

EXÁMENES INTER-PARES DE LA OCDE Y EL BID SOBRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: EL SALVADOR 2020

HIGHLIGHTS • WWW.OECD.ORG/DAF/COMPETITION

Aspectos clave del Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la Política de Competencia de El Salvador

Los pilares básicos de la Ley de Competencia de El Salvador están en consonancia con las prácticas óptimas internacionales, y las propuestas de reforma más recientes muestran los esfuerzos que se están haciendo para incrementar la eficacia de esta legislación. La agencia de competencia de El Salvador (la Superintendencia) tiene el mandato de promover y proteger la competencia para aumentar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Al mismo tiempo, todas las instituciones y los entes públicos de El Salvador tienen el deber de promover y proteger la competencia. La Superintendencia es una autoridad comprometida, pero con las típicas limitaciones que una agencia de competencia pequeña experimenta en América Latina.

Diseño institucional y recursos

El marco legal vigente implica una serie de riesgos para la independencia de la Superintendencia y de su toma de decisiones.

El superintendente renuncia cada vez que hay un cambio de gobierno, una práctica que no se considera adecuada para un órgano técnico independiente. Asimismo, el superintendente y los otros miembros del Consejo Directivo son elegidos directamente por el presidente, sin un mecanismo de selección formal que vele por los conocimientos especializados y las cualidades necesarias de los cargos. El hecho de que se nombre a todos los miembros al mismo tiempo crea riesgos de una repentina pérdida de experiencia y la percepción de que la Superintendencia está politizada. Además, los miembros del Consejo Directivo son nombrados a tiempo parcial, salvo el superintendente, que trabaja a tiempo completo y responde prácticamente de todos y cada uno de los aspectos relacionados con la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Uno de los problemas que esto plantea es que el superintendente, al menos formalmente, está involucrado tanto en la fase investigativa como en la fase decisoria. Si se mejora la independencia y el diseño institucional, se reducirán los riesgos relacionados con la imparcialidad de las resoluciones, la no separación de roles con respecto a la investigación y a la decisión, y los conflictos de intereses que pudieran surgir porque el puesto de algunos miembros del Consejo Directivo es solo a tiempo parcial.

Como sucede en otras zonas de Centroamérica, la agencia dispone de recursos limitados en comparación con otros reguladores económicos de El Salvador. En las discusiones mantenidas durante la misión de investigación del examen inter-pares se señaló que el presupuesto de la Superintendencia es sustancialmente inferior al de otras instituciones salvadoreñas comparables y, de hecho, está entre los más bajos de las instituciones que se ocupan de asuntos económicos.

Potestades de investigación y coercitivas

Uno de los desafíos a los que se enfrenta la Superintendencia con el cumplimiento, habitual en América Latina, es que está obligada a investigar todas las denuncias recibidas siempre que se cumplan los requisitos legales. Por tanto, la Superintendencia no puede establecer prioridades en sus esfuerzos de investigación ni optimizar la asignación de recursos. Igual que sucede en otros países de la región, el mecanismo desarrollado por la Superintendencia para abordar este problema es introducir una «investigación preliminar», previa al inicio de la investigación propiamente dicha. En la práctica, se dedican muchos recursos a revisar denuncias que, en general, se acaban desestimando.

Tradicionalmente, la actividad de la Superintendencia relacionada con la aplicación de las normas de defensa de la competencia se había centrado en las conductas abusivas. Esto se ha traducido en una aplicación limitada de medidas coercitivas contra los cárteles, una tendencia habitual entre las agencias de competencia de reciente creación, pues reaccionan ante las denuncias en lugar de detectar prácticas colusorias secretas. Sin embargo, los efectos de las conductas unilaterales suelen ser ambiguos, mientras que la actividad de los cárteles se traduce invariablemente en perjuicio para los consumidores.

