

Derecho y Política de la Competencia en El Salvador



Examen inter-pares



2008





**BANCO INTERAMERICANO DE
DESARROLLO**



**ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN
Y DESARROLLO ECONÓMICOS**

DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN EL SALVADOR *

Examen inter-pares

2008

* Las lenguas oficiales de la OCDE son el inglés y el francés. Únicamente la versión inglesa de este trabajo es oficial.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1 del Convenio firmada en París el 14 de diciembre de 1960, que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) deberá promover políticas destinadas a:

- alcanzar un crecimiento sostenible de la economía y del empleo, así como una progresión del nivel de vida en los países Miembros, manteniendo paralelamente la estabilidad financiera, con el fin de contribuir al desarrollo de la economía mundial;
- asistir en el trabajo de expansión de una economía sana, tanto en los países Miembros como en los demás países en proceso de desarrollo económico, y
- contribuir al crecimiento del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria, de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los Miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los países siguientes ingresaron en la Organización en las fechas que se indican entre paréntesis: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), República de Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en las actividades de la OCDE (Artículo 13 del Convenio de la OCDE).

© OCDE 2008

Toda solicitud de permiso para reproducir una parte de esta obra para fines no comerciales o docentes deberá obtenerse dirigiéndose a: Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países con excepción de los Estados Unidos. En los Estados Unidos el permiso debe obtenerse por conducto del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir este libro en parte o en su totalidad deberán dirigirse a: Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

Prefacio

La OCDE ha promovido de forma activa la política de competencia entre países de Latinoamérica y el Caribe y ha creado un partenariado con el Banco Interamericano de Desarrollo para favorecer este mismo objetivo. El rasgo más significativo de esta cooperación lo ha constituido el Foro Latinoamericano de Competencia (LACF), en el que los representantes veteranos de los países de la región debaten en mesa redonda temas de política de competencia de interés para ellos.

Cada uno de los cuatro primeros foros constó de un examen inter-pares de un país de la región. En el quinto foro celebrado en 2007, el trabajo se centró en los cuatro informes de examen inter-pares latinoamericanos que se generaron en el marco del Foro Latinoamericano de Competencia (Brasil, Chile, Perú y Argentina), así como en el examen inter-pares de México, realizado en el Comité de Competencia de la OCDE. Este trabajo valoró el impacto que los exámenes inter-pares han tenido sobre la política y los órganos de competencia en los países en cuestión.

El “examen inter-pares” es un elemento esencial del trabajo de la OCDE. Los mecanismos para el examen inter-pares varían, pero su base es el deseo expreso de un país de someter sus leyes y políticas de competencia a un examen exhaustivo por parte de otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso suministra una valiosa información al país examinado y fomenta la transparencia y el mutuo entendimiento para la consecución del beneficio de todos.

Existe un consenso creciente sobre mejores prácticas en la aplicación de las leyes de competencia y de los principios de la política de competencia a los sistemas regulatorios. Los países ya cooperan de forma regular en áreas como el cumplimiento de normas anti-cártel y sobre fusiones internacionales. Los exámenes inter-pares son una parte importante de este proceso.

La OCDE y el BID se complacen de haber participado en esta cooperación para el fomento de la política de competencia en Latinoamérica y el Caribe. Este trabajo está en consonancia con las políticas y metas de ambas organizaciones. Una política de competencia sólida

potenciará el crecimiento económico y la prosperidad, trayendo ventajas para los consumidores de la región y mejorando de manera sustancial el clima de los negocios.

Ambas organizaciones quisieran agradecer al gobierno de El Salvador el haberse prestado de forma voluntaria a un examen inter-pares durante la sexta reunión del LACF, celebrada en Panamá, durante los días 10 y 11 de septiembre de 2008. Por último, deseamos dar las gracias a Don John Clark, autor del informe, y a los numerosos agentes de competencia, cuyas contribuciones escritas y orales al foro han sido verdaderamente importantes para el éxito del mismo.

Bernard J. Phillips
Jefe de la División de
Competencia
OCDE

Carlos M. Jarque
Representante en Europa
BID

Índice

Resumen	7
1. Fundamentos y contexto	9
1.1 El contexto económico y político.....	9
1.2 La introducción de una política de competencia.....	10
1.3 Objetivos de la Política.....	11
2. Aspectos fundamentales: El contenido y la aplicación de la Ley de Competencia	12
2.1 Acuerdos Horizontales.....	12
2.2 Acuerdos Verticales.....	15
2.3 Abuso de posición dominante.....	16
2.4 Concentraciones económicas.....	20
2.5 Competencia desleal y protección al consumidor.....	23
3. Aspectos institucionales: estructura de aplicación y prácticas	24
3.1 Instituciones de la política de competencia.....	24
3.2 Procesos de Aplicación y Facultades.....	27
3.3 Revisión Judicial.....	31
3.4 Asuntos internacionales.....	33
3.5 Recursos y Prioridades.....	34
4. Límites de la política de competencia: exclusiones y regímenes sectoriales	35
4.1 Electricidad.....	36
4.2 Telecomunicaciones.....	36
4.3 Petróleo.....	37
4.4 Banca.....	37
4.5 Agricultura.....	37

5.	Defensa de la competencia	38
5.1	Defensa intra-gubernamental	38
5.2	Educación: desarrollando una cultura de competencia	41
6.	Conclusiones y recomendaciones	42
6.1	Cárteles	44
6.2	Concentraciones Económicas	45
6.3	Procedimientos de casos	46
6.4	Recursos	47
6.5	Recursos judiciales y la resolución final de los casos	47
6.6	Defensa de la competencia y Protección al consumidor	48
6.7	Independencia e imparcialidad del Consejo Directivo	49
	Notas	51

Recuadros

Corredores de productos agrícolas	14
Harina de trigo	14
Televisión por cable	17
Distribución eléctrica	18
Hidrocarburos	19

Resumen

La primera ley de competencia de El Salvador entró en vigor el 1 de enero de 2006. La ley, con algunas enmiendas importantes de 2007, es sólida en la mayoría de los aspectos. Emplea estándares de aplicación que son coherentes con las mejores prácticas en la comunidad de competencia mundial. Provee la nueva agencia de competencia, la Superintendencia de Competencia, con las facultades que necesita para aplicar la ley de forma efectiva. En menos de tres años El Salvador ha tenido un buen, mejor dicho, excelente comienzo. Su experiencia puede servir, de alguna forma al menos, como ejemplo de una manera efectiva de comenzar a implementar una política de competencia.

Al inicio de su trabajo, la agencia de competencia organizó sistemáticamente sus prioridades para los cinco primeros años. Al principio se centró en desarrollar reglamentos y directrices de apoyo para complementar la estructura proporcionada por la ley. Luego se concentró en desarrollar un programa de defensa de la competencia, que incluía tanto asesorar a otros organismos del gobierno sobre temas de política de competencia, como educar al público sobre la política de competencia y el trabajo de la agencia. Ha permanecido activa en ambos frentes. Sin embargo, aún queda más por hacer en cuanto a la defensa, sobre todo en el área de la educación. El Salvador todavía carece de una cultura de competencia, un público que entienda y aprecie la política de competencia y la misión de dicha agencia.

En el segundo y tercer año de su existencia, la Superintendencia empezó a concentrarse más profundamente en la aplicación. La mayoría de sus investigaciones y casos iniciales se referían a abuso de posición dominante, lo que es frecuente en países que están comenzando a aplicar una ley de competencia. La Superintendencia ha completado tres casos de posición dominante en los que se impusieron sanciones (multas). Dos fueron casos sencillos, en los sectores de la televisión por cable y el suministro de electricidad. El tercero, que afectaba a los carburantes, fue más visible y más polémico.

El proceso judicial de casos de acuerdos restrictivos, incluyendo cárteles graves, ha progresado de forma más lenta. En sus 30 primeros meses la Superintendencia sólo tuvo un caso de este tipo, el llamado cártel ingenuo, en el que los participantes probablemente no eran conscientes de que su conducta era ilícita. Pero en septiembre de 2008, el Consejo de la Superintendencia (la autoridad final en la agencia) anunció el que puede que sea el caso más importante de la agencia hasta la fecha, la sanción de un cártel grave de harina de trigo.

La ley de competencia controla las concentraciones económicas así como las notificaciones previas a la concentración. Los umbrales de las notificaciones se establecieron en niveles altos, lo que ha tenido resultados beneficiosos a la hora de limitar el número de notificaciones, evitando, por lo tanto, una situación en la que la nueva agencia habría tenido que dedicar demasiados recursos a revisar estos expedientes. Hasta la fecha, la Superintendencia no se ha opuesto a ninguna concentración económica al amparo de la nueva ley.

El problema más serio al que se ha tenido que enfrentar la Superintendencia tiene que ver con la revisión judicial de sus decisiones. La apelación de estos casos se hace directamente ante el más alto tribunal del país, el Tribunal Supremo. Aquí el proceso es lento y variable. Todas excepto una de las decisiones de la Superintendencia en las que se impusieron sanciones han sido apeladas, y en ninguna de ellas se ha llegado a una resolución final.

