, constituye un proceso costoso e incierto.

⁷²⁴ Sobre este tema, puede consultarse, el ensayo del Comisionado MURIS, T.J., “The Rule of Reason after California Dental”, George Mason University Law and Economics working paper n. 00-41, Nov. 2000 (en www.gmu.edu/assets/files/faculty/cv/muris.pdf, consultada el 14 de agosto de 2009), quien explica que el sistema anglosajón ha sido caracterizado por la bipolaridad para la valoración

Entre los casos más emblemáticos en los que se ha justificado la aplicación de una regla de la razón abreviada, cabe mencionar en primer lugar *NCAA v. Board of Regents*, en el cual la CSJ manifestó que existe cierto tipo de práctica que, si bien no debe ser sistemáticamente sometida a una prohibición *per se*, tampoco requiere un examen elaborado del mercado para demostrar sus efectos anticompetitivos, porque en muchos casos la restricción de la competencia resulta fácilmente demostrable.⁷²⁵

Dos años más tarde, en *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, la Corte confirmó que existen ciertas conductas que no requieren un análisis completo del mercado, porque un rápido examen de la conducta investigada permite demostrar que se trata de una práctica que lesiona la competencia, sin que respecto de la misma pueda observarse alguna justificación válida.⁷²⁶

de las conductas prohibidas, pero que más recientemente, la CSJ se ha apartado de la rigidez de las dos reglas existentes para aplicar un sistema intermedio, que permite considerar los efectos de una colusión, sin la necesidad de llevar a cabo un análisis completo del mercado, en presencia de conductas en las que – tal como se establece en *California Dental Ass. v. Federal Trade Commission* 526 US 576 (1999)– un observador con un mínimo de comprensión de elementos económicos, puede concluir que la conducta investigada tiene un efecto anticompetitivo. En sentido parecido, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law, cit.*, p. 59 y ss., donde se explica que el “quick look” constituye un método abreviado que se aplica cuando se está en presencia de una conducta que da muestras de tener efectos anticompetitivos relativamente obvios, pero que no recae en la clasificación de las conductas prohibidas *per se* o que genera dudas sobre su capacidad para generar también efectos procompetitivos. Sobre este punto, también puede consultarse HARTLEY, J., *op. cit.*, pp. 135 y ss., quien indica que la Corte Suprema consideró que existe cierto tipo de acuerdo, que si bien no encaja entre las conductas automáticamente prohibidas *per se*, en la práctica no requieren un análisis completo de las condiciones del mercado y específicamente del poder de mercado de los participantes, para determinar que restringen la competencia en forma injustificada. En la misma dirección, SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 232-243, explican que este método constituye un sistema intermedio para valorar las conductas que, si bien parecen ser anticompetitivas en forma liminar, también contienen elementos de los que puede deducirse algún beneficio procompetitivo. En sentido idéntico, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 224-236., manifiestan que la Corte advirtió que existen conductas que, más allá de una simple clasificación superficial en virtud de su apariencia anticompetitiva, merecen un examen abreviado a través del cual pueda establecerse o descartarse la existencia de un beneficio.

⁷²⁵ *Vid.* la sentencia de la CSJ de los EE.UU., en *NCAA v. Board of Regents*, 468 US 85 (1984), donde el Tribunal manifestó que “*as a matter of law, the absence of proof of market power does not justify a naked restriction on price or output. To the contrary, when there is an agreement not to compete in terms of price or output, no elaborate industry analysis is required to demonstrate the anticompetitive character of such an agreement*”.

⁷²⁶ En *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447 (1986), la Corte estableció que no procedía aplicar una regla *per se*, porque no se trataba de un acuerdo de fijación de precios, pero que por otra parte, vista la naturaleza del acuerdo no se necesitaba un estudio pormenorizado del mercado para advertir que se trataba de una práctica que sí podía producir un daño para las condiciones de competencia.

En *California Dental Assoc. v. FTC*, la CSJ rechazó la aplicación del análisis abreviado al que la corte inferior había recurrido, pero agregó algunos elementos que completan el contenido de este método, al destacar que el “examen abreviado solo resulta apropiado en presencia de conductas cuyos efectos anticompetitivos son perceptibles para cualquier persona con los más rudimentales conocimientos de economía”.⁷²⁷

En la práctica, la regla de la razón completa o la abreviada, se aplican actualmente a la gran mayoría de prácticas, porque es el sistema que mejor permite apreciar los efectos económicos reales de una conducta. En materia de acuerdos entre competidores, tal como se anticipó en el apartado anterior, la regla de la razón se utiliza para examinar la gran mayoría de conductas no constitutivas de un cártel de núcleo duro o de un boicoteo colectivo. Recientemente, el catálogo de las conductas prohibidas *per se* en los EE.UU. ha mostrado tendencia a reducirse, mientras que el de las conductas sometidas a una regla de prohibición relativa tiende a aumentar.

El fallo más significativo y más reciente que da muestras de esta tendencia, lo encontramos en el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, proveído a finales de 2007, en el cual la CSJ revirtió un precedente jurisprudencial de casi 100 años de vigencia. Los acuerdos sobre el precio mínimo de reventa entre proveedores y distribuidores, históricamente prohibidos *per se*, por constituir una restricción a la competencia que involucraba un acuerdo sobre precios, que siempre habían sido prohibidos *per se*, ahora deben ser valorados conforme a la regla de la razón.⁷²⁸

Al trasladar todas estas consideraciones a la normativa salvadoreña, esta regla resulta claramente aplicable a los acuerdos entre no competidores, prohibidos por el artículo 26 LC, puesto que tal como mencionamos, la ilicitud real de estas colusiones está condicionada por una serie de factores: existencia de una posición dominante y comprobación de un perjuicio para el orden concurrencial y los consumidores.⁷²⁹

⁷²⁷ Sobre este aspecto, *vid. California Dental Ass. v. Federal Trade Commission* 526 US 576 (1999), donde la CJS manifestó textualmente que “An abbreviated or quick look analysis is appropriate when an observer with even a rudimentary understanding of economics could conclude that the arrangements in question have anticompetitive effects”.

⁷²⁸ *Vid. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 US(2007), por medio del cual se revirtió el criterio establecido en *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 US 373 (1911), el cual había sido el criterio jurisprudencial aplicado entre 1911 y 2007, sobre el establecimiento de un precio mínimo de reventa entre el proveedor y su distribuidor.

⁷²⁹ *Vid. Art. 26.- “Siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes...” y Art. 27.- “Para que las prácticas a que se refiere el artículo anterior se consideren violatorias de*

Sin embargo, a pesar de la amplia aceptación que el sistema de prohibiciones relativas ha recibido en sistemas normativos afines al nuestro, para el tratamiento de los acuerdos colusivos horizontales no constitutivos de un cártel, en el sistema de defensa de la competencia salvadoreño, no contamos con ningún tipo de indicador que nos permita concluir que este método deba aplicarse a los acuerdos anticompetitivos que el artículo 25 LC no enumera expresamente y que podrían tratarse con menor dureza.

La LC, su reglamento y los formularios-guía elaborados por la Superintendencia de Competencia no contienen referencias o mención alguna sobre aspectos relacionados con los acuerdos horizontales no constitutivos de un cártel. Sin embargo, el mayor impedimento actual para conocer el posicionamiento de la autoridad de competencia nacional es la inexistencia de procedimientos sancionadores en casos de prácticas horizontales no constitutivas de un cártel. Hasta la fecha de conclusión de este estudio y después de casi 7 años de vigencia de la Ley de Competencia, la SC no ha tramitado ningún caso sobre conductas horizontales diferentes de las que el artículo 25 LC enumera.

En el Examen Inter-pares llevado a cabo por la OCDE y el BID en 2008, se llegó a la conclusión que solo existía certeza sobre la regla de aplicación a los cárteles de núcleo duro, mientras que respecto de las demás conductas, se reconocía cierta ambigüedad puesto que, en ese momento, no se podía establecer con certeza el sistema aplicable. En el Examen Inter-pares, se menciona brevemente que respecto de las conductas no enumeradas en el artículo 25 LC, se adoptará una regla de prohibición relativa. Sin embargo, puntualizamos que durante nuestra investigación no encontramos indicio alguno que permitiera deducir la orientación de la Ley o de la SC sobre la regla aplicable a los acuerdos horizontales distintos del cártel.⁷³⁰

esta Ley, deberá comprobarse: a) Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante...”. Además de la existencia de una posición dominante, el literal c) del artículo 27 LC agrega un condicionante objetivo, por cuanto exige que, aun en presencia de una de las modalidades prohibidas por el artículo 26 LC, cometida por un agente económico con posición dominante, para que ésta se considere violatoria de la Ley, habrá que comprobar que ha producido una afectación negativa de la competencia en el mercado, que ha tenido un efecto excluyente de algún competidor, y en todo caso, que ha perjudicado los intereses de los consumidores, ya que en ausencia de este último efecto, en atención a los fines protegidos por esta norma, las prácticas no se considerarán violatorias de la Ley, ni serán sancionables.

⁷³⁰ Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de octubre 2008), p- 13, donde textualmente se concluye que *“existe cierta ambigüedad en cuanto a la regla que se deberá aplicar en otros tipos de acuerdos horizontales. Específicamente no queda claro en la ley que la regla de la razón se aplicará a las conductas que no son de tipo cártel. Aun cuando la Superintendencia no ha iniciado la investigación de ningún acuerdo horizontal no considerado cártel, ésta concluye que la “regla de la razón” es la regla aplicable a dichos casos”*.

En este sentido, si bien consideramos que la regla de la razón debería aplicarse en estos casos, sobre la base de su análisis económico y de la experiencia adquirida en otros sistemas de defensa de la competencia, donde se ha comprobado que las conductas horizontales no constitutivas de un cártel, configuran prácticas que pueden desplegar efectos benéficos para las condiciones de competencia- Vg. los distintos tipos de acuerdos de colaboración entre competidores para llevar a cabo alguna actividad que individualmente no pueden realizar o que resulta más eficiente llevar a cabo conjuntamente-, en realidad se trata de un tema cuyo estudio solo podrá ser adecuadamente completado, cuando la Superintendencia de Competencia se pronuncie al respecto.

En línea con lo expresado, entre las recomendaciones que consideramos procedente formular sobre este aspecto de la LC, confirmamos que la regla de la razón debería ser el sistema adoptado por la Superintendencia de Competencia al momento de investigar casos de conductas horizontales distintas de los cárteles enumerados en el artículo 25 LC, ya que tal como se ha precisado anteriormente, se trata de un sistema que permite ponderar los efectos reales de las conductas, preservando aquellas que produzcan algún beneficio para los consumidores y que, desde esta perspectiva, no contravengan la finalidad de la Ley.

Conforme a este parámetro, la ilicitud real de las prácticas anticompetitivas depende del balance entre los beneficios y los perjuicios económicos que la conducta produce. En línea con lo expuesto, sería idóneo que en nuestro sistema de defensa de la competencia, las conductas horizontales no constitutivas de un cártel de núcleo duro, se valoren según la regla de la razón y se sancionen solo cuando se trate de prácticas que no produzcan eficiencias económicas comprobables y cuando afecten negativamente el bienestar del consumidor, puesto que éstos son los fines que la LC persigue y que deben orientar la aplicación de la norma.

Sin embargo, si bien se trata de un sistema más garantista para los agentes económicos y para el mercado, en la medida que permite preservar comportamientos que generan eficiencias o beneficios competitivos, el texto del artículo 25 LC, no proporciona ningún elemento que indique que los acuerdos entre competidores, no constitutivos de un cártel, puedan ser sometidos a un examen detallado de sus efectos en las condiciones de competencia, para comprobar su ilicitud.

Según la redacción actual de la ley, la determinación de la ilegalidad de los acuerdos entre competidores no está supeditada a otro requisito más que a la comprobación de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre agentes económicos que

tengan la calidad de competidores. No obstante ello, reiteramos que en los casos de conductas no constitutivas de un cártel, el análisis de los efectos constituye una garantía que persigue el buen funcionamiento del mercado. La existencia de efectos procompetitivos y la ausencia de un perjuicio para los consumidores, que puedan comprobarse a través de la aplicación de la regla de la razón, permiten sustraer de la prohibición las conductas que no perjudiquen los fines protegidos por la LC.