Dado que ahora la Superintendencia tiene más experiencia, se deberían reasignar recursos de la lucha contra las conductas abusivas —sin dejar de aplicar medidas coercitivas contra esas conductas cuando corresponda— a la lucha contra los cárteles. El examen inter-pares de 2008 señalaba que la Superintendencia debe demostrar éxitos en su capacidad de hacer cumplir la ley. Un buen programa anticártel también tendría el efecto beneficioso de reforzar la sensibilización y el apoyo de la opinión pública respecto de las políticas y la agencia de competencia. Hasta la fecha, sin embargo, solo ha investigado un caso en el que se han recabado pruebas mediante allanamientos. La Superintendencia cuenta con algunas de las herramientas legales que necesita para implementar con éxito un programa anticártel. La entidad debería hacer un mejor y más intensivo uso de su facultad para aplicar medidas coercitivas, incluido su régimen de clemencia, que ha demostrado ser una herramienta muy útil para combatir los cárteles.

Tanto el derecho penal como la Ley de Competencia aplican a la colusión en licitaciones públicas. Ahora bien, pocos casos de colusión en licitaciones han sido perseguidos bajo la Ley de Competencia. A juzgar por la experiencia en otros países, centrarse en la colusión en licitaciones públicas puede dar sus frutos. Se trata de una conducta bastante habitual que, casi con total seguridad, existe en El Salvador. Las acciones legales por estas infracciones tienen visibilidad y se entienden con facilidad, por lo que es probable que aumenten la prominencia y la reputación de la agencia de competencia, tanto ante la opinión pública como ante otros entes públicos.

Sanciones

Para la aplicación de la ley también cuenta la imposición de sanciones eficaces. La Superintendencia tiene la potestad de imponer multas, pero las multas que impone son bastante reducidas, pues deben ser un múltiplo de salarios mínimos. Si bien la Superintendencia puede imponer multas basadas en la facturación para «infracciones de particular gravedad», se ha utilizado muy poco (en dos ocasiones, como mucho), y no se dispone de directrices para decidir cuándo una infracción debe considerarse de particular gravedad. El principal problema con las multas bajas es que no cumplen su función disuasoria para que los agentes económicos renuncien a las prácticas anticompetitivas.

Además, El Salvador enfrenta dificultades considerables para cobrar las multas. La Ley de Competencia estipula que todas las multas deben pagarse en un plazo de ocho días desde la emisión de la resolución final del Consejo Directivo. Sin embargo, un 42 % de las multas todavía no se ha pagado. Un 34 % de las multas tienen el pago suspendido porque la Corte Suprema de Justicia ha admitido a trámite el recurso presentado, y 32 multas están pendientes de pago en la Fiscalía General de la República (FGR) a pesar de que ya son firmes. Un problema importante al respecto es que la FGR ha tardado en abrir procedimientos para el cobro de las multas pendientes. Hasta la fecha, la FGR solo ha cobrado 36 multas. Para solucionarlo, se han propuesto ciertas reformas para que la Ley de Competencia sea más eficaz. Destaca una propuesta de reforma de proyecto de ley que establece la ejecución obligatoria del cobro de multas. Estas propuestas, sin embargo, todavía no se han adoptado.

Además de las multas, la Superintendencia puede dictar órdenes que exijan el cese de las prácticas ilícitas, o imponer medidas correctivas o determinadas condiciones u obligaciones, tanto de conducta como estructurales. Sin embargo, no queda claro cómo se hace el monitoreo de las medidas correctivas impuestas.

Programa de clemencia

La reforma de 2007 de la Ley de Competencia establecía que la Superintendencia podía otorgar clemencia. Solo puede otorgarse clemencia al primer solicitante, que debe suministrar pruebas suficientes de la existencia de un cártel y de su participación en él. Este solicitante debe cooperar plenamente en la investigación de la Superintendencia.