El informe finaliza con varias recomendaciones en relación a, entre otras cosas: reforzar la aplicación anticártel, mejorar la eficiencia y eficacia de la revisión de concentraciones económicas, garantizar los recursos adecuados para la Superintendencia, cambios estructurales en el Consejo con el propósito de fomentar su independencia e imparcialidad (lo que requerirá modificaciones en la ley) y considerar la adopción de procedimientos que permitan acuerdos en los casos; llegar a un acuerdo entre las partes sobre una solución apropiada, lo que podría reducir el número de apelaciones judiciales.

1. Fundamentos y contexto

1.1 *El contexto económico y político*

La República de El Salvador está situada en el Océano Pacífico, colindando con Guatemala y Honduras, es el país más pequeño del área de Centroamérica¹. En su mayor parte, el país es montañoso y con muchos volcanes. El país es vulnerable a los desastres naturales, siendo los más serios y recientes un huracán en 1998 y dos terremotos en 2001. La mayor concentración poblacional radica en la parte central, donde se encuentra su capital, San Salvador. Una estrecha planicie costera la separa del Océano Pacífico. El clima de El Salvador es tropical, con temperaturas que varían conforme al cambio de altitud. Su población es de alrededor de 6.000.000 de habitantes, siendo así la tercera más densa en la región.

El Salvador, junto con Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua alcanzaron su independencia de España en 1821. Los cinco países, durante un breve periodo, formaron las Provincias Unidas del Centro de América, pero dicha federación se disolvió en 1838, volviéndose después El Salvador una república independiente. La economía del país se basaba en un monocultivo de café, lo que llevó a una concentración del poder económico y político en una élite terrateniente. Esta desigualdad finalmente resultó en una guerra civil que duró desde 1979 hasta 1991. La paz fue restaurada en 1992 con el Acuerdo de Chapultepec y con esto surgió una forma democrática de gobierno.

La economía de El Salvador es la tercera más grande de Centroamérica. En un inicio se basó mayoritariamente en la agricultura, aunque en el presente es más diversa. La agricultura actualmente representa un 10% del PIB, la industria alrededor de un 29% y los servicios alrededor del 61%. Las principales exportaciones del país son el café y los productos de las maquilas (fábricas que importan materia prima libre de aranceles y exportan los productos ya ensamblados, a menudo al país de origen de aquélla). El turismo es una industria nueva pero próspera. La economía fue creciendo de manera estable pero relativamente lenta después de 1996, a un promedio del 2,8% anual. Entre 2006 y 2007, el PIB creció un poco más rápidamente, en 4,2% y 4,7%, respectivamente. La inflación ha sido relativamente baja en comparación a la de los otros países de la región. La misma se estimó en 4,9% para 2007. La pobreza se ha reducido pero sigue siendo un problema aún no resuelto; alrededor del 35% de los salvadoreños viven todavía por debajo del umbral de la pobreza. Una cantidad significativa de salvadoreños viven y trabajan en el extranjero, la gran mayoría en los Estados Unidos. Las

remesas enviadas por esos trabajadores a sus familias en El Salvador constituyeron alrededor de un 16% del PIB nacional en 2006.

El dólar estadounidense es la moneda oficial del país, habiéndose convertido en moneda de curso legal en 2001. En los años siguientes a la guerra civil, el gobierno introdujo varias reformas en el mercado. Se eliminaron los controles sobre los precios y se privatizaron una serie de sectores, entre ellos, la banca, las telecomunicaciones, partes del sector de energía eléctrica y las pensiones. La política fiscal ha sido conservadora; los impuestos son unos de los más bajos de la región. El Salvador fue el primer país en implementar el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los EE.UU. (CAFTA), cuyas partes son los Estados Unidos, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, y ha firmado tratados de libre comercio con otros países de la región. La economía salvadoreña es también considerada como una de las más abiertas en Latinoamérica.

El Salvador está dividido en 14 departamentos y 262 municipios. A nivel nacional, el Poder Ejecutivo está encabezado por un presidente elegido por separado. El Poder Legislativo está compuesto por la Asamblea Legislativa. El tercer Poder, el Judicial, también es independiente. Desde la restauración de la paz en 1992, ARENA, el partido de derecha ha tenido la presidencia de la República. El FMLN, el partido de izquierda, poco a poco ha alcanzado representatividad en la Asamblea Legislativa y en los gobiernos locales. Actualmente, el FMLN y ARENA tienen una representación casi igualada en la legislatura (algunos partidos más pequeños también están representados), pero el FMLN tiene el control. Se realizarán elecciones tanto presidenciales, como para diputados, a principios de 2009, y se considera que el FMLN tiene grandes probabilidades de ganar la presidencia por primera vez.

1.2 *La introducción de una política de competencia*

Las reformas a la economía que siguieron al Acuerdo de Chapultepec en 1992 incluyeron un compromiso con la competencia y el consumidor. Sesenta días después del acuerdo, el gobierno presentó ante la Asamblea Legislativa una ley de protección al consumidor, la cual comprende algunas disposiciones relacionadas con la competencia.² Al mismo tiempo, las autoridades comenzaron a considerar una ley de competencia, pero estos esfuerzos tardaron mucho más tiempo en dar sus frutos. El Código Penal era aplicable en algunos tipos de conductas anticompetitivas, pero no había enjuiciamientos bajo dicho código. En 1994 se presentó un primer proyecto de ley de competencia ante la Asamblea Legislativa, pero la ley no fue

aprobada. Se hicieron numerosas propuestas durante los siguientes 10 años, pero ninguna se convirtió en ley.

En 2004, se eligió un nuevo presidente, Elías Antonio Saca González, y fue él quien proporcionó un nuevo ímpetu para la aprobación de una ley de competencia. Varios expertos llevaron a cabo un estudio de experiencias en la aplicación de una ley de competencia en otros países como España, México, Brasil y la Comisión Europea. Hubo un amplio consenso a favor de la promulgación de dicha ley, que incluyó a la comunidad empresarial y a los dos partidos políticos de mayor relevancia.³ La nueva ley fue aprobada en noviembre de 2004 y entró en vigor el 1 de enero de 2006. Esta ley se reformó en 2007, otorgando nuevas facultades a la Superintendencia e hizo posible introducir multas máximas más severas para conductas especialmente perjudiciales.⁴

En menos de tres años, la institución para la competencia, la Superintendencia de Competencia, ha logrado muchísimo. En 2006 se publicó un reglamento exhaustivo que desarrolla la Ley de Competencia. Se elaboró un plan operativo quinquenal, así como un manual de instrucciones y un código ético. También se han publicado guías que describen los procedimientos para presentar una denuncia ante la Superintendencia, así como para presentar solicitudes de autorización de concentraciones económicas y un glosario de términos técnicos. Se han llevado a cabo seis estudios sectoriales con financiamiento de fuentes externas. Se creó un sitio web muy completo.⁵

Se han presentado varios comentarios y propuestas a los reguladores sectoriales y a ministerios de Gobierno, algunos de los cuales ya han sido implementados. La Superintendencia ha suscrito varios acuerdos de cooperación con otras instituciones de competencia de Latinoamérica al igual que con reguladores salvadoreños del sector. Consultores externos han ayudado a la Superintendencia en algunas de estas tareas; estas consultorías han sido financiadas por fuentes externas, entre ellas está el Banco Interamericano de Desarrollo. Finalmente, la Superintendencia se encuentra aplicando activamente la ley, habiendo comenzado diversas investigaciones y casos, aunque este importante aspecto de sus responsabilidades progresa más despacio. Estos avances se describen con mayor detalle en las siguientes secciones.

1.3 *Objetivos de la Política*

La política de competencia tiene como base la Constitución de El Salvador, que se aprobó en 1983. El artículo 101 estipula que el Estado debe promover el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racionalización de los recursos, así como

la defensa del interés de los consumidores. El artículo 102 garantiza la libertad económica y el artículo 110 prohíbe el establecimiento de monopolios privados y prácticas monopolísticas.

La Ley de Competencia se basa en lo que son ahora conocidos como los propósitos universalmente aceptados para una política de competencia: la mejora de la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. El primer artículo de la ley establece:

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.

2. Aspectos fundamentales: El contenido y la aplicación de la Ley de Competencia

En muchos aspectos, la ley está estructurada de la misma forma que muchas otras leyes de competencia. Desarrolla los tres tipos más comunes de conductas anticompetitivas: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y concentraciones económicas anticompetitivas. Emplea los análisis fundamentales más utilizados para cada uno de los tres tipos de conductas. Por medio de la ley, se crea una institución independiente, la Superintendencia de Competencia, que cuenta con facultades de investigación y defensa. Sus recomendaciones son emitidas por un Consejo Directivo independiente que consta de tres personas.