En los dos casos de acuerdos horizontales más recientemente resueltos por la Superintendencia de Competencia, si bien las conductas investigadas fueron constitutivas de un cártel de núcleo duro, tanto en “Servicios Portuarios de Acajutla”, como en “Las Telefónicas”, el CDSC confirmó de forma general, que los acuerdos prohibidos por el artículo 25 LC son prohibidos *per se* y que el único elemento que debe comprobarse es que exista un acuerdo entre competidores prohibido por la Ley de Competencia.⁷³¹

En virtud de la falta de regulación expresa y con base en estos pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia, consideramos que actualmente existen dos caminos para determinar la regla aplicable a los acuerdos horizontales no constitutivos de un cártel. El primero, más sencillo y más acorde con los usos en esta materia, es que la regla se desarrolle jurisprudencialmente, cuando la SC conozca de algún caso que involucre este tipo de colusión horizontal. El segundo, es que se modifique el artículo 25 LC, para agregar una regulación específica de este tipo de conductas, que incluya ejemplos de conductas y la regla de valoración aplicable, tal como dispone la normativa de competencia peruana citada.

Hemos de precisar que en atención a la redacción actual de la Ley de Competencia, descartamos la posibilidad que por la vía de la integración se aplique el artículo 26 y demás artículos que integran el capítulo II del Título II de la Ley de Competencia. En materia de prácticas prohibidas, la LC ha establecido una clasifi-

⁷³¹ *Vid.* SC-031/D/PS/R-2010 y SC-017-O/PS/R-2010 que confirman criterios expresados en el recurso de revisión resuelto por el CDSC el 14 de octubre de 2008 en el caso SC-005-O/NR-2008 del 4 de septiembre de 2008, asunto “Las Harineras”, donde se manifestó “*se observa que el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia, califica como anticompetitivo el acuerdo entre competidores para dividirse el mercado y no establece la ejecución del acuerdo o la existencia de ciertas consecuencias como condiciones que determinen el carácter prohibido de dicha conducta*” y en la resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, en el cártel de las “Las Agencias de Viaje”, se confirma esta postura y se cita el caso de “Los Puestos de Bolsa”, para explicar que en el artículo 25 LC “*no se establecen condiciones adicionales que determinen la legalidad o ilegalidad de ese tipo de conducta*”.

cación clara que distingue en acuerdos entre competidores (Art. 25) y acuerdos entre no competidores (Art. 26).⁷³² Por lo tanto, conforme al texto actual, un acuerdo horizontal no constitutivo de un cártel no puede someterse a la regulación establecida en el artículo 26, ya que en atención a la clasificación establecida por el legislador, esta disposición únicamente es aplicable a los acuerdos entre no competidores.

En el marco de este estudio, consideramos que es más adecuado modificar el artículo 25 LC, en el que tal como recomendamos anteriormente, se conserve la tipificación general abierta, se agreguen las prácticas concertadas, las recomendaciones y decisiones de asociaciones de empresarios y se agregue un listado ejemplificativo de las conductas horizontales no constitutivas de un cártel, seguido de una precisión sobre las reglas de valoración, ya que la Superintendencia ha manifestado que la regla aplicable a los cárteles de núcleo duro se desprende claramente del texto de la Ley, mientras que en materia de acuerdos entre competidores no constitutivos de un cártel, la Ley de Competencia guardó total silencio.

Esta reforma del artículo 25 LC podría incluir un listado propio de criterios similares a los que se establecen en el artículo 27 de la LC que contribuyan a verificar la razonabilidad de una práctica o se podría redefinir la estructura y el contenido de los artículos que integran el Título III de la Ley, con el propósito de establecer que los elementos del artículo 27 LC pueden ser aplicables al momento de examinar la ilicitud de las formas de colusión distintas de los cárteles de núcleo duro.

Estas modificaciones que sugerimos tienen la sola finalidad de dotar a la ley de mayor claridad y predictibilidad en su aplicación, para que resulte más fácil para los agentes económicos conocer con mayor certeza, cuáles son las conductas que se encuentran prohibidas, cuáles son las consecuencias de su comisión y cuáles son las reglas que la SC aplica para examinar las conductas investigadas, sin perder de vista que independientemente de la modalidad que revistan, sólo deberán sancionarse las que lesionen el objeto y los fines protegidos por la Ley.⁷³³

⁷³² En la Ley de Competencia, *vid.* el TÍTULO III.- DE LAS PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS: CAPÍTULO I.-DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES (Art. 25) y CAPÍTULO II.- DE LAS PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS ENTRE NO COMPETIDORES (Arts. 26-29) [en mayúsculas en el texto].

⁷³³ Cabe reiterar que todo el enfoque con el que se aborden estas prácticas debe dar primacía a los aspectos económicos. Es necesario conocer con precisión el objeto y los fines que la normativa de competencia pretende garantizar para evitar penalizar las mismas conductas que el derecho de competencia pretende estimular. Esto implica abordar la las conductas a partir de un enfoque económico que determine los casos en que las conductas lesionan la competencia y aquellos en que no se produce tal daño. Sobre este tema, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 59 y BORK, R.H., *The Antitrust Paradox, cit.*, pp. 8 y ss. y p. 123, quienes sostienen que en los ámbitos regulados por

Para concluir, también planteamos que otra solución posible, implicaría una reforma más sustancial que sustituya la distinción que hace la ley actualmente entre prácticas entre competidores y entre no competidores, por conductas sometidas a una prohibición absoluta y conductas sometidas a una prohibición relativa.

el derecho de la competencia, el conocimiento de un mínimo de ciencia económica evita aplicar la ley con incertidumbre, por tratarse de una disciplina que constituye un híbrido entre el derecho y la economía. En sentido idéntico, en los estudios españoles, también comparten esta idea, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, *cit.* y ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, p. 278, quienes coinciden que un adecuado tratamiento de las conductas objeto de la normativa de defensa de la competencia requieren un enfoque eminentemente económico.

CONCLUSIONES

A partir de la investigación realizada, pueden formularse las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La defensa de la libre competencia se encuentra implícitamente garantizada por la Constitución de 1983. Esta conclusión se desprende de los debates parlamentarios que dieron origen a la Constitución de 1983, de la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que hemos analizado y de la interpretación sistemática de las cláusulas económicas de la Constitución de 1983, en las que se garantiza expresamente la libertad económica, la libre iniciativa privada, la libertad empresarial y la protección de los consumidores, con las cuales, la libre competencia tiene una vinculación indisociable o intrínseca, porque constituye un mecanismo indispensable para garantizarlas y un elemento inherente al modelo económico caracterizado por su existencia.

SEGUNDA: La Ley de Competencia de El Salvador contribuye a dar cumplimiento a los mandatos constitucionales relativos al régimen económico, contenidos esencialmente en los artículos 101, 102 y 110 de la Constitución de 1983. La LC constituye un marco normativo que fomenta un mayor balance en las relaciones económicas, ya que permite asegurar el ejercicio efectivo de la libertad económica y de la libertad empresarial, porque impulsa a los agentes económicos a rivalizar en condiciones más equilibradas, pero también contribuye a trasladar los resultados de esta rivalidad, en forma de beneficios para los consumidores.

TERCERA: La primera Ley de Competencia salvadoreña protege la competencia y no al competidor, recogiendo la tendencia más extendida en sistemas afines al nuestro, donde el derecho de competencia protege el orden público económico o el buen funcionamiento del mercado, en virtud de la importancia que este mecanismo regulador de la oferta y la demanda, tiene para la vida económica de un país.

CUARTA: Esta nueva Ley introduce un cambio de paradigma de la normativa tradicionalmente reguladora de las actividades económicas. En El Salvador, la legislación reguladora de la actividad de los agentes económicos en el mercado ha sido históricamente pro-empresario y no promercado. Las disposiciones del Código

de Comercio que regulaban la competencia empresarial estaban diseñadas para defender la libertad de los comerciantes y no la libertad del mercado. La Legislación de competencia supera la concepción de competencia como opción e introduce el concepto de competencia como derecho-obligación.

QUINTA: Sin perjuicio de conservar la separación fundamental entre la normativa de defensa de la competencia y la normativa reguladora de la competencia desleal adoptada por el legislador, pero con el propósito de acercar nuestra normativa a la concepción unitaria del fenómeno concurrencial y de fortalecer el naciente sistema de defensa de la competencia, en una subsiguiente reforma de la LC habrá que considerar la necesidad de reformar la Ley para introducir un mecanismo que permita establecer un enlace o conexión entre ambas normativas, a modo de países como España, de tal forma que la Ley de Competencia sea también aplicable a los actos de competencia desleal que tienen la capacidad para lesionar la libre competencia.

SEXTA: La legislación de competencia salvadoreña ha adoptado un enfoque muy moderno en materia de los fines protegidos. Al igual que una mayoría de normas de defensa de la competencia, la LC persigue expresamente la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. El primero, por tratarse de una finalidad naturalmente compatible con las actividades económicas. El segundo, porque se trata de un fin que refleja el objetivo de orden público que esta Ley pretende garantizar.

SÉPTIMA: La protección del bienestar del consumidor perseguida por la Ley de Competencia, es en la práctica una finalidad que permite dar cumplimiento a los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 101 y 110 de la Constitucional, puesto que abarca la protección de los intereses de toda la sociedad en su dimensión de demandante de bienes y servicios en el mercado.

OCTAVA: La normativa de competencia amplía el espectro de sujetos tradicionalmente asociados con la realización de una actividad económica. El concepto de agente económico utilizado por nuestra Ley de Competencia, supone una gran apertura en cuanto a las formas o modalidades que los sujetos sometidos a su aplicación pueden adoptar. Puede tratarse de cualquier tipo de entidad, organismo o persona, incluyendo personas naturales, dedicadas o no al comercio, con o sin fines de lucro o personas jurídicas que respondan a las características anteriores, ya sea que se encuentren regidas por un estatuto de derecho privado o por un régimen de derecho público. A efectos de establecer su sometimiento a las reglas de competencia, no interesa la forma jurídica o de hecho que adopten los operadores económicos, sino su intervención efectiva en las actividades económicas

NOVENA: Si bien la LC establece que todos los sujetos que participen en la realización de alguna actividad económica deben estar sometidos a la normativa de competencia, la autoridad de competencia ha advertido que existen de hecho sujetos privilegiados con ventajas competitivas, que no se derivan de una mayor eficiencia económica, que tampoco están justificadas en la protección de un interés igual o superior a la tutela del orden concurrencial, puesto que esta desigualdad puede distorsionar la competencia en el mercado salvadoreño. En este orden de ideas, el CDSC muy atinadamente ha formulado una recomendación de políticas públicas para revisar los beneficios legalmente concedidos a algunos agentes económicos, que distorsionan la competencia en mercado, sin estar justificadas en la protección de un interés superior.

DÉCIMA: La participación de sujetos de derecho público en igualdad de condiciones que los sujetos de derecho privado no deja de presentar algunas dificultades prácticas, puesto que en la realidad, los organismos sometidos a un régimen de derecho público rara vez compiten en igualdad de condiciones. Su particular vinculación con el Estado les otorga una serie de ventajas competitivas, por lo que las autoridades de competencia salvadoreñas deben mantenerse vigilantes para evitar que estos operadores económicos abusen de una posición privilegiada o dominante, que no se deriva de una mayor eficiencia económica.

DÉCIMO PRIMERA: Para garantizar una mayor efectividad de la Ley de Competencia es necesario revisar el régimen de ayudas o privilegios públicos concedidos a diversos agentes económicos, cuando éstos no estén fundados en un interés igual o superior a los intereses protegidos por la normativa de competencia, como en los casos de aplicación de un régimen fiscal más benévolo del que se benefician sujetos calificados de utilidad pública. Es necesario que las Autoridades Públicas revisen el marco normativo, relativo a la concesión de ayudas y privilegios otorgados a cualquier categoría de agentes económicos, procediendo a regularlas en forma compatible con la legislación de competencia.

DÉCIMO SEGUNDA: Una vez efectuado el análisis de las ayudas de Estado que son indispensables, porque también contribuyen al bienestar general o porque responden a políticas económicas a favor de determinados sectores o actividades, es necesario reformar la LC para incluir un régimen regulador de las ayudas públicas, a partir del cual puedan delimitarse los beneficios que deben recaer dentro de este concepto, así como los procedimientos para su control por parte de las autoridades de competencia nacionales. La existencia de sujetos que gozan de un mejor posicionamiento en el mercado derivado de un privilegio otorgado por ministerio de

ley y no de una mayor eficiencia productiva, distorsiona la libertad de competencia y dificulta su defensa, en la medida que el mejor posicionamiento en el mercado de estos operadores económicos, les exime de la necesidad de demostrar una mayor eficiencia económica y de la necesidad de rivalizar vigorosamente con los demás agentes económicos que intervienen en el mercado,

DÉCIMO TERCERA: La Ley de Competencia establece un régimen de exclusiones basado en las actividades que la Constitución o las leyes atribuyen exclusivamente al Estado o a los municipios. En este orden de ideas, la Superintendencia de Competencia ha reconocido que el Estado y los municipios, se encuentran plenamente sometidos a esta ley, salvo cuando se dediquen a una actividad que les ha sido atribuida en forma exclusiva, procediendo a declarar improcedentes las denuncias que tengan por objeto una actividad que el Estado o el municipio pueden desempeñar en forma exclusiva.