Además, probablemente las sanciones no son lo suficientemente severas para que las empresas opten por cesar las prácticas anticompetitivas o solicitar clemencia. Aunque se decidieran a hacerlo, la ley no las eximiría del pago de multas y sanciones; simplemente otorga a la Superintendencia la facultad discrecional para potencialmente reducir el importe de la multa en una cuantía sin determinar. Todo ello —combinado con que la Superintendencia no ha elaborado ni puesto en práctica un procedimiento formal para solicitar clemencia— significa que las empresas y los individuos no tienen seguridad alguna si dan un paso adelante y solicitan clemencia, lo cual explica por qué el programa de clemencia de El Salvador no ha tenido éxito. La experiencia internacional demuestra que se requieren garantías de plena inmunidad para que las empresas tengan un incentivo para dar ese paso. Por último, el hecho de que solo pueda otorgarse clemencia al primer solicitante restringe desmesuradamente los incentivos de las demás empresas implicadas para dar el paso y cooperar con la investigación.

Recursos judiciales

En lo que se refiere a los recursos judiciales, entre 2006 y 2018 la Corte Suprema solo ha revocado dos decisiones y, en cambio 32 recursos se resolvieron a favor de la decisión inicial de la SC. Si bien las resoluciones de la Superintendencia son confirmadas en la mayoría de los casos por los tribunales, los retrasos en la adopción de las sentencias constituyen uno de los principales obstáculos para aplicar la Ley de Competencia. La adopción de una sentencia firme puede tardar años desde la fecha de interposición del recurso, aunque solo haya una única instancia para apelar. Las reformas más recientes de la Ley de Procedimientos Administrativos fijan plazos de obligado cumplimiento para resolver los recursos más rápido, pero aún no está claro cuán efectivas serán estas reformas.

Control de las concentraciones

Al fijar sus umbrales de notificación de concentración a un nivel alto, El Salvador hasta ahora ha sorteado una serie de problemas que otros países han tenido que enfrentar, como tener que revisar demasiadas concentraciones que es poco probable que planteen dificultades significativas para la competencia.

Sin embargo, como ya se mencionaba en el examen inter-pares de 2008, parece que los umbrales de notificación se han establecido a un nivel demasiado alto, lo que ha llevado a que se revisen demasiadas pocas concentraciones. Una reciente evaluación de los umbrales de notificación realizada por la Superintendencia concluyó que el tamaño relativamente pequeño de la economía nacional implica que la mayoría de las transacciones con posibilidades de afectar a la competencia en el mercado de El Salvador no alcanzan los umbrales establecidos actualmente. Habida cuenta de ello, la última propuesta legislativa incluía bajar los umbrales de notificación para adaptarlos a la realidad de El Salvador.

Se deberían revisar los umbrales de notificación para asegurar que las transacciones que puedan afectar a la libre competencia en El Salvador estén sujetas a revisión. Al mismo tiempo, el derecho primario no tiene por qué prever los umbrales de notificación. Pueden establecerse en normas secundarias, de modo que la Superintendencia pueda actualizarlos o recomendar actualizaciones. Esto permitiría alcanzar un mejor equilibrio entre los beneficios de identificar las transacciones contrarias a la competencia y los costos de controlar las concentraciones, así como ajustar los umbrales de notificación con el tiempo gracias a la experiencia adquirida.

Abogacía y estudios de mercado

Las medidas de abogacía de la competencia en El Salvador son muy pertinentes: se proponen generar un cambio cultural e institucional en la sociedad, velando por que se interiorice el valor de la competencia sana. Los grandes esfuerzos que está haciendo la Superintendencia se ponen de manifiesto en una serie de variables, por ejemplo, en el número de recomendaciones reglamentarias a favor de la competencia. Además, la Superintendencia ha suscrito convenios interinstitucionales con otros entes públicos de El Salvador, órganos académicos y asociaciones de consumidores. La Superintendencia se relaciona asimismo con la opinión pública por distintas vías; entre otros, comunicados y conferencias de prensa, reuniones informativas y artículos que escriben los miembros de su personal.

La Superintendencia ha sido bastante activa (y ha recogido sus frutos) con los estudios de mercado, que se consideran un instrumento importante para abrir los mercados a la competencia. Al mismo tiempo, ningún mecanismo obliga a los entes públicos a aplicar las recomendaciones de la Superintendencia. Entre tener en cuenta las recomendaciones de la Superintendencia y preservar la autonomía democrática y regulatoria de los destinatarios de las recomendaciones, se sugiere que El Salvador considere, al menos en el contexto de los estudios de mercado, imponer la obligación a los entes públicos de justificar su decisión si optan por no seguir una recomendación de la Superintendencia.