2.1 *Acuerdos Horizontales*

El artículo 25 de la ley se aplica a los acuerdos horizontales anticompetitivos. Éste establece: “Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores que, entre otras, adopten las siguientes modalidades...” El artículo también describe las cuatro conductas tradicionales de un cártel: fijación de precios u otras condiciones de venta, fijación de producción, licitaciones colusorias y división del mercado. Se entiende que el artículo 25 no se limita únicamente a las actividades de un cártel. La frase “entre otros” utilizada por la ley podría comprender los acuerdos restrictivos distintos a los cárteles. El Reglamento de la Ley de Competencia, en adelante el “reglamento”⁶ proporciona una lista exhaustiva pero no taxativa de indicadores en un acuerdo anticompetitivo.⁷ Incluye factores como precios paralelos no atribuibles a las condiciones del

mercado, prueba de reuniones o comunicaciones, prácticas anticompetitivas o recomendaciones hechas por asociaciones de la industria, prueba de mecanismos de aplicación, una pequeña cantidad de competidores, leyes o reglamentos que faciliten los acuerdos anticompetitivos, diferencias inexplicables entre los precios nacionales e internacionales y, en caso de licitaciones colusorias, ofertas inusualmente similares que no pueden ser explicadas por las fuerzas del mercado.

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 25, parece que la regla ‘per se’ es la aplicable para el análisis de cárteles.⁸ Sin embargo, 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 aplicaría a las conductas que no son de tipo cártel.⁹ Aun cuando la Superintendencia no ha iniciado la investigación de acuerdo horizontal no considerado cártel, ésta concluye que la “regla de la razón” es la regla aplicable al análisis de dichos casos.

Las enmiendas de 2007 concedieron a la Superintendencia dos importantes nuevas herramientas para su esfuerzo anticártel: facultades para llevar a cabo registros con prevención de allanamiento y para crear un programa de clemencia.¹⁰ La ley requiere que el Superintendente (el director de la agencia) apele a un tribunal de primera instancia para obtener el permiso para un registro con prevención de allanamiento. La petición debe describir, entre otras cosas, la conducta que es objeto de la investigación, las partes involucradas y la localización de las instalaciones que se quieren registrar, la prueba que se espera que exista en el lugar y las razones que justifiquen la necesidad de un registro. El tribunal debe resolver en 24 horas tras la presentación de la petición.

La ley enmendada dispone que la Superintendencia puede garantizar clemencia sólo al primer solicitante, que debe proporcionar la prueba de un cártel y de la participación del solicitante en él y cooperar por completo con la investigación de la Superintendencia. La ley exime a un solicitante con éxito de la aplicación de las multas más graves por violar la ley, pero no de todas las multas. Sin embargo, el Consejo Directivo de la Superintendencia, que impone las multas, podría reducir las multas. La Superintendencia todavía no ha creado formalmente un programa de clemencia.

La Superintendencia se ha ocupado del proceso de dos casos de cárteles. Ambos están descritos a continuación:

Corredores de productos agrícolas

Fue un caso de los denominados “cárteles ingenuos”, cuando los participantes pueden ignorar que su conducta es ilícita y no intentan ocultarla. En este caso, un grupo de seis corredores, que operan en la bolsa de productos agropecuarios del país, publicaron conjuntamente una notificación en la que se indicaba que se aumentarían sus comisiones por las transacciones efectuadas en la bolsa. Dicha publicación era una prueba clara de un acuerdo y la Superintendencia obtuvo más pruebas, incluyendo correos electrónicos y actas de reuniones que confirmaban dicho acuerdo. En su defensa, los corredores alegaron que el acuerdo nunca fue ejecutado. No obstante, la Superintendencia recopiló la prueba que demostró lo contrario. Los corredores también alegaron que el incremento era necesario dado que las comisiones existentes, especialmente aquéllas pagadas por grandes clientes, eran muy pequeñas. El Consejo Directivo rechazó sus defensas y multó a cada corredor con aproximadamente 5.000,00 USD. Tres de los infractores interpusieron demandas contencioso-administrativas contra el Consejo por las multas impuestas, ante la Corte Suprema de Justicia, la cual aún no ha pronunciado resolución al respecto.

Harina de trigo

Se trata del caso más reciente de la Superintendencia y probablemente el más importante. El 5 de septiembre de 2008, el Consejo Directivo de la Superintendencia anunció que había descubierto y sancionado un acuerdo entre los dos productores más importantes de harina de trigo¹¹ (utilizada en la producción de pan y productos de panadería) para repartir las ventas totales en el mercado en un 55%-45%.¹² Según el acuerdo, las partes se intercambiaban periódicamente información confidencial sobre las ventas y su participación en el mercado. También diseñaron un mecanismo para compensarse mutuamente en situaciones en las que una parte no alcanzaba la cuota asignada.

El Consejo impuso multas a ambas partes por un total de algo más de 4 millones de USD. Las multas (las más altas impuestas hasta ahora por la Superintendencia) fueron las primeras calculadas al amparo de la nueva disposición de la ley, añadida en las enmiendas de 2007, por la que se autorizan multas mayores en delitos "particularmente graves" (descritos con más detalle en la Sección 3.2). Las multas fueron equivalentes al 3% de las ventas totales de los demandados en 2007. El Consejo también publicó una orden correctiva solicitando a los demandados:

- cesar las prácticas ilegales;
- abstenerse de intercambiar información relacionada con la producción, ventas, precios y clientes;
- durante un periodo de dos años, informar a la Superintendencia mensualmente de importaciones de trigo, producción de harina, capacidad instalada y ventas de harina.

El Consejo Directivo señaló especialmente la importancia del caso para los consumidores. El pan, por supuesto, es un producto de primera necesidad para todos los consumidores. La resolución citaba estadísticas que mostraban que, en El Salvador, los alimentos y las bebidas no alcohólicas constituyen un 43% del consumo total medio de un hogar y, de ese porcentaje, el pan constituye el 31%. Un hogar medio gasta unos 31 USD al mes en pan.

Este caso también es importante como el primero en el que la Superintendencia realizó registros. En este caso, la diligencia se realizaría en dos establecimientos diferentes, ubicados en distritos judiciales distintos, requiriéndose, para ello, que la Superintendencia presentara dos solicitudes a tribunales de primera instancia. Ambas fueron otorgadas y la Superintendencia ejecutó simultáneamente ambos registros con prevención de allanamiento.

2.2 *Acuerdos Verticales*

Los artículos 26 y 27 de la ley se aplican a los “acuerdos anticompetitivos entre no competidores.” Se hace referencia en el artículo 26 a dos tipos específicos de acuerdos: ventas atadas y acuerdos de ventas exclusivas.¹³ Al igual que el artículo 25 que desarrolla los acuerdos horizontales, la lista de acuerdos prohibidos no es exclusiva. Así como en los acuerdos horizontales, el reglamento¹⁴ señala algunos indicadores de un acuerdo ilícito, que incluyen: si las restricciones conllevan a una exclusión del mercado por un período más prolongado que el que resultaría de una “explicación económica legítima;” leyes o reglamentos que faciliten los acuerdos anticompetitivos; y tratos exclusivos que no puedan ser justificados por ganancias en eficiencia. La regla de la razón se aplica al análisis de las restricciones verticales que comprende la ley. El estándar se establece en el artículo 27: “...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”.

El mantenimiento de precios de reventa no se especifica explícitamente ni en la ley ni en el reglamento. La práctica de ser considerada como anticompetitiva, sin duda se incluiría en la categoría de “entre otros” que menciona el artículo 26, pero parecería que la regla de la razón se aplica al mercado relevante de producto, así como a todos los otros tipos de restricciones verticales.

El artículo 27 impone una condición adicional importante para hallazgos de ilegalidad en una restricción vertical: “Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante.” Muchas leyes de competencia no requieren explícitamente el hallazgo de una posición dominante como un requisito para encontrar una restricción vertical ilícita. No obstante, el análisis de

acuerdo a la regla de la razón usualmente requiere que un hallazgo demuestre que el infractor tenga un cierto poder en el mercado, si no una posición dominante. También la frase: “actuando individual o conjuntamente” utilizada por el artículo 27 puede permitir la aplicación de la ley en una situación en la cual no hay posición dominante ejercida por un solo agente económico. Generalmente, se acepta que las restricciones verticales pueden ser anticompetitivas cuando la mayoría de los proveedores en un mercado se involucran en una práctica que restrinja la entrada o facilite la colusión.¹⁵

El artículo 28 aborda el concepto de un mercado relevante: sustituibilidad de productos o servicios (mercado de productos) o fuentes de abastecimiento (mercado geográfico) para los compradores. El reglamento describe este concepto.¹⁶ No emplea el análisis SSNIP (un pequeño pero significativo y no transitorio incremento al precio) que utilizan otras jurisdicciones; más bien, introduce diversos factores cualitativos, que incluyen “el tiempo requerido para la sustitución, precios, características, usos y aplicaciones, alternativas de consumo, metas, disponibilidad, costos de sustitución, así como la accesibilidad a los bienes y servicios en cuestión, percepción de la sustitución y, finalmente, las tendencias en el mercado.” (La Superintendencia sí emplea el análisis SSNIP, pero dentro de su propio análisis). En el reglamento se incluye como un criterio relevante la posibilidad de que el proveedor que actualmente no suplente al mercado podría comenzar a hacerlo “sin costos significativos en un corto plazo”.