DÉCIMO CUARTA: Con el propósito de brindar mayor claridad sobre las conductas que pueden entenderse constitutivas de un acuerdo anticompetitivo en nuestro nascente sistema de defensa de la competencia, sería de suma utilidad que la jurisprudencia de la Superintendencia de Competencia desarrolle algunos criterios que precisen con mayor detalle y mayor claridad, cuáles son las conductas que se consideran constitutivas de un acuerdo y cuáles son los elementos que las integran, para que tal como se ha hecho en los EE.UU. o en Europa, el contenido del concepto de acuerdo se concrete jurisprudencialmente. Este desarrollo jurisprudencial debería aportar parámetros concretos para que los operadores económicos puedan orientar sus comportamientos, al conocer con mayor precisión cuáles son los elementos específicos que integran las conductas prohibidas.

DÉCIMO QUINTA: Si bien concluimos que la tipificación que la LC ha hecho de los acuerdos colusivos es bastante adecuada, la falta de una regulación expresa de las prácticas concertadas resta efectividad a la aplicación de la norma. Hasta la fecha, puede advertirse que la SC ha preferido no aventurarse en la persecución de algunas conductas, que si bien ocasionan un serio perjuicio en el orden concurrencial en el mercado, no cuentan con un asidero legal expreso que las prohíba. Sin embargo, considerando que la experiencia de otros países ha demostrado que los agentes económicos aprenden a celebrar pactos colusivos sin dejar un rastro probatorio que los incrimine, sería conveniente reformar la Ley de Competencia para introducir una prohibición expresa de las prácticas concertadas.

DÉCIMO SEXTA: Además de una referencia expresa en la LC, dado que se trata un régimen de prohibiciones que aún está penetrando la cultura jurídica

de los operadores económicos salvadoreños, acostumbrados a una legislación proempresario, también sería conveniente desarrollar los elementos constitutivos de las prácticas concertadas en el Reglamento de Aplicación de la Ley de Competencia, a efectos de precisar con mayor detalle las conductas que encajan en el ámbito de prohibición, los elementos que las integran y el mínimo de elementos probatorios que es necesario aportar en cada caso para establecer los extremos de las conductas prohibidas.

DÉCIMO SÉPTIMA: Considerando que la normativa de competencia en nuestro país es totalmente nueva, que como tal introduce conceptos nunca antes regulados, que prohíbe conductas que anteriormente la normativa mercantil consideraba lícitas y que aún no existe una cultura de competencia bien desarrollada en el mercado nacional, aunque concluimos de forma general, que las prohibiciones establecidas en la LC ofrecen suficiente predeterminación para que los agentes económicos puedan orientar sus comportamientos, con el propósito de aportar elementos que garanticen en mejor forma la seguridad jurídica de los operadores económicos, sería conveniente reformar la Ley para agregar una enumeración más detallada de las distintas modalidades que las conductas anticompetitivas pueden revestir, con el fin de aportar mayor claridad y precisión sobre los comportamientos prohibidos.

DÉCIMO OCTAVA: En vistas de los márgenes de multa sumamente amplios y variables que establece la Ley de Competencia, que pueden fluctuar entre un salario mínimo en la industria, hasta varios millones de dólares, sin que la misma establezca parámetros concretos para que los operadores económicos conozcan con anticipación las consecuencias de sus conductas o para que el CDSC pueda graduar objetivamente los montos de las multas que aplica, en casos de conductas que por su misma naturaleza o por las condiciones en las que son realizadas encajan en distintos niveles de gravedad, sería conveniente agregar una modificación al artículo 38 LC o un artículo 38 bis, para clasificar diferentes grados de gravedad de los acuerdos colusivos que la Ley prohíbe, en función de sus distintos grados de lesividad en el bien jurídico protegido.

DÉCIMO NOVENA: La omisión de una regla o excepción “de minimis”, a través de la cual se evite poner en marcha todo el aparataje sancionador, en casos de prácticas que tienen poca incidencia en el objeto protegido por la Ley de Competencia, puede dar lugar a una litigiosidad innecesaria, que cargue excesivamente a las autoridades de competencia, obligándolas a diluir esfuerzos y recursos.

En virtud de estas consideraciones, concluimos que en un sistema como el nuestro, caracterizado por la existencia de una gran cantidad de micro y pequeños empresarios, pero también por la presencia de grandes empresas pertenecientes a grupos multinacionales, en el cual las autoridades de competencia cuentan con recursos presupuestarios escasos, sería conveniente incluir una habilitación legal expresa que faculte a la SC para dejar de perseguir las conductas que sólo pueden tener una mínima afectación en las condiciones de competencia en el mercado, para concentrar sus esfuerzos en la investigación y sanción de las conductas más dañinas para el interés general protegido por la normativa de competencia.

VIGÉSIMA: En materia de acuerdos horizontales, la normativa de competencia salvadoreña incluye a los competidores reales y potenciales. Esta conclusión se deduce del examen de varios pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia y de varias disposiciones de la normativa, de los que se desprende que el concepto de competidor debe incluir a todos los agentes económicos en un mercado que tienen la capacidad para ejercer presión competitiva en un agente económico determinado. Debe tratarse de agentes que efectivamente tengan la capacidad para constituir rivales agresivos que puedan determinar la estrategia económica de los demás operadores que producen un bien o prestar un servicio determinado.

VIGÉSIMAPRIMERA: El concepto de acuerdo entre competidores adoptado por la Superintendencia de Competencia salvadoreña coincide con el concepto mayormente adoptado por sistemas legislativos similares al nuestro. En los pronunciamientos más recientes, el Consejo Directivo ha expresado que prácticamente todas las formas de entendimiento a través de las cuales los agentes económicos suprimen la competencia pueden recaer dentro del concepto de acuerdo entre competidores prohibido por la LC. La Superintendencia ha reconocido que a efectos de la defensa de la competencia, deben entenderse prohibidas todas las modalidades de concertación voluntaria, a través de las cuales los agentes económicos abandonan sus estrategias unilaterales, para fijar líneas de conducta conjunta, por lo que en este aspecto tanto la Ley de Competencia como la aplicación que ha hecho la SC pueden considerarse totalmente adecuadas.

VIGÉSIMA SEGUNDA: En materia de acuerdos entre competidores, la Ley de Competencia refleja la voluntad del legislador por priorizar la persecución y castigo de las conductas que han demostrado ser más dañinas para las condiciones de competencia en el mercado, al adherirse a una tendencia bastante generalizada en la normativa comparada estudiada, donde encontramos que los acuerdos horizontales más duramente perseguidos y castigados son los mismos cuatro cárteles de núcleo duro, que el artículo 25 LC enumera.

VIGÉSIMA TERCERA: En materia de conductas horizontales que la Ley de Competencia no prohíbe expresamente, reiteramos que no consideramos necesario que la LC incluya un elenco taxativo de todas las modalidades de conductas que se consideran prohibidas, en virtud del sistema de tipificación abierta, que parte de una prohibición general de todos los acuerdos anticompetitivos celebrados entre operadores económicos que son competidores entre sí. Sin embargo, en virtud de lo novedoso de esta normativa en nuestro país, consideramos que sería provechoso reformar este artículo para agregar algunos ejemplos de otras modalidades de conductas que también recaen en el ámbito prohibido por el artículo 25 LC, a efectos de ofrecer mayor claridad y seguridad jurídica a los agentes económicos que operan en el mercado salvadoreño.

VIGÉSIMA CUARTA: En forma particular, en el caso de las recomendaciones, acuerdos o decisiones adoptadas en el seno de las asociaciones empresariales, consideramos que sería conveniente reformar la ley para agregar una prohibición específica, siempre en el marco del artículo 25 LC, por cuanto se trata de conductas con un alto potencial para derivar en un acuerdo anticompetitivo, pero cuya ilicitud no resulta lo suficientemente evidente para considerarse implícitamente prohibidas por el artículo 25 LC y para exigir a los operadores económicos que conozcan tal ilicitud.

VIGÉSIMA QUINTA: En materia de reglas de valoración de los distintos tipos de acuerdos horizontales prohibidos por la Ley de Competencia, actualmente solo existe certeza respecto del tratamiento legal y jurisprudencial de los cárteles de núcleo duro. Tanto el texto del artículo 25 LC, como las resoluciones proveídas por la Superintendencia de Competencia y la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo han establecido que estas conductas son prohibidas en forma absoluta o conforme a la regla *per se*.

VIGÉSIMA SEXTA: Dado que hemos concluido que la prohibición del artículo 25 LC se extiende a todo tipo de acuerdo anticompetitivo entre agentes económicos que operan en un mismo eslabón de la cadena productiva de un mismo bien o servicio, pero que del texto del mismo no es posible deducir la regla de valoración aplicable a las conductas horizontales que no son constitutivas de un cártel, consideramos que sería conveniente reformar esta disposición, para presentar un listado más completo de las conductas que se consideran prohibidas, acompañado de una referencia a las reglas de valoración aplicables a los distintos tipos de acuerdos horizontales prohibidos por la LC. Esto aportará mayor claridad respecto de las conductas prohibidas, tal como hemos señalado y mayor predictibilidad respecto de su tratamiento.

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Luego de casi 7 años de vigencia, la Ley de Competencia constituye una herramienta útil para fomentar condiciones de rivalidad en el mercado salvadoreño, con los consecuentes beneficios que dicha conducta genera en el bienestar del consumidor y en el correcto funcionamiento de mercado en general. No obstante ello, algunas reformas puntuales como las que se plantean en este trabajo podrían facilitar y fortalecer la aplicación de esta normativa en nuestro país, por lo que esperamos que los tomadores de decisiones aborden dicho proceso de reforma -ya en progreso- con un carácter técnico y participativo que tome en cuenta las mejores prácticas internacionales, adaptables al entorno nacional.

BIBLIOGRAFÍA

— A —

AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, Tomo X.

AA.VV., *Derecho Administrativo Económico*, dirigido por Eduardo Ortega Martín, en Cuadernos de Derecho Judicial XII-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

AA.VV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coordinado por Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005.

AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996.

AA.VV., *La Constitución de El Salvador de 1983 anotada e indexada*, bajo la supervisión del Dr. Guillermo Trigueros y del Dr. David Escobar Galindo, publicación de la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, 1989.

AA.VV., La Intervención Administrativa en la Economía, en *Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004*, Consejo General del Poder Judicial VII-1996, Madrid, 1996.

AA.VV., *La Reforma de la Legislación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1979.

AA.VV., *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea y Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000.

American Bar Association Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 6th edition, Chicago, 2007.

- *Antitrust Compliances: Perspectives and resources for corporate counselors*, 2006.

ALBORS-LLORENS, A., “Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors”, en *The Antitrust Bulletin*, Vol., 51, n. 4, winter 2006, pp. 837-876.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007.

-“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 229, 2004, pp. 51-67.

ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I): Introducción y Derecho Comunitario”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 273-296.

- “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia en España”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 297-333.

-“Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 335- 371.

- “Derecho de la Competencia (IV): Competencia Desleal y Publicidad”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pp. 373-400.

- “El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en *La Modernización del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005 (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.pdf, consultada el 15 de febrero de 2008).

- “Derecho de la Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5ª edición, Civitas, 2007, pp. 231-267.

- Significado y Aplicación del Artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Madrid, junio de 1998 (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ras%20-20Art90CEE.pdf, consultada el 5 de mayo de 2008).

ALONSO UREBA, A., *La Empresa Pública*, Montecorvo, Madrid, 1985.

ARAGÓN, M., “Constitución Económica y Libertad de Empresa”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 163-180.

- “Los Problemas de Estado Social”, en *Libertades Económicas y Estado Social*, 1ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 121-141.

AREEDA, P. and KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, 6ª edición, Aspen, 2004.

ARIÑO ORTIZ, G. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., *La Competencia en Sectores Regulados*, Comares, Granada, 2003.

ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, 3ª edición, Granada, 2004.