Principales recomendaciones

- 1. Reforzar la independencia y la autonomía de la Superintendencia** adoptando normas claras y transparentes que establezcan las condiciones de nombramiento y cese del superintendente y del Consejo Directivo resultante en un procedimiento público de selección, por órganos con un amplio consenso político y con los que se elimine la percepción de parcialidad política.
- 2. Separar claramente la función de investigación de la de decisión.**
- 3. Velar por que la Superintendencia pueda establecer prioridades entre los casos que instruye**, a fin de optimizar la asignación de recursos y reasignarlos a los ámbitos en que su actuación podría tener un mayor impacto.
- 4. Aplicar una estrategia eficaz para combatir los cárteles y considerar la posibilidad de reasignar ciertos recursos de las investigaciones de abusos hacia los cárteles**, sin por ello pasar por alto las primeras, usando las herramientas legales disponibles.
- 5. Centrarse en la lucha contra la colusión en licitaciones**, lo cual puede dar sus frutos en cuanto al aumento de la prominencia y la reputación de la agencia de competencia, tanto ante la opinión pública como ante otros entes públicos.
- 6. Imponer multas disuasorias y garantizar su cobro rápido**, aclarando que todas las prácticas anticompetitivas equivalen a delitos de particular gravedad, e imponer multas más altas según la facturación pertinente.
- 7. Reformar el régimen de clemencia según las normas internacionales** a fin de ofrecer incentivos para que las empresas soliciten clemencia.
- 8. Adoptar instrumentos de definición de mercado, poder de mercado y análisis de prácticas anticompetitivas** de acuerdo con las prácticas internacionales.
- 9. Eliminar el requisito de posición dominante para las acciones vinculadas a acuerdos verticales**, y delimitar el marco legal de las prácticas abusivas, puesto que la posición dominante impone un umbral muy elevado que impide su aplicación efectiva.
- 10. Adoptar medidas para agilizar los recursos judiciales por apelación de las resoluciones relacionadas con infracciones de la Ley de Competencia.**
- 11. Modificar los umbrales de control de las concentraciones** para adaptarlos a la realidad de la economía de El Salvador.
- 12. Prever la aplicación privada ante los tribunales.** Se puede usar para reducir el vacío de aplicación y permitir que las víctimas obtengan una compensación.
- 13. Considerar que sea obligatorio que los entes públicos justifiquen la decisión de no seguir una recomendación de la Superintendencia.**

Exámenes inter-pares del derecho y política de competencia

Los exámenes inter-pares de la OCDE han demostrado ser una valiosa herramienta para que los países reformen y fortalezcan sus marcos de competencia.

Los mecanismos de los exámenes inter-pares varían, pero se basan en la voluntad de un país de someter sus leyes y políticas a un cuestionamiento sustantivo por parte de otros pares.

El proceso proporciona información valiosa sobre el país que se estudia y se centra en cómo cada país aborda las cuestiones de competencia y regulación, desde la solidez de sus leyes de competencia hasta la estructura y eficacia de sus instituciones de competencia.

Además, estos exámenes incorporan recomendaciones de modificación de la política de gobierno.



Argentina (2006)

Brasil (2005, 2010, 2019)

Chile (2004)

Colombia (2009)

Costa Rica (2014)

República Checa (2008)

Dinamarca (2015)

Ecuador (próximamente)

El Salvador (2008)

Unión Europea (2005)

Grecia (2018)

Honduras (2011)

Kazajstán (2016)

América Latina (2006, 2007, 2012)

México (2004)

Panamá (2010)

Perú (2004)

Rumanía (2014)

Rusia (2004)

Sudáfrica (2003)

Taipéi chino (2006)

Turquía (2005)

Ucrania (2008)

Vietnam (2018)

Accede a todos exámenes en www.oecd.org/daf/competition