Es importante destacar que el artículo 14 del reglamento añade una defensa de eficiencia a estos acuerdos entre no competidores (pero no a los acuerdos horizontales prohibidos por el Art. 25). Dicho artículo requiere que la Superintendencia considere si el acuerdo en cuestión permite a los participantes “lograr una mayor eficiencia... o promover la innovación o fomentar la inversión productiva y que se traduzcan en beneficios a los consumidores en la actividad respectiva.” Luego sigue una lista no taxativa de eficiencias reconocibles. En general, se hace referencia a eficiencias de producción de varios tipos.

La Superintendencia aún no ha iniciado una investigación de un acuerdo vertical como tal, aunque el caso de los combustibles que se detalla a continuación, como un caso de posición dominante, pudo haber sido catalogado de esa forma.

2.3 *Abuso de posición dominante*

El artículo 30 de la Ley de Competencia prohíbe el abuso de posición dominante. Al igual que en las demás disposiciones sustantivas en la ley, este artículo incluye ciertos tipos de conductas que podrían constituir

violaciones, que incluyen la obstaculización a la entrada o expansión, fijación de precios predatorios y distintas formas de discriminación de precios. El reglamento¹⁷ presenta algunos indicadores de conducta abusiva, incluyendo el incremento de costos de entrada o salida, crear dificultad de acceso a los insumos, subsidios cruzados y discriminación de precios aparentemente sin justificación por diferencia en costos.

El artículo 29 de la ley señala los factores relevantes para la determinación de una posición dominante. Éstas incluyen la posibilidad de que un agente económico incremente precios unilateralmente o restrinja su producción, la “existencia de competidores” (estructura del mercado, probablemente), la existencia de barreras a la entrada y condiciones de acceso a los insumos necesarios por un agente económico y sus competidores. El reglamento explica estas disposiciones, describiendo los factores relevantes para la estructura del mercado y barreras a la entrada.

Ninguno de los artículos 29 y 30, ni sus disposiciones reglamentarias correspondientes, hacen referencia específica a una posición dominante conjunta. Como se mencionó anteriormente, esa referencia se encuentra en el artículo 27, el cual aborda las restricciones verticales. Aun así, la Superintendencia ha concluido que el concepto también se puede aplicar a los casos de posición dominante. No obstante, debe haber más de una conducta paralela entre agentes económicos dominantes en conjunto. Deben estar unidos por algún vínculo específico. Este concepto es relevante para el caso de hidrocarburos detallado a continuación.

La gran mayoría de casos e investigaciones iniciadas por la Superintendencia hasta ahora han sido casos de abuso de posición dominante. Esto sucede normalmente en países que se encuentran en la etapa inicial de la aplicación de una ley de competencia. Tres de las investigaciones han resultado en hallazgos de abuso y se han calculado las multas para ello. Las tres se describen a continuación.

Televisión por cable

En El Salvador, las constructoras a veces inician proyectos en los que construyen nuevas zonas residenciales que consisten en varias casas. En el proceso, incluyen la infraestructura para servicios como electricidad, teléfono y televisión por cable. En un caso, una constructora creó una empresa afiliada que proporcionaría el servicio de cable TV en una zona residencial que construía. Los proveedores que competían también deseaban prestar dicho servicio a la zona, pero la constructora previno físicamente que la competencia entrase en el lugar para instalar sus equipos. En algunos casos, la empresa destruyó los equipos de la competencia que ya habían sido instalados.

El infractor alegó que de haber permitido que otras empresas entrasen en el área de construcción, esto podría haber causado un daño a las propiedades. En su defensa también alegaron que los propietarios consideraban que la seguridad era muy importante y que ésta se vería comprometida si se permitía la entrada de otros. El Consejo Directivo desestimó estos argumentos. Con respecto al argumento de seguridad, la Superintendencia demostró que los competidores tenían un permiso específico de los propietarios para entrar. El Consejo multó a la constructora y a su afiliada con una cantidad total de 34.000,00 USD aproximadamente, y ordenó el cese de sus prácticas anticompetitivas. Las multas han sido pagadas.

Distribución eléctrica

B&D, una distribuidora eléctrica, intentó entrar a una zona industrial en San Bartolo, ubicada al sur de El Salvador, para construir una nueva red de distribución. El titular, CAESS, miembro de un grupo de empresas que controlan cerca del 70% de la distribución eléctrica a nivel nacional, tenía una participación del 100% en este área. Para que B&D pudiese construir sus instalaciones era necesario que CAESS proporcionara una coordinación mínima como cortar la electricidad durante tiempos acordados, para permitir a B&D completar su red. CAESS rehusó, a pesar de haber recibido propuestas para facilitar el proceso. Además, CAESS obstruyó la entrada de B&D colocando postes en los mismos puntos en los cuales B&D tenía intención de ubicar los suyos.

CAESS ofreció varias justificaciones por haber rehusado cortar la electricidad, incluyendo consideraciones de seguridad. Sin embargo, la Superintendencia demostró que CAESS había interrumpido su servicio para otros que lo habían solicitado, sin objeción. B&D incluso intentó realizar sus obras en los períodos en los que CAESS planeaba interrumpir el servicio por otras razones, pero en estos casos, CAESS canceló el corte en el último momento. En cuanto al bloqueo de los sitios para levantar los postes de electricidad, CAESS argumentó que B&D tenía otras opciones para su red, que incluían instalaciones subterráneas. Con la ayuda de un testigo pericial, un empleado de SIGET, el regulador del sector eléctrico, la Superintendencia demostró que estas alternativas eran más caras para B&D. Finalmente, CAESS argumentó que no era su deber lidiar con un competidor de la manera en que B&D lo exigía.

El Consejo desestimó los argumentos de CAESS y resolvió que había abusado de su posición dominante. Multó a CAESS con 170.000 USD y ordenó un cese de obstrucción y que se coordinara con B&D. CAESS apeló el resultado en la Corte Suprema y no ha pagado la multa ni ha comenzado a cooperar con B&D. Recientemente, la Superintendencia solicitó a la Fiscalía que tomara acción penal contra CAESS por su incumplimiento.

Hidrocarburos

Hasta la fecha, éste es el caso de posición dominante más importante y más publicitado presentado por la Superintendencia. Comenzó en abril de 2006 con una denuncia presentada en la Superintendencia por una sociedad de distribuidores de petróleo. La Superintendencia emitió su decisión en octubre de 2007. Los infractores en este caso eran tres empresas petroleras multinacionales, Exxon (que opera en El Salvador como Esso), Shell y Chevron (que opera en El Salvador como Texaco). El elemento central del caso era la práctica en la que todas estaban involucradas: la de crear zonas geográficas dentro de las cuales los precios de venta de hidrocarburos eran casi idénticos. No obstante, los precios variaban entre las zonas.¹⁸

Existe una refinería de petróleo en El Salvador, que es propiedad compartida entre Esso y Shell. Esta misma entidad también importa productos de petróleo refinado y los almacena en las instalaciones. Texaco por separado, importa y distribuye productos refinados como también lo hace una cuarta empresa. Esso, Shell y Texaco representan más de un 90% de la distribución mayorista de hidrocarburos; sus gasolineras de marca también poseen cuantiosas acciones en el sector de venta al por menor.

En una decisión extensa y minuciosamente redactada, el Consejo Directivo de la Superintendencia determinó que había tres mercados separados del producto: gasolina súper, gasolina normal y diésel. El Consejo concluyó que había 15 mercados geográficos relevantes, que incluían las siete ciudades más grandes junto con sus áreas metropolitanas (de las cuales el Área Metropolitana de San Salvador era considerablemente la mayor) y ocho corredores viales que conectaban las principales ciudades. La teoría detrás de esta construcción fue la de “mercados conectados.” Aun cuando muchos consumidores en el área o vecindario encuentran conveniente comprar su combustible únicamente en las gasolineras locales, otros consumidores, debido a sus trayectos o patrones personales recorridos, consideran conveniente también poder tener fuentes de abastecimiento en áreas aledañas y otros consumidores en áreas secundarias también desean poder comprar en otras áreas aledañas, y así sucesivamente. De tal forma que los proveedores de un área pueden verse influenciados por las decisiones tomadas por proveedores ubicados a cierta distancia en cuanto a sus precios.

Esso y Shell juntas alcanzaron ventas minoristas que excedían un 50% en muchos de estos mercados. Debido a que eran conjuntamente propietarias y operaban la refinería y la unidad de almacenamiento, el Consejo concluyó que los podría considerar como una sola entidad para propósitos de un análisis de posición dominante. Concluyó que Esso y Shell tenían posición dominante, debido a su gran participación de mercado conjunta y altas barreras de entrada, entre otras cosas. Texaco, por otra parte, operaba separadamente de las otras dos, y por esa razón, el Consejo concluyó que no se podía considerar que Texaco tenía una posición dominante.