— B —

BAIRES, J., “Intercambio de información entre gremiales y Superintendencia de Competencia”, Ensayos sobre Competencia, Art. 36-06 (en www.sc.gob.sv, consultada el 31 de julio de 2009).

BAKER, J. B., “Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer clause”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, spring 1996, pp. 517-534.

BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1996.

BARR, F., “Common Horizontal Agreements”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 303-403.

BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema Económico*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1985.

- “La Constitución como Marco de la Legislación Económica”, en *Revista de Economía Industrial*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Ciencia y Tecnología, n. 349-350, Madrid, 2003, pp. 17-28.

BAUER, J.P. “Professional Activities and The Antitrust Laws”, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 50, 1974-1975, pp. 570-602.

BAUMOL, W., PANZAR, C y WILLIG, R.D., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982.

BAUMOL, W.J. and BLINDER, A.S., *Economics, Principles and Policy*, Harcourt Brace Jovanovich International edition, 2nd edition, 1982.

BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, 2^a edición, Madrid, 1993.

BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, Edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008.

BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva comunicación de la Comisión”, en *Noticias de la Unión Europea*, n. 169, febrero 1999, pp. 43-53.

BENDA, E., “El Estado Social de Derecho” en BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2^a edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 487-560.

BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2^a edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001.

BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1^a edición, Barcelona, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 8^a edición, Madrid, 2007.

- “La Protección de los Consumidores en la Constitución española y el Derecho Mercantil”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid, 1978, Vol. II, pp. 9-37.

BERENGUER FUSTER, L., “Reflexiones sobre la Tipificación de las Conductas Prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, serie D, septiembre de 1998, pp. 143-205.

BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1^a edición, San Salvador, 1992.

BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 2nd Edition, New York, 1993.

- “The Rule of Reason and the Per Se Concept: price fixing and market division” en *The Yale Law Journal*, Vol. 75, N. 3, January 1966, pp. 373-475.

BREWER-CARIAS, A., “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo V Economía y Hacienda, coordinado por Sebastián Martín-Retortillo, Civitas, 1ª edición, Madrid, 1991, pp. 3839-3853.

BRODLEY, J.F., “Joint Ventures and Antitrust Policy”, en *Harvard Law Review*, Vol. 95, N. 7, May 1982, pp. 1523- 1589.

BUSH, D. and MASSA, S., “Rethinking the Potential Competition Doctrine”, en *Wisconsin Law Review*, n. 4, 2004, pp. 1035-1160.

— C —

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Heliasta, 2ª edición, Buenos Aires, 2005.

CABRAL, L.M.B., *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, 2000.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.

CARBONELL PORRAS, E., “El Título Jurídico que Habilita el Ejercicio de la Actividad de las Sociedades Mercantiles Estatales de Infraestructuras Varias ¿Convenio o Contrato Administrativo?”, en *Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transporte*, Coordinado por Santiago González-Varas Ibáñez, Granada, 2001, pp. 377-394.

CÁRDENAS ORTIZ, R., *Las Ayudas de Estado y el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Investigación Jurídica n. 3/03 (en www.ief.es/Publicaciones/InvesJuridicas/InvJuridica03_03.pdf).

CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3rd Edition, Massachusetts, 2000.

CASES PALLARES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Escola D’Administració Pública de Catalunya-Marcial Pons, Madrid, 1995.

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS, “Condiciones Jurídicas que Debe Contemplar una Ley de Competencia en El Salvador”, en *Consideraciones Jurídicas en Torno a una Ley de Libre Competencia en El Salvador*, Documentos de Trabajo de FUNDAUNGO, Serie Análisis de la Realidad Nacional, 2001-3, San Salvador, septiembre 2001, pp. 11-20.

CIDONCHA, A., *La Libertad de Empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Thomson-Civitas, 1ª edición, Madrid, 2006.

CIRIANO VELA, C.D., *Principio de Legalidad e Intervención Económica*, Atelier Administrativo, Barcelona, 2000.

COLOMA, G., “Fusiones y Adquisiciones en Mercados con Empresas Públicas y Privadas”, paper n. 27, publicado por Berkeley Program in Law & Economics, University of Berkeley, año 2006 (en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/27>, consultada el 6 de mayo de 2008).

— D —

DE CASTRO, F., “Notas sobre las Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, N.4, 1982, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pp. 987-1086.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución Económica Española: Iniciativa Económica Pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Colección de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DE LA CUADRA-SALCEDO, T. “Título VII: La Constitución Económica de España”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, Tomo X, pp. 17-44.

DE LAS HERAS, A., “Las Ayudas Públicas en la Comunidad”, *Boletín de Estudios Económicos* n. 126, diciembre, 1985, pp. 453-469.

DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003, pp. 32-52.

- “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, en *Diario La Ley*, año XXVI, número 6373, del 5 de diciembre de 2005 (en www.laley.net, consultada el 21 de febrero de 2008).

-“Las Complicadas Relaciones entre la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal”, en *Gaceta Jurídica de la Competencia y la Unión Europea*, n. 213, mayo/junio 2001, pp. 11-34.

— E —

EHMKE, H., “Economía y Constitución”, traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5: La Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, pp. 329-380.

ELHAUGE, E., “Defining Better Monopolization Standards”, en *Stanford Law Review*, Vol. 56, November 2003, pp. 255-272.

- “Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?”, en *Competition Policy International*, Vol. 3, N. 2, otoño 2007, pp. 59-77.

EMBED IRUJO, J.M., “El Régimen de las Ayudas Estatales a las Empresas en el Derecho Comunitario (comentarios a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 10 de julio de 1986)”, *Noticias de la CEE* n. 33, 1987, pp. 127-132.

ESCALANTE ARCE, P.A., *Los Estancos, las Prácticas Monopólicas y las Rentas del Estado en el Salvador*, Superintendencia de Competencia, San Salvador, 2008.

ESCOLÁN SUAY, C., “Técnicas para la Investigación de Cáteles I”, Ensayos sobre Competencia, Art. 03-06 (en www.sc.gob.sv, consultada el 10 de agosto de 2009).

-“Técnicas para la Investigación de Cáteles II”, Ensayos sobre Competencia, Art. 04-06 (en www.sc.gob.sv, consultada el 20 de mayo de 2009).

-“Técnicas para la Investigación de Cáteles III”, Ensayos sobre Competencia, Art. 05-06 (en www.sc.gob.sv, consultada el 20 de julio de 2009).

-“Cáteles: la amenaza al libre mercado”, Ensayos sobre Competencia, Art. 01-08 (en www.sc.gob.sv, consultada el 10 de agosto de 2009).

- “Competencia en los procesos de concesiones”, Ensayos de Competencia, Art. 02-08 (en www.sc.gov.sv, consultada el 18 de mayo de 2009).

— F —

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “El Régimen Jurídico de las Ayudas Públicas a las Actividades Económicas”, en *La Intervención Administrativa en la Economía*, en *Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004*, Consejo General del Poder Judicial VII, Madrid, 1996, pp. 121-154.

FERNÁNDEZ- ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000.

FISCHER, S., DORNBUSCH, R. Y SCHMALENSSEE, R., *Economía*, traducido por Luis Toharia y Esther Rabasco, Mc. Graw-Hill, 2ª edición, Madrid, 1998.

FONT-GALÁN, J.I., “Legitimación Constitucional del Derecho Mercantil y Desafío Ético del Ordenamiento del Mercado Competitivo”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1311-1337.

- “Notas sobre el Modelo Económico de la Constitución Española de 1978”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 152, Madrid, 1979, pp. 205-238.

FONT- GALÁN, J.I. y MIRANDA SERRANO, L. Ma., “Defensa de la Competencia y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales y Disfuncionales”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coordinado por Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 9-48.

FORSTHOFF, E., “Problemas Constitucionales del Estado Social”, en ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y otros, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 43-67.

FOX, E.M., “What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, 2002, pp. 371-412.

-“The Future of the per se rule: two visions at war with one another”, en *Washburn Law Journal*, Vol. 29, N. 1, 1989, pp. 200-211.

FRIEDMAN, J.W., *Oligopoly Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.

FRIGNANI, A., “El Abuso de Posición Dominante”, en *RDM* n. 261, Madrid, 2006, pp. 859-944.

FRISCH PHILIPP, W. y MANCEBO MURIEL, G., *La Competencia Desleal*, 1ª edición, Editorial Trillas, México, 1975.

FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Boletín de Estudios Legales* N. 139, Antiguo Cuscatlán, julio de 2012.

- “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, diciembre de 2004.

- “Nuevas Opiniones sobre el Anteproyecto de Ley de Libre Competencia”, en *Boletín de Estudios Legales* N. 37, Antiguo Cuscatlán, enero de 2004.

- “La Defensa de la Competencia” en *Boletín Económico y Social* N. 78, Antiguo Cuscatlán, mayo de 1992.

— G —

GAMIR CASARES, L., “El Proceso de Transformación de la Empresa Pública”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n. 811, 2003, pp. 221-234.

GAL, M.S., *Competition Policy in Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

GALÁN CORONA, E., “Prohibición de Prácticas Colusorias (I): visión general”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 173-225.

GARCÍA-PELAYO, M., “Las Cláusulas Económicas de la Constitución”, en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2855-2874.

- “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”, en *Obras Completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1593-1647.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, 8ª edición, México D.F., 1987.

-*La Defensa de la Competencia Mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

GEDDES, R.R., “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”, in *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, pp. 27-58.

GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5th edition, Los Angeles, 2004.

GELLHORN, E. y TATHAM, T., “Making Sense Out of The Rule of Reason”, en *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 35, N 2, 1984-85, pp. 155-182.

GILBERT, R.J., “The Role of Potential Competition in Industrial Organization”, en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 3, N. 3, summer 1989, pp. 107-127.

GOIG MARTÍNEZ, J.M., “Artículo 38 de la Constitución: La Libertad de Empresa”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo III, Cortes Generales y Editores de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pp. 731-746.

GÓMEZ POMAR, F., La relación entre normativa de protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia; Una visión desde el análisis económico del derecho, working paper n. 113, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero de 2003(en www.indret.com, consultada en febrero 2008).

GRILLO, M., “Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in antitrust Analysis”, en *European Journal of Law and Economics*, Vol. 14, N. 2, September 2002, pp. 151-169.

GROSSMAN, G.M. and SHAPIRO, C., “Research Joint Ventures: an antitrust analysis”, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 2, N. 2, fall, 1986, pp. 315 -337.

GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., “Economía de la Competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1^a edición, Barcelona, 2005, pp. 1-58.

— H —

HÄBERLE, P., “Siete Tesis para una Teoría Constitucional del Mercado”, traducido por Miguel Azpitarte Sánchez, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 5. La Constitución Económica Europea, enero- junio 2006, Instituto Andaluz de Administración Pública, Granada, pp. 11-30.

HAHN, R.W., *Antitrust Policy and Vertical Restraints*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2006.

HANNAY, W.M., *Designing an Effective Compliance Program*, (Vol. 11, Corporate compliances series), West, 2008.

HARTLEY, J., *The Rule of Reason*, American Bar Association, Section of Antitrust Law, 1999.

HAWK, B.E., The Development of Articles 81 and 82: Legal Certainty, 2000 EU Competition Workshop Proceedings (en www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2000/Hawk_1.pdf, consultada el 9 de junio 2009).

HAY, G., “Horizontal agreements: concept and proof”, en *Antitrust Bulletin*, vol. 51, n. 4, winter 2006, pp. 877-913.

- “Facilitating Practices: The Ethyl Case (1984)”, en Kwoka, JE Jr., White, L.HJ., *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Harper Collins, 3rd edition, 1999, pp. 182-201.

- “Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law” en *Cornell Law Review*, Vol. 67, 1981-1982, pp. 439-481.

HAYEK, F., “El atavismo de la justicia social” en *Revista de Estudios Públicos* N° 36, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1989, pp. 181-193.

HAYS, J., and RATZKIN, J.L., Trade Associations Practices and Antitrust Law, en *Harvard Business Review*, summer 1947, Vol. 25, issue 4, pp. 501-520.

HICKS, J.R., “The Theory of Monopoly”, in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935, pp. 1-20.

HOVENKAMP, H., *The Antitrust Enterprise*, Harvard University Press, 2005.

- *Antitrust*, Black Letter Outlines, Thomson-West, 4th edition, 2005.

HUERTA DE SOTO, J., “La teoría de la Eficiencia Dinámica”, en *Procesos de Mercado, Revista Europea de Economía Política*, Vol. I, N. 1, Unión Editorial, Madrid, primavera 2004, pp. 11-72.