Esso y Shell podrían efectivamente controlar los precios al por menor cobrados por sus operadores de gasolineras al ajustar, de varias maneras, los precios mayoristas de los distribuidores. Sin embargo, los sistemas para la asignación de precios no eran idénticos y no había prueba que indicara que las dos empresas habían ejercido colusión durante la asignación de precios. Este era también el caso para los sistemas de zonificación de las dos

empresas; aún cuando ambas se involucraban en la práctica, las zonas que creaban no eran contiguas, y por esto, no había prueba que indicara que hubo colusión en este respecto. Por lo tanto, el Consejo concluyó que no podía encontrar un acuerdo horizontal ilícito entre ambas.

Concluyó que las prácticas de zonificación de las empresas representaban un abuso de posición dominante. Las zonas establecidas por las empresas eran mucho más pequeñas que los mercados geográficos relevantes determinados por el Consejo. (Esso tenía 15-20 zonas en el área metropolitana de San Salvador y Shell tenía aún más.) El efecto, según el Consejo, era el de inhibir la competencia de precios. Una estación de servicio no podría responder a un menor precio cobrado por otras ubicadas en áreas aledaña bajando sus precios, debido a que su proveedor controla sus precios. Por esto, el Consejo concluyó que los “ajustes competitivos” en una zona “no serán transferidos... a zonas aledañas, ni al resto del mercado geográfico relevante”. El Consejo también concluyó que el sistema de zonificación tenía el efecto de aumentar las barreras de entrada al mercado minorista.

El Consejo multó individualmente a las dos empresas con la multa máxima disponible de 5.000 salarios mínimos mensuales para el sector industrial, lo cual se tradujo en 852.000,00 USD. También ordenó a las empresas al cese de prácticas de fijación de precios y zonificación, las cuales eran parte central del caso. Esso y Shell inmediatamente recurrieron ante la Corte Suprema de Justicia. (Los procedimientos relevantes de recursos se describen a continuación en la Sección 3.3) En una resolución provisional emitida unas semanas después de la presentación del recurso, la Corte suspendió la orden de cese. No suspendió las multas, pero las empresas no las han pagado aún. La Corte aún no ha resuelto este caso.

Hasta el caso de la harina de trigo, éste ha sido el más conocido de los tratados por la Superintendencia. Ha llamado una significativa atención pública, ya que involucra un producto de consumo común, grandes empresas multinacionales y la imposición de multas elevadas. Sin embargo, el caso ha recibido algunas críticas. La teoría del caso fue novedosa y compleja, la cual aparentemente involucraba, de cierta forma, el concepto de posición dominante conjunta, aunque el término no fue utilizado por el Consejo Directivo. También, los infractores expresaron objeciones a ciertos procedimientos, los cuales son abordados a continuación en la Sección 3.2. Finalmente, el caso destacó algunos problemas relacionados con los procesos judiciales que también se detallan más adelante.

2.4 *Concentraciones económicas*

La ley de El Salvador, a diferencia de algunos de sus vecinos latinoamericanos, incluye el control de concentraciones económicas. La norma legal relevante es que “limitan la competencia de manera significativa.”¹⁹ El reglamento contiene varios artículos que amplían varios aspectos de procedimientos sustantivos de la revisión de las concentraciones económicas.²⁰ La Superintendencia todavía no ha publicado las directrices que describen su método de análisis acerca de las concentraciones económicas; sin embargo, afirma que emplea una metodología similar a la utilizada en muchos otros países actualmente. Comienza dando una

definición del mercado y una evaluación de la concentración. Luego determina las condiciones de entrada, después de lo cual se consideran los efectos probables de la concentración económica propuesta sobre la competencia. La ley y su reglamento requieren que la Superintendencia considere, entre otras cosas, las posibles eficiencias generadas por la transacción propuesta. El hecho de que una parte pudiese ser insolvente o estar en peligro de fallar es igualmente relevante.

Es importante destacar que las disposiciones de control de concentraciones económicas se extienden a los sectores regulados. La decisión de la Superintendencia tiene carácter vinculante para el ente fiscalizador, aunque el regulador también puede tener la facultad de prevenir la concentración económica de conformidad con las normas regulatorias.

2.4.1 *Procedimiento de notificación y revisión*

El Salvador requiere que se presente una notificación previa a la concentración económica. El artículo 33 establece lo siguiente:

Las concentraciones cuyos activos totales combinados exceden el importe de cincuenta mil salarios mínimos urbanos anuales en el sector industrial o cuyo ingreso total exceda los sesenta mil salarios mínimos urbanos anuales en el sector industrial deben solicitar la autorización previa de la Superintendencia.

Actualmente estos umbrales en dólares estadounidenses equivalen a 112.860.000,00 USD (activos totales que excedan a 50.000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria) y a 135.432.000,00 USD (ingresos totales que excedan a 60.000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria), lo que es relativamente alto para una economía pequeña como la de El Salvador. Ni la ley ni el reglamento establecen específicamente que los activos o ingresos relevantes estén ubicados o deriven de El Salvador. Sin embargo, la Superintendencia ha concluido que sí existe el requisito de “nexo local” y que está operando bajo el supuesto que los activos o ganancias de las partes en concentración económica deben ser locales. Además, los términos de la ley y su reglamento requieren únicamente que los activos e ingresos combinados de las partes en concentración económica alcancen niveles específicos; no existe un requisito mínimo para alguna de las partes, lo que crea la posibilidad de que una concentración económica que comprenda a una entidad muy grande y a otra de tamaño reducido tenga que ser notificada, a pesar de que tal transacción tendría poca probabilidad de tener un efecto anticompetitivo significativo.²¹

La ley estipula que la Superintendencia tiene un plazo de 90 días calendario (también denominados días naturales) después de ser notificada

para emitir su resolución. De no emitirla dentro de ese periodo de tiempo, se considerará que la concentración económica ha sido autorizada. En el caso de que la Superintendencia requiera información adicional acerca de la transacción, o si considera que la notificación adolece de deficiencias en alguno de sus aspectos, deberá solicitar a los interesados, dentro de los 15 días posteriores a la recepción de la notificación. Se suspende el transcurso de los 90 días al recibir dicha solicitud y se reanuda una vez que la información solicitada es entregada.

La Superintendencia no cobra tasas por notificación (solicitud de autorización).

2.4.2 *Investigaciones y casos*

A la fecha, la Superintendencia no ha negado ni condicionado ninguna concentración económica. Hasta finales de mayo de 2008, la Superintendencia había recibido un total de 16 notificaciones (solicitudes de autorización), aunque nueve de éstas no requerían notificación (solicitud de autorización) por varias razones. Una notificación (solicitud de autorización) fue abandonada y las seis restantes fueron autorizadas. La Superintendencia casi siempre ha ejercido su facultad de solicitar información adicional dentro del plazo de 15 días, aunque la mayor parte de estas solicitudes no tenían relación con deficiencias en la notificación (solicitud de autorización). Cinco de las seis notificaciones (solicitudes de autorización) relevantes involucraban a agentes económicos del sector financiero, lo que no es sorprendente dado los altos umbrales para notificaciones (solicitudes de autorizaciones) y el tamaño relativamente grande de los agentes económicos financieros.²²

Es obvio que hasta la fecha, la comunidad empresarial y corporativa posee poca experiencia respecto del proceso de notificación (solicitud de autorización). La Superintendencia ha publicado una guía para el control de las concentraciones económicas, pero es relativamente general, y no trata con las especificidades que surgen inevitablemente dentro del contexto de las notificaciones de concentraciones económicas. El reglamento (Art. 78) creó un procedimiento por medio del cual las partes, incluyendo las instituciones gubernamentales, pueden hacer o solicitar por escrito una consulta u opinión a la Superintendencia. El procedimiento fue empleado 15 veces a lo largo del primer trimestre de 2008, cinco de las cuales tuvieron el propósito de determinar si se debía notificar (solicitar autorización) una concentración económica. Sin embargo, el procedimiento de las consultas ya no se puede seguir utilizando para estos propósitos. Las reformas de 2007, limitan su uso a dos circunstancias: opiniones sobre proyectos de leyes, ordenanzas o reglamentos y opiniones sobre los procedimientos de

contratación y adquisición públicos, en los que pudiera limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia.

Parece que hasta ahora los altos umbrales estipulados en la ley han servido el mismo propósito, el de limitar el número de notificaciones (solicitudes de autorización) que la nueva institución de competencia deba revisar. En los países que recientemente iniciaron el control de las concentraciones económicas, la institución de competencia se ve inundada con notificaciones de concentraciones económicas, la mayoría si no todas de las cuales contenían un problema ajeno a la competencia, obligando a la institución a desviar sus escasos recursos de asuntos más importantes. Otra disposición útil dentro de la ley es la que establece umbrales que han sido efectivamente indexados para la inflación, por medio de un enlace al salario mínimo anual. Esto elimina el problema de tener que elevar los umbrales en el futuro, debido a que la inflación los ha superado.²³

Por supuesto, es posible que las concentraciones económicas que caen por debajo de los umbrales de notificación podrían perjudicar la competencia y que la Superintendencia pudiera considerar deseable controlarlas de ser necesario. Parece que las disposiciones para el control de las concentraciones económicas estipuladas en la ley no se aplican a dichas concentraciones económicas, pero según sus términos, con los artículos que prohíben los acuerdos anticompetitivos y el abuso de posición dominante, sí se podrían. La Superintendencia todavía no ha tenido ocasión de considerar este punto.

2.5 Competencia desleal y protección al consumidor

La Superintendencia no posee responsabilidad en los casos de competencia desleal o protección al consumidor. El Código de Comercio de El Salvador contiene disposiciones que prohíben varios tipos de competencia desleal, incluyendo el soborno, la entrega de información falsa acerca del origen o calidad de los productos o de un competidor o el uso inadecuado de la propiedad intelectual. Los juzgados de lo mercantil velan por el cumplimiento de estas leyes.

La protección al consumidor es importante en El Salvador. Según se destacó previamente, la Ley de Protección al Consumidor fue promulgada mucho antes que la Ley de Competencia. La Ley de Protección al Consumidor vigente fue aprobada en 2005, siendo un documento extenso e integral. Aborda una amplia gama de prácticas, incluyendo la venta de productos insalubres o peligrosos, sustancias tóxicas, varias disposiciones contractuales, la venta de productos defectuosos, la provisión de información falsa o engañosa y demás prácticas publicitarias. La Defensoría del Consumidor, en adelante, “la Defensoría”, es una institución de

protección al consumidor independiente, que es responsable de hacer cumplir esta ley. La Defensoría posee amplias facultades de investigación y ejecución. Tiene facultades para imponer multas hasta un máximo de 940.500,00 USD, que impone un tribunal compuesto por tres personas, dependiendo de la gravedad de la infracción y la dimensión de sus efectos.

La ley de 2005 creó lo que se denomina el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, compuesto por la Defensoría y representantes del Órgano Ejecutivo y otras instituciones gubernamentales. La Superintendencia no está representada en este organismo, aparentemente debido a que no posee una responsabilidad sectorial específica. El Sistema Nacional, bajo la coordinación de la Defensoría, es responsable de la planificación estratégica y demás actividades de coordinación en el campo. Así mismo, la ley creó un Consejo Consultivo encargado de asesorar a la Defensoría (Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor). Entre los miembros de este consejo están el Superintendente de Competencia y representantes de las ONGs de consumidores salvadoreñas.

La protección al consumidor goza de popularidad y prestigio en El Salvador. El público comprende las acciones tomadas a su favor por parte de las entidades para consumidores; estos casos son relativamente numerosos y pueden resolverse rápidamente. La Defensoría posee fondos; su presupuesto es sustancialmente más grande que el de la Superintendencia. Además, las asociaciones de consumidores son muy activas en El Salvador, la más conocida es el Centro para la Defensa del Consumidor. La Superintendencia se podría beneficiar de esta buena voluntad si se relacionara más estrechamente con la Defensoría. Igualmente, la Defensoría podría beneficiarse de la participación de la Superintendencia en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor. Las dos instituciones podrían cooperar también en los casos en que fuese necesario para obtener mejores resultados²⁴. La Superintendencia le ha propuesto a la Defensoría la suscripción de un convenio de cooperación muy similar a los suscritos por la Superintendencia con otras instituciones gubernamentales (descritos más abajo en la Sección 4). Sin embargo, la Defensoría no ha respondido hasta el momento. También se le ha invitado a participar en algunos de los casos iniciados por la Superintendencia, pero en general, no lo ha hecho.

3. Aspectos institucionales: estructura de aplicación y prácticas

3.1 Instituciones de la política de competencia

La Superintendencia de Competencia es una de las varias superintendencias independientes en El Salvador.²⁵ Algunos reguladores

sectoriales han tomado esta forma, al igual que otras instituciones públicas, tales como los hospitales. La Superintendencia forma parte del Poder Ejecutivo, posee un presupuesto separado, que se presenta a través del Ministerio de Economía al Ministerio de Hacienda.

La actual Superintendente de Competencia, Lic. Celina Escolán Suay, lidera esta institución. Ella dirige al personal de abogados, economistas y personal administrativo. Los miembros profesionales del personal se encuentran organizados bajo dos “intendencias”, la legal y la económica. Las demás oficinas dentro de la Superintendencia incluyen una Secretaría General, las auditorías interna y externa, unidad de relaciones internacionales, comunicaciones, informática y las unidades financiera y administrativa.

La Superintendente, ayudada por su personal, emite recomendaciones de aplicación al Consejo Directivo conformado por tres miembros. El Consejo emite las resoluciones finales e impone las sanciones, cuando las hay. El artículo 9 de la Ley de Competencia estipula las calificaciones que requiere un miembro del Consejo:

Tanto el Superintendente y los Directores deben ser de nacionalidad salvadoreña, de más de treinta años de edad, con un título en economía, derecho, administración de empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, de probidad notoria con conocimientos y experiencia en las materias relacionadas con sus atribuciones, y gozar de sus derechos ciudadanos y no haberlos perdido en los últimos cinco años anteriores al nombramiento.

El Superintendente es de oficio miembro del Consejo. Los demás directores desempeñan su cargo a medio tiempo (con la asistencia a las demás sesiones del Consejo Directivo convocadas). El presidente de la República nombra al Superintendente y a los miembros del Consejo por un período de cinco años. Pueden ser renombrados. Además de los tres miembros del Consejo con derecho a voto, se nombra también a tres miembros suplentes, que sustituyan a algún miembro con derecho a voto. Los miembros suplentes también asisten a las reuniones del Consejo. Los períodos de todos los miembros del Consejo expiran simultáneamente.²⁶ Esto podría crear un problema en el momento de la transición. Ocurriría una súbita pérdida de experiencia y continuidad, además de que el nombramiento de un nuevo Consejo Directivo completo podría constituir una invitación a la intervención política en el trabajo de la Superintendencia.²⁷

La ley requiere que el Consejo Directivo se reúna por lo menos una vez al mes. En la práctica se reúne con mayor frecuencia, generalmente una vez a la semana. Las reuniones, por lo general, duran de tres a cuatro horas. Los

directores a menudo tienen que pasar tiempo extra preparándose para las reuniones, revisando archivos y otros menesteres. El Ministerio de Hacienda establece la tasa de remuneración para los directores, excluyendo al Superintendente.²⁸ Estas cuotas parecen bastante bajas. En el año 2006 las cuotas de los directores se establecieron en 45,72 \$ por reunión, sin exceder los 182,88 \$ por mes (cuatro reuniones). En 2007 se elevaron a 75,00 \$ por sesión, con un importe total máximo de 300 \$ al mes.²⁹

Estas tasas se comparan desfavorablemente con las de las otras superintendencias; los miembros del Consejo de la Superintendencia del Sistema Financiero reciben 320 \$ por reunión, por ejemplo; el Banco Central, 250 \$, y el sector bursátil, 225 \$. Además, los miembros del Consejo de la Superintendencia de Competencia desempeñan un papel importante y amplio en el funcionamiento de la institución, ya que aprueban todas las acciones oficiales de la institución. Todo parece indicar que algunas de las demás superintendencias desempeñan un papel más de supervisión o apelaciones, y consecuentemente, sus tareas requieren menos tiempo.

Debido a que los directores de la Superintendencia de Competencia no trabajan a tiempo completo ni de forma exclusiva, con la excepción del Superintendente, desempeñan otros cargos simultáneamente, a los que dedican la mayor parte de su tiempo. Actualmente, los cinco directores han sido extraídos de la comunidad académica o gubernamental. Uno de ellos viene de una universidad, dos de la Secretaría Técnica, que desempeña las funciones de fiscalización y asesoría para el Presidente, otro proviene del Banco Central de Reserva de El Salvador y otro del Ministerio de Economía. Esto eleva la posibilidad de cuestionamientos respecto de la independencia de la institución y a la posibilidad de conflictos de interés.

El hecho de que la mayoría de los miembros del Consejo provenga de otra rama del gobierno podría comprometer la independencia del mismo. Sin embargo, nada parece indicar que esto hubiese ocurrido y las resoluciones del Consejo se han emitido aparentemente sin ninguna interferencia externa. Los directores afirman que la institución de la que provienen jamás ha tratado de ejercer ningún tipo de influencia sobre ellos respecto de ningún caso. Afirman que podría ser una ventaja que se represente la perspectiva de su institución. Aún así, parece que en algunas circunstancias podría haber influencia externa. Un asunto relacionado son los posibles conflictos de interés. Un caso o investigación podría involucrar un asunto que también se encuentre ante un ministerio o institución para la cual el miembro del Consejo trabaja a tiempo completo. Este problema podría ser abordado mediante un conjunto de disposiciones legales rigurosas que regulen la inhabilitación en un caso determinado.