HYLTON, K.N., *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

— I —

IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho*, Estudios de Derecho de la Competencia, traducido por José Miguel Embid Irujo y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

- “El Derecho del Mercado”, en *Revista de Derecho Mercantil* n. 235, Madrid, 2000, pp. 7-26.

ILLESCAS, R., “El Campo de Aplicación del Derecho de la Competencia: Los Instrumentos Jurídicos de la Aplicación” en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 109-171.

— J —

JACQUEMIN, A. and SLADE, M.E., « Cartels, Collusion, and Horizontal Mergers » en SCHMALENSSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. I., North-Holland, 1989, pp. 415-473.

JOLIET, R., “La notion de pratique concertée et l’arrêt I.C.I. dans une perspective comparative”, *Cahiers de Droit Européen*, n. 3-4, 1974, pp. 251-286.

JONES, A., “Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law – convergence or divergence?” en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, N. 4/winter 2006, pp. 691-811.

— K —

KAPLOW, L., and SHAPIRO, C., “Chapter 15: Antitrust”, in *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, coordinado por A. Mitchell Polinsky y Steve Shavell, North Holland, 1ª edición, Oxford, 2007, p. 1077-1225.

KOLASKY, W.J. and DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, n. 1 (2003), pp. 207- 251.

KOLASKY, W.J., “Antitrust and the Liberal Professions: The U.S. Experience”, (en www.eui.it, consultada el 27 de marzo de 2009).

KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th edition, 2007.

KROES, N., Enforcement of Prohibition of Cartels in Europe, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings (en [www.iue.it/RSCAS/Resarch/Competition/2006\(pdf\)200610-COMPed-Kroes.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Resarch/Competition/2006(pdf)200610-COMPed-Kroes.pdf)).

KÜHN, K., “Fighting collusion by regulating communications between firms”, en *Economic Policy*, April 2001, pp. 169-204.

KWOKA, J., Eliminating Potential Competition, working paper de Northeastern University (en www.economics.neu.edu/papers/documents/05-007.pdf).

— L —

LARA VELADO, R., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2ª edición, San Salvador, 1972.

LEARY, T.B. “A Structured Outline for the Analysis of Horizontal Agreements”, ponencia presentada en la Conferencia sobre Derecho de la Competencia, en marzo 2004 (en www.ftc.gov/speeches/leary/chairshowcasetalk.pdf, consultada en agosto 2009).

— M —

MAGAÑA, A., “El Concepto de Monopolio del artículo 110 de la Constitución”, en *Cuadernos de Trabajo* n. 04-99, Colegio de Altos Estudios Estratégicos, San Salvador, octubre de 1999, pp. 1-26.

- “Consideraciones sobre la Constitución Salvadoreña”, en *Cuadernos IEJES*, n. 15, Instituto de Estudios Jurídicos de El Salvador, San Salvador, 1ª edición, 1996.

- “El Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, pp. 79-108.

- *Derecho Constitucional Financiero Salvadoreño*, Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia n. 4, San Salvador, 1989.

MARTIN-RETORTILLO B., S., “Principios del Sistema Económico en la Constitución Española”, en *La Intervención Administrativa en la Economía*, en *Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2004*, Consejo General del Poder Judicial VII, Madrid, 1996, pp. 13-26.

- *Derecho Administrativo Económico I y II*, La Ley, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ, J.E., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos sin Autoridad de Competencia: el caso de El Salvador*, mimeo, San Salvador, 2005.

McCONNELL, C.R. y BRUE, S.L., *Economía*, McGraw-Hill, 13ª edición, Madrid, 1997.

McNULTY, P. J., “Economic Theory and the Meaning of Competition”, en *Quarterly Journal of Economics*, Nov. 68, Vol. 82 Issue 4, pp. 639-656

MEDRANO, S. y TRAMOYERES, P., “El Régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: persistencia de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 241, enero/abril 2006, pp. 61-71.

MEESE, A.J., “Price Theory, Competition, and The Rule of Reason”, en *Illinois Law Review*, Vol. 2003, N. 1, pp. 77-170.

MIRANDA SERRANO, L.M., “La <regla de minimis> en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de Desarrollo”, en *Derecho de los Negocios*, año 19, n. 216, septiembre 2008, pp. 5-36.

MOLINA, F., *Condiciones Generales de Competencia en Países Centroamericanos: el caso de El Salvador*, Serie Estudios y Perspectivas n. 67, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, enero de 2007.

MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

MUADI GARCÍA, G.A., *Informe sobre las Necesidades y Prioridades en el Área de Políticas de Competencia*, Proyecto de la UNCTAD apoyado por SECO (Suiza) sobre el Fortalecimiento de Capacidades e Instituciones en el Área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor para los países de Centroamérica, San Salvador, noviembre 2003.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio Público y Mercado: Los Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998.

MURIS, T.J.: “The Rule of Reason after California Dental”, George Mason University Law and Economics working paper n. 00-41, Nov. 2000 (en www.gmu.edu/assets/files/faculty/dv/muris.pdf, consultada el 14 de agosto de 2009).

N

NADAL, S., “Los Acuerdos Horizontales y el Derecho de la Competencia”, en *Harvard-Deusto Finanzas y Contabilidad*, n. 40, 2001, pp. 12-19.

NAVARRO SUAY, M.C., *Las Conductas Conscientemente Paralelas*, Thomson-Civitas, 1ª edición, 2005.

— O —

ODRIOZOLA, M., IRISSARRY, B. y BARRANTES, B., “Prohibición de Prácticas Colusorias (II): Restricciones Horizontales”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 227-311.

ORTIZ-BLANCO, L. y RUIZ GARCÍA, N., “El Nuevo Régimen Sancionador de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: ¿tres pasos adelante y uno atrás?”, en *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*, Instituto de Derecho y Ética Industrial, n. 48, extraordinario octubre-diciembre 2007, pp. 233-258.

— P —

PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust: control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1ª edición, 2007.

PAGE, W., “Twombly and Communication: The Emerging Definition of Concerted Action Under the New Pleading Standards”, University of Florida Legal Studies Research Paper n. 2008-01 (en <http://papers.ssrn.com>, consultada el 12 de diciembre de 2008).

- “Facilitating Practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act”, working paper, abril 2008 (en <http://papers.ssrn.com>, consultada el 5 de julio 2009).

PANIAGUA ZURERA, M., “Las Concepciones Compensatorias en la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Defensa de la Competencia Económica”, en AA.VV., *Estudios de Derecho de la Competencia*, coordinado por Juan Ignacio Font Galán y Manuel Pino Abad, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 494-534.

PAPIER, J.J., “Ley Fundamental y Orden Económico” en BENDA, E., MAIHOFER, W. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª edición, traducido por Internaciones, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 561-613.

PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en *Estudios Homenaje a Luis Diez Picazo*, Tomo IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5971-6040.

PEEPERKORN, L. “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (De Minimis Notice)” en *Competition Policy Newsletter*, n. 2, June 2001, pp. 4-6.

PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC* Aranzadi, Navarra, 2002.

- La “*Explotación Abusiva*” de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y 6 LEDC), 1ª edición, Civitas, Madrid, 2002.

PEYTON, T.E., “Unravelling the Current Rule for Applying the Per Se Rule: Explanations, Solutions, and a Proposal”, en *The Journal of Corporation Law*, summer 2001, pp. 1051-1073.

PIERCE, R.J., Jr. and GELLHORN, E., *Regulated Industries In a Nutshell*, West Group, 4th edition, St. Paul, 1999.

PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, en *InDret*, n. 3, 2001.

PIRAINO, T.A. Jr., “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, en *Indiana Law Journal*, Vol. 82, issue 2, spring 2007, pp. 345-409.

“Reconciling the Per Se and the Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis”, en *Southern California Law Review*, Vol. 64, 1991, pp. 685-739.

POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 2001.

- *Análisis Económico del Derecho*, traducido por Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

— R —

RIPOLL NAVARRO, R. y FUENTES GIMÉNEZ, E.M., “El Régimen de Ayudas Públicas (I): Visión general y aspectos sustantivos”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y

MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 1155-1193.

RIVERA, E. y SCHATAN, C., *Los Mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas n. 41, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, septiembre de 2006.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal (examen del artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia)*, La Ley, 1ª edición, Madrid, 2001.

ROJO, A., “Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 169-180, Madrid, 1983, pp. 309-340.

“El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981, pp. 977-1014.

ROSE, V. and ROTH, P. “Article 81 (1)”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, Edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 91-107.

ROTHBARD, M.N., *Man, Economy and State*, Nash Publishing, Los Angeles, primera impresión, s/f.

RUBIO LLORENTE, F., “La Libertad Empresarial en la Constitución”, en en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 431-446.

RUIZ-RICO RUIZ, G., “La Libertad de Empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia” en *Revista de Derecho Mercantil*, n. 215, Madrid, 1995, pp. 223-258.

— S —

SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *Economía*, McGraw-Hill, 18ª edición, México, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 29ª edición actualizada y ampliada, Navarra, 2007.

SAPPINGTON, D.E.M. and SIDAK, J.G., “Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities” in GEDDES, R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, pp. 1-25.

SCHERER, F.M. and ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3rd edition, Princeton, 1990.

SCHMALENSEE, R. and WILLIG, R.D., *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, North Holland, 3rd reprinting, New York, 1992.

SIGNES DE MESA, J.I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)” en *RDM* n. 262, 2006, pp. 1447-1488.

SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House Inc., New York, 1937.

SOLANO RAMÍREZ, M.A., *Derecho Constitucional de El Salvador*, Tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1^a edición, San Salvador, 2006.

SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho Público de la Competencia*, Marcial Pons e Instituto del Libre Comercio, Madrid, 1998.

STIGLER, G., *Historia del Pensamiento Económico*, El Ateneo, México, 1979.

STIGLITZ, J.E., *Economía del Sector Público*, traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharía, Bosch, 2^a edición, 1997.

STIGLITZ, J.E. y WALSH, C.E., *Economics*, 3rd. Edition, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 2002.

SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2nd edition, Los Angeles, 2006.

SULLIVAN, L.A., “The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints”, en *California Law Review*, Vol. 75, 1987, pp. 835-891.

— T —

TERRY, L.S., “The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as “Service Providers”, en *Journal of the Professional Lawyer*, Vol. 2008, pp. 189-211.

THUROW, L., “Hacia una definición de Justicia Económica”, en *Revista de Estudios Públicos*, N. 24, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1986, pp. 116-131.

TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, 13th reprinting, MIT Press, Cambridge, 2002.

- “Jeux Dynamiques: Un Guide de l’Utilisateur”, *Revue d’Economie Politique*, N. 4, 1983, pp. 551- 575.

TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid, 1997.

TURNER, D., The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusal to Deal”, en *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1962, pp. 655-706.

— U —

ULLRICH, H., *Anti-Unfair Competition Law and Anti-Trust Law: a Continental Conundrum?*, Working Paper LAW n. 2005/01, publicado por el Instituto Universitario Europeo, Florencia, febrero 2005 (en www.iue.it/PUB/law05-01.pdf, consultada el 15 de febrero de 2008).

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., “El Derecho Mercantil”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, 1^a edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 5-40.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, 2^a edición, Civitas, Madrid, 2006.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 5^a edición, Civitas, 2007.

— V —

VAJDA, C. and BATES, A., “State Aids”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, Edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp. 1497-1613.

VAN BAEL, I., *Competition Law of the European Community*, Van Bael & Belis, 4^a edición, 2005.

VICENT CHULIÁ, F., “Poderes Públicos y Derecho de la Competencia”, en *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 3313-3378.

VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005.

— W —

WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 6th edition, 2008.

— Z —

ZELEK, E.F., STERN, L.W., and DUNFEE, T.W., “A Rule of Reason Decision Model after Sylvania”, en *California Law Review*, Vol. 68, 1980, pp. 13-47.

ÍNDICES COMPLEMENTARIOS

1- LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN NACIONAL

CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA

Constitución de la República de 1983, Decreto Constituyente n. 38 del 15 de diciembre de 1983, publicado en el D.O. n. 234, Tomo 281 del 16 de diciembre de 1983.

Constitución de la República de 1962, Decreto n. 6 del 8 de enero de 1962, publicado en el D.O. n. 10, Tomo 194 del 16 de enero de 1962.

Constitución Política de 1950, Decreto n. 14 del 7 de septiembre de 1950, publicado en el D.O. n. 196, Tomo 149 del 8 de septiembre de 1950.

Constitución de la República de 1939, Decreto sin número de la Asamblea Nacional Constituyente del 20 de enero de 1939, publicado en el D.O. n. 15, Tomo 126 del 20 de enero de 1939.