3.2 *Procesos de Aplicación y Facultades*

Los procedimientos relacionados con la notificación y revisión de concentraciones económicas se describen en la sección 2.4.1 precedente. Los procedimientos relacionados con los casos de conducta están descritos en los artículos 40-49 de la ley y en los artículos 24-77 del reglamento.

Las investigaciones de conducta se inician ya sea mediante una denuncia formal presentada ante la Superintendencia por una parte privada o por la Superintendencia de oficio. Si la Superintendencia llegara a determinar que una denuncia privada no cumple con los requerimientos de información estipulados en la ley y el reglamento, deberá notificarlo en un plazo de 15 días después de presentada la denuncia. El denunciante tendrá cinco días hábiles para solucionar el problema. También, dentro del plazo de 15 días, la Superintendencia puede determinar que la denuncia no describe una supuesta infracción a la ley, declarándola improcedente.

Si la denuncia en cuestión se considera válida, la Superintendencia puede llevar a cabo una investigación preliminar para determinar si está justificada una investigación completa. De lo contrario, la denuncia se desestima. Si la investigación preliminar indica que hay prueba suficiente de una supuesta práctica anticompetitiva, la Superintendencia inicia una investigación formal. (La investigación preliminar no constituye un requisito, la Superintendencia puede proceder directamente con una investigación completa si los hechos así lo justifican). La parte o partes denunciadas reciben una notificación formal escrita de la investigación; la notificación incluye una síntesis de los hechos relevantes, del tipo de infracción y las sanciones pertinentes.

Esto desencadena el inicio del plazo de 30 días calendario dentro de los cuales la Superintendencia y la parte denunciada recaban pruebas. Posteriormente, la parte denunciada tiene un plazo de 20 días hábiles para presentar sus pruebas y argumentos a la Superintendencia. En esta fase, todos los procedimientos son por escrito. Luego, la Superintendencia prepara su informe y recomendaciones para el Consejo Directivo. El denunciante también tiene la oportunidad de presentar sus argumentos por escrito al Consejo Directivo.

Después de deliberar, el Consejo pronuncia su fallo y ordena a la Superintendencia la redacción de su dictamen, el cual se hace público. La resolución describe en detalle los hechos relevantes y el análisis del Consejo.³⁰ La parte que no esté conforme con la resolución final tiene un plazo de cinco días hábiles para interponer ante al Consejo el recurso de revisión del fallo.³¹ El Consejo luego tiene diez días hábiles dentro de los cuales deberá emitir su fallo sobre la revisión. La ley requiere que el Consejo emita su resolución dentro de los doce meses a partir de la fecha de

presentación de la denuncia o del inicio de oficio de una investigación. Este plazo podrá ser ampliado por resolución motivada del Consejo, hasta un plazo no superior a doce meses y una sola vez cuando las circunstancias lo ameriten. En un solo caso, el de los hidrocarburos, se prorrogó el plazo de doce meses, del cual únicamente se utilizaron siete meses.

El Superintendente tiene la autoridad de clasificar la información o documentos obtenidos por la Superintendencia como confidenciales y también de restringir el acceso a esa información según lo considere apropiado. Toda parte que proporcione información puede hacer esta solicitud. El demandando tiene acceso al expediente del caso que lleva la Superintendencia, pero no al informe que emite la Superintendencia para el Consejo.

El caso de los hidrocarburos generó alguna discusión acerca del procedimiento utilizado en la toma de la decisión. Los demandados en ese caso, reconocieron haber tenido suficiente acceso al expediente del caso llevado por la Superintendencia y que no hubo restricción alguna a su capacidad de presentar pruebas y argumentos ante el Consejo. Sin embargo, se quejaron de que no conocieron completamente la posición de la Superintendencia sobre este caso hasta que el Consejo emitió su fallo y que, por lo tanto, no pudieron prepararse debidamente. Luego tuvieron la oportunidad de solicitar la revisión del fallo dictaminado por el Consejo, lo cual hicieron, pero hubiesen preferido haber tenido la oportunidad de abordar asuntos específicamente en la primera etapa.

Se ha expresado otra crítica al proceso de toma de decisiones: que las funciones de investigación y resolución no son suficientemente independientes. El Superintendente además de supervisar la preparación de los casos, forma parte de los tres miembros del Consejo con voto (a menos que sea descalificado debido a un conflicto personal). Según los críticos, esto podría restarle imparcialidad al Superintendente y podría causar una influencia indebida en el Consejo. Sin embargo, las instituciones de competencia en muchos países están estructuradas de manera similar a la de El Salvador, empleando un sistema en el que una comisión independiente tramita los casos y al mismo tiempo emite la resolución en primera instancia. El caso de El Salvador es, en cierta manera, singular ya que únicamente hay tres miembros con derecho a voto en el Consejo, la mayor parte de los países tienen cinco o más, y tiene también a tres miembros adicionales que participan plenamente en la revisión de los casos pero no emiten voto alguno sobre ellos, a menos que alguno de los miembros con derecho a voto estén inhabilitados. Naturalmente, el hecho que los fallos pronunciados por el Consejo se puedan revisar ante los tribunales constituye un factor importante para asegurar el debido proceso.

Aparte de estos procedimientos que rigen los casos impugnados, no hay actualmente ningún procedimiento establecido mediante el cual la Superintendencia pueda “arreglar” los casos, o sea, llegar a un acuerdo con las partes sobre el remedio apropiado. Si se pudieran resolver los casos de alguna manera, se evitaría la necesidad de apelar ante las cortes. Según se discutirá en la sección 3.3 que sigue, el proceso de apelación es lento e incierto, lo que crea un impedimento significativo en la resolución final de los casos de la Superintendencia. La ley original incluía una disposición que permitía a una parte garantizarle a la Superintendencia que cesaría o modificaría la presunta conducta anticompetitiva lo suficiente como para restaurar la competencia en el mercado relevante, a cambio de lo cual no se sancionaba. Hubo un caso en el que este procedimiento se utilizó con éxito. El procedimiento, sin embargo, fue eliminado en las reformas de 2007. El Consejo puede tener en cuenta toda modificación voluntaria de conducta por parte de un demandado al evaluar las multas.

No existe una disposición que permita a las partes avocarse a los remedios establecidos para casos de infracciones a la Ley de Competencia aparte del derecho de solicitar la investigación por parte de la Superintendencia. Hasta ahora, parece que las reglas que rigen este procedimiento están adecuadamente igualadas, evitando así la situación potencial en que la Superintendencia pudiese llegar a dedicarse a demasiados recursos al procesar denuncias privadas que carecen de mérito. Como se ha descrito antes, el Superintendente tiene la facultad de declarar sumariamente una denuncia como inadmisible o inadecuada. Hasta la fecha, ha habido 20 denuncias privadas presentadas ante la Superintendencia. De las 18 resueltas, 10 fueron desestimadas por la Superintendente sumariamente. Un demandante recurrió esa decisión ante el Consejo Directivo, el cual confirmó la resolución de la Superintendente.

La Superintendencia posee todas las facultades de investigación que le son adjudicadas normalmente a una entidad de competencia.³² Puede solicitar a cualquiera de las partes, incluyendo a cualquier institución o entidad gubernamental, que proporcione información y documentos. Puede convocar a los testigos, puede realizar inspecciones en las instalaciones de una persona, examinar documentos y tomar declaraciones. Estas inspecciones, que requieren que la Superintendencia otorgue una notificación con 24 horas de anterioridad, son adicionales a la facultad de efectuar registros con prevención de allanamiento, los cuales deben estar autorizados por un juzgado. Según se explicó anteriormente, las reformas de 2007 le otorgaron a la Superintendencia la facultad de realizar registros con prevención de allanamiento e implementar un programa de clemencia. Asimismo le otorgaron a la Superintendente la facultad de imponer medidas

cautelares, suspender temporalmente una actividad e imponer otras condiciones,

...cuando exista un riesgo eminente al mercado que pueda limitar la competencia, o el acceso de un agente económico al mercado, o el movimiento de un agente económico, o que la conducta detectada pudiera resultar en daños y perjuicios a terceros o en daños y perjuicios a los intereses públicos o colectivos.³³

Esta orden puede ser revisada por la Corte Suprema de Justicia, pero los derechos están limitados debido a que la orden no es definitiva. Hasta la fecha, no se ha emitido ninguna orden de este tipo.

En conjunto, estas facultades no son inusuales para las instituciones de competencia, a pesar de que no son comunes en El Salvador. Es posible que ninguna otra Superintendencia posea un abanico similar.

La facultad de multar de la Superintendencia es también significativa.³⁴ Antes de las reformas de 2007, podía imponer una multa máxima de 5.000 salarios mínimos mensuales urbanos en el sector industrial, que se traduce actualmente en 940.500,00 USD. Las reformas elevaron las multas por prácticas “particularmente graves”. La Superintendencia puede imponer multas:

- hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor en El Salvador;
- hasta por el seis por ciento del valor de sus activos en el Salvador;
- dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivada de las prácticas anticompetitivas, cualquiera que resulte más alta.