Constitución de la República de 1886, Decreto del Congreso Constituyente, publicado en el D.O. n. 150-156, Tomo 20 del 2 de julio de 1886.

LEYES

Código Civil, aprobado mediante Decreto Ley de la Asamblea Legislativa s/n, del 23 de agosto de 1859.

Código de Comercio, D.L. n. 671 del 8 de mayo de 1970, publicado en el D.O. n. 140, Tomo 228 del 31 de julio de 1970.

Código Penal de 1998, D.L. n. 1030 del 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. n. 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997.

Código Procesal Civil y Mercantil de 2010, D.L. n. 712 del 18 de septiembre de 2008, publicado en el D.O. n. 224 del 27 de noviembre de 2008, en vigor desde el 1 de julio de 2010.

Código Tributario, D.L. n. 230 del 14 de diciembre de 2000, publicado en el D.O. 241, Tomo 349 del 22 de diciembre de 2000.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D.L. n. 868, del 5 de abril de 2000, publicado en el D.O. n. 88, Tomo 347 del 15 de mayo de 2000.

Ley de Competencia, D.L. n. 528, del 26 de noviembre 2004, publicado en el D.O.

n. 240, Tomo 365 del 23 de diciembre de 2004.

-Reforma aprobada con D.L. n. 436 del 18 de octubre de 2007, publicado en el D.O. n. 204, Tomo 377 del 1 de noviembre de 2007.

Ley de Creación del Banco Multisectorial de Inversiones, D.L. n. 856 del 21 de abril de 1994, publicado en el D.O. n. 98, Tomo 323 del 27 de mayo de 1994.

Ley de Creación del Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, D.L. n. 278 del 14 de diciembre de 1984, publicado en el D.O. n. 15, Tomo 286 del 22 de enero de 1985.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. n. 81, del 14 de noviembre de 1978, publicado en el D.O. n. 236, Tomo 261 del 19 de diciembre de 1978.

Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, D.L. n. 868 del 6 de junio de 2002, publicado en el D.O. n. 125, Tomo 356 del 8 de julio de 2002.

Ley de Procedimientos Constitucionales, D.L. n. 2996 del 14 de enero de 1960, publicado en el D.O. n. 15, Tomo 186, del 22 de enero de 1960.

Ley de Procedimientos Mercantiles de El Salvador, D.L. n. 360 del 14 de junio de 1973, publicado en el D.O. n.

120, Tomo 239 del 29 de junio de 1973 (derogada a partir de 1 de julio de 2010).

Ley de Protección al Consumidor de 2005, D.L. n. 776 del 31 de agosto de 2005, publicado en el D.O. n. 166, Tomo 368, del 8 de septiembre de 2005.

Ley del Centro Internacional de Ferias y Convenciones de El Salvador, DL n. 220, del 19 de enero de 2007, publicado en el D.O. 31, Tomo 374 del 15 de febrero de 2007.

Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, D.L. n. 236 del 6 de febrero de 1957, publicado en el D.O. n. 43 Tomo 174 del 12 de marzo de 1957.

REGLAMENTOS

Reglamento de la Ley de Competencia, Decreto Ejecutivo n. 126 del 5 de diciembre de 2006, publicado en el D.O. n. 227, Tomo 373 del 5 de diciembre de 2006.

-Reformas aprobadas con Decreto Ejecutivo n. 63 del 29 de mayo 2008, publicado en el D.O. n. 121, Tomo 379 del 20 de junio de 2008.

DECRETOS EJECUTIVOS

Decreto Ejecutivo n. 134 del 19 de diciembre de 2008, publicado en el

Diario Oficial n. 241, tomo 381 del 22 de diciembre de 2008, por medio del cual se fija el salario mínimo en la industria.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

ARGENTINA

Ley de Defensa de la Competencia, Ley N. 25.156 del 25 de agosto de 1999, promulgada mediante Decreto n. 1019 del 16 de septiembre de 1999, publicada en el Boletín Oficial del 20 de septiembre de 1999.

ARMENIA

Ley de la República de Armenia para la Protección de la Competencia Económica, del 6 de noviembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial n. 30 del 15 de diciembre de 2000.

BRASIL

Lei de Defesa da Concorrência do Brasil o Lei n. 8.8.84/94 de 11 junho de 1994, publicada no D.O.U. de 13 de junho de 1994.

CANADÁ

Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade 1889, published in The Revised Statutes of 1985, c. 34.

CHILE

Ley de Defensa de la Competencia, aprobada mediante DL N° 211 de 1973,

publicado en el Diario Oficial de 7 de Marzo de 2005.

COSTA RICA

Ley Costarricense de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley n. 7472 del 20 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta n. 14 del 19 de enero de 1995.

ESPAÑA:

Constitución Española de 1978, publicada en el Boletín Oficial del Estado n. 311 del 29 de diciembre de 1978.

Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007 del 3 de julio, publicada en el BOE n. 159 del 4 de julio de 2007.

Ley de Defensa de la Competencia (derogada), Ley 16/1989 del 17 de julio, publicada en el BOE n. 170 del 18 de julio de 1989.

Reglamento de Defensa de la Competencia, Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, publicado en el BOE n. 50 del 27 de febrero de 2008.

ESTADOS UNIDOS

Ley Sherman del 2 de julio de 1890, codificada en el capítulo 15 del Código de Leyes de los Estados Unidos (U.S.C.).

Ley Clayton del 15 de octubre de 1914, codificada en el capítulo 15 del Código de Leyes de los Estados Unidos (U.S.C.).

FRANCIA

Código de Comercio de 2000, reformado mediante Decreto Ejecutivo n. 2008-1161 del 13 de noviembre de 2008, para la modernización de la regulación de la competencia.

Código Civil del 21 de marzo de 1804 (en www.legigrance.gouv.fr, consultada el 31 marzo de 2008).

GUATEMALA:

Código de Comercio del 28 de enero de 1970, publicado en Diario Oficial n. 40, Tomo 188, del 9 de abril de 1970.

HONDURAS

Ley de Defensa y Promoción de la Competencia, aprobada mediante D.L. n. 357/ 2005 del 16 de diciembre de 2005, publicada en La Gaceta Oficial n. 30.920 del 4 de febrero de 2006.

INDIA

Ley de Competencia de India de 2002, del 13 de enero de 2003, publicada en la Gaceta de India n. 12 del 14 de enero de 2003.

MÉXICO

Ley Federal de Competencia de 1992, publicada en el D.O. de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

NICARAGUA

Ley de Promoción de la Competencia, Aprobada mediante D.L. n. 601 del 28 de septiembre de 2006, publicada en la Gaceta n. 206 del 24 de octubre de 2006.

PANAMÁ

Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición, publicada en la Gaceta Oficial n. 25914 del 7 de noviembre de 2007.

PERÚ

Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas de Perú, Decreto Legislativo n. 1034 del 24 de junio de 2008, publicado en el D.O. "El Peruano", del 25 de junio de 2008.

REPÚBLICA DE CHINA POPULAR

Ley Antimonopolios de la República de China Popular del 30 de agosto de 2007, publicada en la Gaceta del Consejo de Estado n. 30, serie 1245, del 30 de octubre de 2007.

REPÚBLICA DOMINICANA

Ley General de Defensa de la Competencia n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del 25 de enero de 2008.

TAIWÁN

Ley de Comercio Equitativo de Taiwán del 4 de febrero de 1991, publicada en la Gaceta del Despacho del Presidente n. 5364 del 4 de febrero de 1991.

UNIÓN EUROPEA

TRATADOS

Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957, publicada en el DOCE C 325 del 24 de diciembre de 2002.

DIRECTIVAS

Directiva 2006/111/CE de la Comisión, del 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, publicada en el DOCE L 318 del 17 de noviembre de 2006.

Directiva 80/723/CEE del 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, publicada en el DOCE L 195 del 29 de marzo de 1980.

REGLAMENTOS

Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, publicado en el DOCE L. 24 del 29 de

enero de 2004, relativo al control de las concentraciones entre empresas.

COMUNICACIONES DE LA COMISIÓN

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOCE C 95/1 del 16 de abril de 2008.

Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia en forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o “de minimis”, (2001/C368/07) publicada en el DOCE C 368/13 del 22 de diciembre de 2001.

Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (2001/ C3/02), publicada en el DOCE C 3/2 del 6 de enero de 2001.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado en referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el DOCE C 372 del 9 de diciembre de 1997

Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre

empresas, publicada en el DOCE C 31 del 5 de febrero de 2004.

DECISIONES DE LA COMISIÓN

Decisión de la Comisión la 92/157/CEE del 17 de febrero de 1992, en el caso Tractores Británicos, publicada en el DOCE L. 068 del 13 de marzo de 1992.

Decisión de la Comisión del 19 de julio de 1989, en el caso Asociación de Banqueros Holandeses, publicada en el DOCE L 253 del 30 de agosto de 1989.

Decisión de la Comisión del 2 de diciembre de 1986, en el asunto de los Ácidos Grasos, publicada en el DOCE L 003 del 6 de enero de 1987.

Decisión de la Comisión del 26 de noviembre de 1986 en el caso MELDOC, publicada en el DOCE L 348/50 del 10 de diciembre de 1986.

Decisión de la Comisión del 15 de diciembre de 1982, en el caso AROW/BNIC, publicada en el DOCE L 379 del 21 de diciembre de 1982.

Decisión de la Comisión del 17 de diciembre de 1980, en el caso Italian Glass, publicada en el DOCE L. 383 del 31 de diciembre de 1980.

Decisión de la Comisión del 7 de diciembre de 1978, en el caso CECIMO; publicada en el DOCE L 69/13 del 20 de marzo de 1979.

Decisión de la Comisión del 26 de mayo de 1978, en el caso RAI/UNITEL, publicada en el DOCE L 157 del 15 de junio de 1978.

Decisión de la Comisión del 26 de julio de 1976, en el caso REUTER/BASF, publicada en el DOCE L 254 del 17 de septiembre de 1976.

Decisión de la Comisión del 9 de diciembre de de 1971, en el caso Continental Can Company, publicada en el DOCE n. 134/15 del 20 de junio de 1971.

URUGUAY

Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia aprobada por la Cámara de Representantes el 10 de julio de 2007, publicada en el D.O. n. 27288 del 30 de julio de 2007.

VENEZUELA

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia del 13 de diciembre de 1991, publicada en la Gaceta Oficial N°. 34.880 del 13 de enero de 1992.

2- JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA NACIONAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR:

AMPAROS:

SENTENCIAS:

2011

Amparo 16-2009 del 13 de julio 2011.

2008

Amparo 66-2007 del 29 de agosto de 2008.

Amparo 267-2007 del 27 de agosto de 2008.

2007

Amparo 754-2006 del 6 de julio de 2007.

2006

Amparo 524-2005 del 13 de octubre de 2006.

Amparo 432-2005 del 12 de septiembre de 2006.

Amparo 391-2004 del 16 de febrero de 2006.

2005

Amparo 969-2003 del 9 de febrero de 2005.

2004

Amparo 446-2003 del 9 de noviembre de 2004.

Amparo 679-2002 del 6 de mayo de 2004.

2003

Amparo 241-2001 del 26 de junio de 2003.

Amparo 242-2001 del 26 de junio de 2003.

2002

Amparo 140-2000 del 12 de noviembre de 2002.

Amparo 58-2001 del 22 de marzo de 2002.

2001

Amparo 26-2000 del 10 de julio de 2001.

Amparo 305-99 del 19 de marzo de 2001.

AUTOS:

2005

Improcedencia pronunciada en el amparo 538-2005 del 3 de noviembre de 2005.

Sobreseimiento proveído en el amparo 699-2000, el 24 de mayo de 2002.

INCONSTITUCIONALIDADES:

SENTENCIAS:

2007

Inconstitucionalidad 27-2007/30-2006/31-2006/38-2006-39-2006/41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/756-2006/61-2006 Ac. del 9 de octubre de 2007, publicada en el D.O. n. 196 Tomo. 377 del 22 de octubre de 2007.

Inconstitucionalidad 25-2004 del 25 de julio de 2007, publicada en el D.O. n. 161, Tomo 376 del 20 de agosto de 2007.

Inconstitucionalidad 28-2006/33-2006/34-2006/36-2006 del 12 de abril de 2007, publicada en el D.O. n. 71, Tomo 375 del 20 de abril de 2007.

2005

Inconstitucionalidad 58-2003 del 13 de diciembre de 2005, publicada en el D.O. n. 1, Tomo 370 del 3 de enero de 2006.

Inconstitucionalidad 8-2004 del 13 de diciembre de 2005 (sin registro de publicación en el D.O.).

2004

Inconstitucionalidad 8-2003/49-2003/2-2004/5-2004 del 22 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 6, Tomo 366 del 10 de enero de 2005.

Inconstitucionalidad 42-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004.

Inconstitucionalidad 17-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004.

Inconstitucionalidad 5-2003 del 14 de diciembre de 2004, publicada en el D.O. n. 239, Tomo 365 del 22 de diciembre de 2004.

Inconstitucionalidad 2-2002 del 8 de noviembre de 2004, publicada en el D.O. n. 214, Tomo 365 del 17 de noviembre de 2004.

Inconstitucionalidad 9-2003 del 22 de octubre de 2004 y publicada en el D.O. n. 206, Tomo 365 del 6 de noviembre de 2004.

Inconstitucionalidad 31-2002/32-2002/33-2002 del 8 de octubre de 2004, publicada en el D.O. n. 198, Tomo 365 del 23 de octubre de 2004.

Inconstitucionalidad 30-2001 del 16 de julio de 2004, publicada en el D.O. n. 147, Tomo 364 del 12 de agosto de 2004.

2002

Inconstitucionalidad 15-99/ 17-99 Ac. del 13 de agosto de 2002, publicada en el D.O. n. 154, Tomo 356 del 22 de agosto de 2002.

Inconstitucionalidad 24-98 del 26 de febrero de 2002, publicada en el D.O. n. 46, Tomo 354 del 7 de marzo de 2002.

2001

Inconstitucionalidad 8-97 del 23 de marzo de 2001, publicada en el D.O. n. 74, Tomo 351 del 20 de abril de 2001.

1999

Inconstitucionalidad 2-92 del 26 de julio de 1999, publicada en el D.O. n. 154, Tomo 344 del 23 de agosto de 1999.

1998

Inconstitucionalidad 4-97/7-97 del 26 de agosto de 1998, publicada en el D.O. n. 168, Tomo 340 del 10 de septiembre de 1998.

Inconstitucionalidad 5-93/2-96/3-96/11-96/12-96 Ac. del 2 de julio de 1998, publicada en el D.O. n. 136, Tomo 340, del 22 de julio de 1998.

1996

Inconstitucionalidad 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996, publicada en el D.O. n. 143, Tomo 332 del 31 de julio de 1996.

1990

Inconstitucionalidad 3-88 del 3 de septiembre de 1990, publicada en el D.O. n. 216, Tomo 308 del 10 de septiembre de 1990.

1989

Inconstitucionalidad 8-87 del 28 de septiembre de 1989, publicada en el D.O. n. 188, Tomo 305 del 11 de octubre de 1989.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2011

Sentencia 334-2008 del 01 de diciembre de 2011.

Sentencia 447-2007 del 14 de junio de 2011.

2010

Sentencia 464-2007 del 17 de septiembre de 2010.

2003

Sentencia 67-E-2001 del 12 de febrero de 2003.

2002

Sentencia 230-C-2002 del 22 de mayo de 2002.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

ESPAÑA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2006

Sentencia 112/2006 del 6 de abril, publicada en el BOE n. 110 del 9 de mayo de 2006.

2003

Sentencia 100/2003 del 2 de junio, publicada en el BOE n. 156, del 1 de julio de 2003

2002

Sentencia 25/2002 del 11 de febrero, publicada en el BOE n. 63 del 14 de marzo de 2002

Sentencia 75/2002 del 8 de abril, publicada en el BOE n. 99 del 25 de abril de 2002

Sentencia 113/2002 del 9 de mayo, publicada en el BOE n. 134 del 5 de mayo de 2002.

2001

Sentencia 123/2001 del 4 de junio, publicada en el BOE n. 158 del 3 de julio de 2001

2000

Sentencia 276/2000 del 16 de noviembre, publicada en el BOE n. 299 del 14 de diciembre de 2000.

1999

Sentencia 208/1999 del 15 de noviembre, publicada en el BOE n. 300 del 16 de diciembre de 1999.

Sentencia 142/1999 del 22 de julio, publicada en el BOE n. 204 del 26 de agosto de 1999.

Sentencia 133/1999 del 15 de julio, publicada en el BOE n. 197 del 18 de agosto de 1999.

1997

Sentencia 151/1997 del 29 de septiembre, publicada en el BOE n. 260 del 30 de noviembre de 1997.

1996

Sentencia 34/1996 del 11 de marzo, publicada en el BOE n. 93 del 17 de abril de 1996.

1995

Sentencia 53/1995 del 23 de febrero, publicada en el BOE n. 77 del 31 de marzo de 1995.

1993

Sentencia 116/1993 del 29 de marzo, publicada en el BOE n. 107 del 5 de mayo de 1993.

Sentencia 225/1993 del 8 de julio, publicada en el BOE n. 183 del 2 de agosto de 1993.

1987

Sentencia 42/1987 del 7 de abril, publicada en el BOE n. 107 del 5 de mayo de 1987.

1986

Sentencia 88/1986 del 1 de julio, publicada en el BOE n. 174 del 22 de julio de 1986.

1982

Sentencia 1/1982 del 28 de enero, publicada en el BOE n. 49 del 26 de febrero de 1982.

Sentencia 62/1982 del 15 de octubre, publicada en el BOE n. 276 del 17 de noviembre de 1982.

Sentencia 71/1982 del 30 de noviembre, publicada en el BOE n. 312 del 29 de diciembre de 1982.

TRIBUNAL SUPREMO

1997

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el recurso de casación 9710/1997, resuelto el 6 de marzo de 2003 (RJ 2003/3021).

1989

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en el recurso de apelación 5279/1989, resuelto el 10 de octubre de 1989 (RJ 1989/7352).

ESTADOS UNIDOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. 551 US (2007).

Bell Atlantic Corporation, et. Al., Petitioners v. William Twombly et al. 550 US (2007).

- Texaco Inc. v. Fouad Dagher et al. 547 US (2006).
- Flamingo Industries Ltd. Et al. 540 US 736 (2004).
- Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis v. Trinko, LLP 540 US 398 (2004).
- California Dental Ass. v. Federal Trade Commission 526 US 576 (1999).
- Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-o-mat, Inc., 429 US 477 (1977).
- FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association 493 US 411 (1990).
- Allied Tube v. Indian Head, Inc., 486 US 492 (1988).
- FTC v. Indiana Federation of Dentists 476 US 447 (1986).
- NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery, 472 US 284 (1985).
- NCAA v. Board of Regents, 468 US 85 (1984).
- Copperweld v. Independence Tube, 467 US 752 (1984).
- Hoover v. Ronwin, 466 US. 558 (1984).
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 US 752 (1984).
- American Soc’y of Mech. Eng’rs v. Hydrolevel, 456 US 556 (1982).
- Village of Hoffman Estates v. The Flipside 455 US 489 (1982).
- Arizona v. Maricopa County Medical Society 457 US 332 (1982).
- Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc., 446 US 643 (1980).
- Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc., 441 US 1 (1979).
- National Society of Professional Engineers v. United States, 435 US 679 (1978).
- Bates v. State Bar of Arizona 433 US 350 (1977).
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 US 36 (1977).
- Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council 425 US 748 (1976).
- Goldfarb v. Virginia State Bar 421 US 773 (1975).
- United States. v. Falstaff Brewing Corp. 410 US 526 (1973).
- Ford Motor Co. v. Unites States 405 US 562 (1972).
- United States v. Topco Associates, Inc. , 405 US 596 (1972).
- Grayned v. City of Roxford, 408 US 104 (1970).
- United States v. Container Corp., 393 US 333 (1969).

- FTC v. Proctor and Gamble Co. 368 US 568 (1967).
- United States v. Sealy, Inc., 388 US 350 (1967).
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 US 365 (1967).
- United States v. El Paso Natural Gas Co. 376 US 651 (1964).
- United States v. Penn-Olin 378 US 158 (1964).
- White Motor Co. v. United States, 372 US 253 (1963).
- Brown Shoe Co, v. United States, 370 US 294 (1962).
- Northern Pacific Railway Co. y otros v. United States 356 US 1 (1958).
- Theatre Enterprises v. Paramount Film Distrib. Corp. 346 US, 537, 541 (1954).
- Musser v. Utah 333 US 95 (1948).
- FTC v. Cement Institute, 333 US 683 (1948).
- Associated Press v. United States, 326 US 1 (1945).
- Parker. v. Brown, 317 US 341 (1943).
- United States v. Cooper Corp. 312 US 600 (1941).
- Fashion Originators' Guild of America v. FTC, 312 US 457 (1941).
- Apex Hosiery Co. v. Leader , 310 US 469 (1940).
- Sugar Institute, Inc. v. United States 297 US 553 (1936).
- Trenton Potteries Co., v. United States 273 US 392 (1927).
- Maple Flooring Manufactures Ass. v. United States, 268 US 563 (1925).
- United States v. American Linseed Oil Co., 262 US 371 (1923).
- American Column & Lumber C. v. United States, 257 US 377 (1921).
- Chicago Board of Trade v. United States 246 US 231 (1918).
- Eastern States Lumber Association v. United States 234 US 600 (1914).
- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 US 373 (1911).
- Standard Oil of New Jersey v. United States 221 US 1 (1911).
- Addyston Pipe & Steel Co. v. U. S. 175 US 211 (1898).
- United States v. Joint Traffic Ass., 171 US. 505 (1898).

United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 US 290 (1897).

CORTES DE SEGUNDA INSTANCIA

United States v. Microsoft Corp. y State of New York v. Microsoft Corp., United States District Court for the District of Columbia, civil actions 98-1232 y 98-1233 (2002).

United States v. Microsoft Corp. United States Court of Appeals for the District of Columbia, 00-5212 y 00-5213 (2001).

Tunis Bros. Co. v. Ford Motor Co., 952 F.2d 715, 728, Tercera Corte de Circuito (1991).

Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc., 792 F. 2d 210, 224 DDC (1986).

H& B Equip. Co. v. International Harvester Co. 577 F.2d 239, 246, Quinta Corte de Circuito (1978).

UNIÓN EUROPEA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Sentencia del 2 de abril de 2009, asunto C-431/07 P, Bouygues S.A. y Bouygues Telecom S.A. v. Comisión Europea.

Sentencia del 18 de diciembre de 2008, asuntos C-101/07 P y C-110/07 P, FNCBV and FNSEA. v. Commission.

Sentencia del 25 de enero de 2007, casos C-403 P y 405/04 P, asunto Sumitomo v. Commission.

Sentencia del 23 de noviembre de 2003, asunto C-238/05, asunto Asnef-Equifax.

Sentencia del 23 de febrero de 2006, asunto C-171/05 P, Piau v. Commission.

Sentencia del 10 de noviembre de 2005, asunto C-205/03, FENIN.

Sentencia del 17 de febrero de 2005, asunto C-250/03 P, Mauri v. Commissione per gli Esami di Avvocato presso la Corte d'Appello di Milano.

Sentencia del 15 de julio de 2004, asunto C-345/02, Pearle BV.

Sentencias del 16 de marzo 2004, asuntos C-264/01, 354/01 y 355/01, AOK-Bundesverband y otros.

Sentencia del 6 de enero de 2004, asunto C-2/01 P y C-3/01 P, Bayer/Adalt.

Sentencia del 19 de febrero de 2002, en el asunto C- 309/99, J.C.J. Wouters y otros.

Sentencia del 19 de febrero de 2002, en el asunto C-35/99, Pretore di Pinerolo Arduino.

Sentencia del 22 de enero de 2002, asunto C-218/00, Cisol v. INAIL.

Sentencia del 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/1999, Courage Ltd. v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd.

- Sentencia del 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P, Anic Spa. v. Comisión.
- Sentencia del 19 de mayo de 1999, asunto C-6/97, República Italiana v. Comisión Europea.
- Sentencia del 21 de enero de 1999, asuntos C-215/96 y C-216/96, Carlo Bagnasco y otros v. Banca Popolare de Novarra Soc. coop. arl.
- Sentencia del 18 de junio de 1998, en el asunto C- 35/96, Comisión v. República Italiana.
- Sentencia del 28 de mayo de 1998, en el asunto C-7/95, John Deer Ltd. v. Comisión de las Comunidades Europeas.
- Sentencia del 28 de mayo de 1998, en el asunto C-8/95, New Holland Ford Ltd. v. Comisión de las Comunidades Europeas
- Sentencia del 11 de diciembre de 1997, cuestión prejudicial planteada en el asunto C-55/96, Job Centre coop. arl.
- Sentencia del 18 de marzo de 1997, asunto C-343/95, Diego Calí & figli Srl v. Servizi Ecologici del Porto di Genova.
- Sentencia del 16 de noviembre de 1995, en la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-244/94, CCMISA.
- Sentencia del 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association v. Bosman.
- Sentencia del 15 de marzo de 1994, en la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-387/92 Banco de España v. Ayuntamiento de Valencia.
- Sentencia del 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, SAT Fluggesellschaft Mbh v. EUROCONTROL.
- Sentencia del 27 de octubre de 1993, asunto C-69/91, Decoster.
- Sentencia del 31 de marzo de 1993, asuntos C-89/85, C- 104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-117/85, y -125/85 a C-129/85, Ahlström y otros v. Comisión Europea.
- Sentencia del 17 de febrero de 1993, asuntos C-159/91 y C-160/91, Poucet vs. Assurances Générales y Caisse Mutuelle du Languedoc-Roussillon y Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation.
- Sentencia del 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, Höfner y Elser.
- Sentencia del 11 de enero de 1990, asunto C-277/87, Sandoz.
- Sentencia del 16 de junio de 1987, asunto C- 118/85, Comisión v. República Italiana.
- Sentencia del 27 de enero de 1987, asunto C-45/85, Verband der Sachversicherer v. Comisión.
- Sentencia del 30 de enero de 1985, asunto C-123/83, BNIC v. Guy Clair.

- Sentencia del 30 de enero de 1985, asunto C-35/83, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Comisión.
- Sentencia del 12 de julio de 1984, asunto C-170/83 Hydrotherme Gerätebau GmbH V. Compact. del Dr. Ing. Mario Andreoli & C. Sa.s
- Sentencia del 17 de enero de 1984, asuntos C-43 y 63/82, VBVB & VBBB v. Commission.
- Sentencia del 9 de noviembre de 1983, asunto C-322/81, Michelin v. Comisión.
- Sentencia del 8 de noviembre de 1983, asunto C-110/82, NV I.A.Z International Belgium et autres v. Commission.
- Sentencia del 11 de octubre de 1983, asunto C-210/81, Oswald Schmidt o Demo-Studio Schmidt v. Commission,
- Sentencia del 8 de junio de 1982, asunto C-258/78, L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission.
- Sentencia del 25 de marzo de 1981, asunto C-61/80, Coöperative Stremsel –en Kleurselabriek v. Commission.,
- Sentencia del 29 de octubre de 1980, asunto C-218/78, Heintz van Landwyck S.AR.L. et autres v. Commission.
- Sentencia del 27 de marzo de 1980, en la cuestión prejudicial planteada en el caso C-61/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Denkvavit Italiana, Srl.
- Sentencia del 12 de julio de 1979, asunto C-32/78, BMW Belgium et autres v. Commission.
- Sentencia del 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, United Brands Company and United Continental v. Commission of the European Communities.
- Sentencia del 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados C- 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, asunto Suiker Unie y otros v. la Comisión.
- Sentencia del 15 de mayo de 1975, asunto C-71/74, Frubo v. Commission.
- Sentencia del 14 de julio de 1972, asunto C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comisión.
- Sentencia del 25 de noviembre de 1971, asunto C-22/71, Béguelin Import. Co. v. S.A.G.L. Import Export.
- Sentencia del 15 de julio de 1970, asunto C- 41/69, ACF Chemiefarma v. Commission.
- Sentencia del 9 de julio de 1969, asunto C-5/69, Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke.
- Sentencia del 30 de junio de 1966, asunto C-56/65 Société Technique Minière v. Mashinenbau Ulm.
- Sentencia del 13 de julio de 1966, asunto 56 & 58/64, Consten & Grundig v. Commission.

Sentencia del 13 de julio de 1962, asunto C-19/61, Mannesmann AG V. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Sentencia del 23 de febrero de 1961, asunto C-30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. Alta Autoridad CECA.

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del 18 de septiembre de 2001, en el caso T-112/99 Métropole Télévision (M6) et autres v. Commission.

Sentencia del 15 de septiembre de 1998, caso T-374/1994, asunto European Night Services v. Commission.

Sentencia del 24 de octubre de 1997, caso T-244/94, Wirtschaftsvereinigung Stahl y otros.

Sentencia del 17 de diciembre de 1991, asunto T-6/89, Anic SpA v Commission.

3- RESOLUCIONES Y DOCUMENTACIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

2011

Resolución final SC-017/O/PS/R-2010 del 19 de diciembre de 2011, en el asunto “Las Telefónicas”.

Resolución final SC-031-D/PS/R-2010 del 30 de agosto de 2011, en el asunto “Servicios portuarios de Acajutla”.

2009

Resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009, asunto “Las Agencias de Viaje”.

Resolución final SC-022-D/PA/R-2007 del 21 de abril de 2009, asunto “Empresas de Telefonía Móvil”.

2008

Resolución final SC-005-O/NR-2008 del 4 de septiembre de 2008, asunto “Las Harineras”.

2007

Resolución final SC-017-D/PA/NR-2006 del 8 de noviembre de 2007, asunto “La Constructora y el Operador de Televisión por Cable”.

Resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, asunto “Los Puestos de Bolsa”.

Resolución final Ac. SC-004-D/PA/R-2006; SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007, asunto “Las Petroleras”.

Resolución final SC-009-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, asunto “Las Eléctricas III”.

Resolución final SC-008-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, asunto “Las Eléctricas II”.

Resolución final SC-007-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007, asunto “Las Eléctricas I”.

RECURSOS DE REVISIÓN

2012

Recurso de revisión resuelto el 17 de enero de 2012, en el caso SC-017/O/PS/R-2010, en el asunto “Las Telefónicas”.

2009

Recurso de revisión resuelto por el CDSC el 11 de agosto de 2009 en el caso SC-001-O/PA/NR-2009, asunto “Las Agencias de Viaje”.

2008

Recurso de revisión resuelto por el CDSC el 14 de octubre de 2008, en el caso SC-005-O/NR-2008, asunto “Las Harineras”.

2007

Recurso de revisión resuelto por el CDSC en el caso SC-004-D/PA/R-2006 AC con SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006, asunto “Las Petroleras”.

Recurso de revisión resuelto por el CDSC en el caso SC-008-0/PA/R-2007, asunto “Las Eléctricas II”.

Recurso de aclaración y explicación resuelto por el CDSC en el caso SC-012-S/C/R-2007, asunto “Citibank Overseas e Inversiones Financieras Cuscatlán”.

AUTORIZACIONES DE CONCENTRACIÓN

2012

Denegatoria SC-013-S/C/R-2012 del 25 de septiembre de 2012, America Móvil y Digicel.

2010

Improcedencia SC-037/S/C/NR-2010, del 28 de octubre de 2010, Moldeados Salvadoreños y Distribuidora Delta.

Improcedencia SC-030-S/C/R-2010 del 23 de septiembre de 2010 Leasing Bogotá y Grupo Credomatic.

Improcedencia SC-028-S/C/NR-2010 del 27 de julio de 2010, Edificios Comerciales, El Rayado y Aswan.

Improcedencia SC-015-S7C/NR-2010 del 4 de mayo de 2010, San Crespín y Hide and Leather Supplies de El Salvador.

Improcedencia SC-013-S/C/R-2010 del 20 de abril de 2010, Grupo EGI y CONEC.

2008

Resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, Millicom y otros.

2007

Resolución final SC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007, Bancolombia Panamá y Bienes y Servicios.

Resolución final SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007, Citibank Overseas e Inversiones Financieras Cuscatlán.

Resolución final SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, Bancolombia Panamá y Banagrícola.

Resolución final SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007, Citibank Overseas e Inversiones Financieras Uno.

RESOLUCIONES DE TRÁMITE PRONUNCIADAS POR EL SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA EN PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS

2010

Improcedencia SC-006-D/PS/NR-2010 del 3 de marzo de dos mil diez.

2009

Admisión SC- 001/O/PA/NR-2009 del 2 de febrero de 2009.

2008

Improcedencia SC-003-D/PA/NR-2008 del 28 de febrero de 2008.

2007

Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 del 8 de octubre de 2007.

Improcedencia SC-011-D/PA/R-2006 del 4 de junio de 2007.

OPINIONES CONSULTIVAS

2008

Opinión consultiva del 24 enero de 2008, a petición de las sociedades Grupo Industrial Diversificado, S.A. de C.V. y Varcor, S.A. de C.V.

2007

Opinión consultiva del 17 de octubre de 2007, a petición de Farmacéuticos Equivalentes, S.A. de C.V.

Opinión consultiva emitida por la SC el 28 de mayo de 2007, a petición de PROMERICA, PROMERICA FINANCIAL CORPORATION e Inversiones Financieras PROMERICA, S.A.

Opinión consultiva emitida por la SC el 12 de febrero de 2007, a petición de BANCOLOMBIA (Panamá).

FORMULARIOS GUÍA

Formulario-Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva elaborado por la Superintendencia de Competencia de El Salvador (en www.sc.gob.sv, consultada en marzo 2008).

Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentra-

ción, elaborado por la Superintendencia de Competencia (en www.sc.gob.sv, consultada el 3 de junio 2008).

Glosario de Términos elaborado por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por medio de la resolución RC-AG-08/2006 del 17 de octubre de 2006.

4-OTROS DOCUMENTOS

A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, Paris, 1998.

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, elaborada por la Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, April 2000 (en www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf, consultada el 29 de mayo de 2009).

Antitrust Modernization Commission Report, May 2007 (en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm, consultada en junio 2008).

Aprendamos sobre competencia, Superintendencia de Competencia, San Salvador, 2009.

Borrador n. 8 del Anteproyecto de Ley de Libre Competencia, Ministerio de Economía, San Salvador, 2000.

Borrador n. 7 del Anteproyecto de Ley de Libre Competencia, Ministerio de Economía, San Salvador, 2000.

Competition Policy in Subsidies and State Aid, OCDE, noviembre de 2001.

Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, 2000.

Cuadro Comparativo de los diversos Anteproyectos de Ley de Competencia, Asamblea Legislativa, San Salvador, 2004.

Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, BID-OCDE, octubre de 2008 (en www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf, consultada el 20 de octubre 2008).

Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina, Publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Nueva York y Ginebra, 2000.

Documento de trabajo del Parlamento Europeo, Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea, Serie Economía, 1996.

Documentos Históricos, Asamblea Constituyente de El Salvador, 1950-1951, San Salvador, El Salvador.

El Salvador: Institucionalidad, Economía Libre y Desarrollo, Encuentro Nacional de la Empresa Privada, 2008, ANEP, San Salvador, septiembre 2008.

Exposición de Motivos de la Constitución de 1983, en Constitución de la República con su Exposición de Motivos y Ley de Procedimientos Constitucionales, publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1989.

Glosario de Términos de Economía de la Organización Industrial y del Derecho de la Competencia publicado por la OCDE.

Informe Único de la Asamblea Constituyente de El Salvador de 1983, San Salvador, 1983.

Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007.

Horizontal Merger Guidelines de 1992, elaborados conjuntamente por la Comisión Federal de Comercio y la División Antitrust del Departamento de Justicia (en www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm), con sus reformas de 1994 y 1997.

Model Law on Competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Geneva, 2003.

Síntesis de las Investigaciones de Carteles recientes que se han hecho públicas, elaborada en el marco de la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de

las Prácticas Comerciales Restrictivas, celebrada en Antalya (Turquía) en noviembre de 2005 (en www.unctad.org/sp/docs/tdrbconf6d4_sp.pdf).

Técnicas para la Investigación de Carteles, documento elaborado por la Superintendencia de Competencia de El Salvador, presentado en la Quinta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Antalya (Turquía) noviembre de 2005.

Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004.

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

Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983 por la Asamblea Constituyente, Tomos I al VI, San Salvador, 1983.

Versión Taquigráfica de las Sesiones de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, Tomos I al V, San Salvador, 1983.



Universidad Dr. José Matías Delgado

Misión

Formar, por medio de la docencia, la proyección social y la investigación, profesionales capaces de integrarse y desarrollarse en un entorno nacional e internacional, con alta competencia, espíritu de investigación e innovación, sólida moralidad, profunda sensibilidad humana y clara visión del futuro.

Visión

Tener consolidada y proyectada su excelencia académica, dentro de un proceso de acreditación permanente, nacional e internacional, manteniendo su liderazgo institucional y asegurando que sus graduados compitan exitosamente en un mundo globalizado.