La Superintendencia debe tener en cuenta lo siguiente al calcular las multas

... la gravedad de la infracción, el perjuicio causado, el efecto sobre terceras partes, la duración de la práctica anticompetitiva, el tamaño del mercado y si se está lidiando con un infractor recurrente.³⁵

Como se indica más arriba, las multas más altas impuestas hasta la fecha fueron las impuestas en el caso de la harina de trigo, por 4 millones de USD. También fueron las primeras en ser aplicadas al amparo de la nueva disposición particularmente severa. La ley requiere que, al imponer multas, éstas sean pagadas dentro del plazo de ocho días a partir de la resolución final del Consejo. Según se describe a continuación en la sección 3.3, la mayoría de las multas impuestas hasta la fecha todavía no han sido pagadas debido a que han sido impugnadas judicialmente.

Estas mismas multas máximas, incluyendo las multas alternativas más altas, se aplican también a situaciones en las que las partes en una concentración económica que debieron haber sido notificadas consumaron su concentración económica sin cumplir con la notificación y en la cual un demandante presentó una denuncia conteniendo información falsa “con el propósito de limitar, restringir o impedir la competencia”. Asimismo, un agente económico que no cumple con la resolución final del Consejo en un caso de concentración económica puede ser sancionado con una multa por un importe de hasta 5.000 salarios mínimos mensuales urbanos por cada día de incumplimiento, y el agente económico que no provea la información solicitada por la Superintendencia o que intencional o negligentemente proporcione información falsa o incompleta puede ser multado con hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos por cada día de incumplimiento.

En uno de los casos, la Superintendencia impuso multas por no entregar la información solicitada. La Superintendencia solicitó información de varios laboratorios en relación con un estudio de la industria farmacéutica. Algunos de los agentes económicos no respondieron, mientras que otros adujeron que la Superintendencia carecía de autoridad legal para solicitar dicha información. La Superintendencia le respondió a estos últimos con citas de las disposiciones vigentes en la Ley de Competencia. Cinco de los agentes económicos persistieron en su negación de proveer información³⁶ y, por lo tanto, la Superintendencia inició los procedimientos de conformidad a otra ley para solicitar que los agentes económicos proporcionaran dicha información. Finalmente los cinco cumplieron, pero el Consejo les impuso multas en base a los días de incumplimiento por parte de los mismos, por un total de aproximadamente 52.000,00 USD. Tres de los agentes infractores ya pagaron sus multas; dos han demandado al Consejo Directivo ante la Corte Suprema de Justicia.

Además de la facultad de imponer multas, la Superintendencia puede emitir órdenes correctivas en las que solicite el cese de las prácticas ilícitas y/o la imposición de otros términos u obligaciones, tanto de naturaleza conductual como estructural. Esta facultad de imponer recursos conductuales y estructurales, además de una simple prohibición, fue otra de las incorporaciones previstas en las reformas de 2007. La orden en el caso de la harina de trigo ha sido la primera emitida al amparo de esta nueva disposición.

3.3 Revisión Judicial

El sistema judicial salvadoreño está dividido en cuatro niveles: juzgados de paz, los juzgados de primera instancia, cámaras de segunda instancias y la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia está estructurada

en cuatro salas: la Sala de lo Constitucional, Civil, Penal y de lo Contencioso Administrativo. La Corte Suprema de Justicia está compuesta por 15 magistrados, cada uno asignado a una de las salas (también se pueden reunir en una sesión plenaria). Los magistrados son nombrados por la Asamblea Legislativa para un plazo de nueve años (un tercio de los magistrados son nombrados cada tres años).

Los procesos contencioso-administrativos contra los fallos de la Superintendencia, y de cualquier otra entidad administrativa, se inician directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Esta sala tiene cuatro magistrados. En un caso en contra de una institución gubernamental, como la Superintendencia, el Fiscal General de la República participa como representante del Estado y de la sociedad. La Superintendencia es representada por sus propios abogados. Por lo general, los procesos en esta sala son como sigue: al recibir una demanda, conduce un estudio preliminar para determinar si la misma satisface los requisitos de procedimiento. Luego de admitir la demanda, la Sala puede emitir una orden interina o preliminar de ser necesario. Luego sigue la consideración de los méritos del caso, que incluyen informes de ambos lados y, de ser necesario, la recolección de nuevas pruebas. Posteriormente, la sala pronuncia su propia resolución.

El fallo de la sala no admite ningún recurso ante la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, si se considera vulnerado algún derecho o garantía constitucional puede iniciarse un proceso constitucional de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la mencionada corte.

A la fecha, la Superintendencia ha emitido sanciones en únicamente unos pocos casos, pero en todos menos uno, el caso de televisión por cable, algunos de los denunciados han demandado al Consejo Directivo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo. Ninguno de esos casos ha sido resuelto finalmente. La mayor parte de los casos fueron aceptados por la corte para su revisión; entre los restantes aún falta su aceptación. En un caso se presentó la petición para suspender la multa impuesta, la cual fue conferida la suspensión, pero el proceso continúa. Sin embargo, en otros casos, incluyendo el caso de los combustibles, las multas no han sido suspendidas todavía, pero tampoco han sido pagadas. La Superintendencia le ha pedido al Fiscal General de la República que proceda al reclamo judicial de las multas. El Fiscal General todavía no ha iniciado ese proceso.

Por lo tanto, las acciones judiciales han frustrado los esfuerzos de la Superintendencia para resolver definitivamente sus casos. Los procesos judiciales son lentos. Puede llevar un año o más para que la corte admita una demanda de la naturaleza apuntada. Obtener una resolución final puede

llevar dos años a partir de la fecha de interposición de la demanda, e incluso más tiempo, y luego existe la posibilidad de un amparo.³⁷

3.4 *Asuntos internacionales*

Como economía pequeña y con mercados relativamente abiertos, la competencia en El Salvador se ve inevitablemente afectada por las fuerzas internacionales. Tanto la ley como su reglamento guardan silencio sobre este tema, pero no parece existir ninguna restricción sobre la capacidad de la Superintendencia para aplicar en forma plena las influencias extranjeras en su análisis de competencia. Hasta la fecha, este asunto no ha surgido directamente en los casos investigados por la Superintendencia.

La Superintendencia no juega un papel en la implementación de la política comercial, esto incluye medidas contra la competencia desleal (*anti dumping*).

Desde sus inicios, la Superintendencia ha estrechado relaciones activamente con otras instituciones de competencia y organizaciones de políticas de competencia internacionales. Ha firmado acuerdos de cooperación con instituciones de competencia en Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Perú y España. Tres de los acuerdos, con Chile, México y España, se centran en asistencia técnica: el intercambio de personal y el auspicio de conferencias y seminarios. Los otros también abordan la cooperación e intercambio de información. La Superintendencia se comunica regularmente con sus homólogos en otros países de la región sobre asuntos o problemas específicos. Brasil y Chile han proporcionado asistencia técnica para llevar a cabo registros con prevención de allanamiento y Chile ha proporcionado asistencia técnica en dos casos de la Superintendencia.

La Superintendente es adepta en atraer fondos de Fuentes externas para proyectos especiales.³⁸ Por ejemplo, la institución participa en COMPAL, un proyecto que proporciona asistencia técnica con relación a políticas de competencia y protección al consumidor a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Perú, financiado por el gobierno de Suiza y administrado por la UNCTAD. A través de COMPAL el personal de la Superintendencia ha participado en pasantías en las instituciones de competencia de otros países. La Superintendencia ha participado también en el programa de asistencia técnica ofrecido por España y Portugal a través del Foro Iberoamericano de Competencia.

La Superintendencia también participa activamente con organismos internacionales de competencia, incluyendo la OECD (a través del Foro Global de Competencia), la ICN y UNCTAD. En su breve trayectoria ya ha

actuado como anfitrión de la cuarta reunión del Foro de Competencia Latinoamericana y del taller sobre carteles del ICN.

Actualmente se está realizando un amplio esfuerzo diplomático para integrar las economías de la región. Actualmente se está negociando la creación de la unión aduanera centroamericana. Todos los países de la región poseen una ley de competencia, con la excepción de Guatemala. En el año 2006 se creó el Grupo de Trabajo Centroamericano de Política de Competencia. Recientemente El Salvador fue sede de la segunda reunión de ese grupo.

3.5 *Recursos y Prioridades*

Una de las primeras tareas de la Superintendencia en 2006 consistió en preparar un plan quinquenal para el período 2006-2010.³⁹ El plan articuló los objetivos estratégicos de la institución y estableció metas específicas y numéricas para varios tipos de actividades, por ejemplo, “número de casos resueltos sobre prácticas anticompetitivas” e “informes conteniendo recomendaciones sobre leyes y reglamentos.” En un inicio, el plan tenía el propósito de enfatizar la defensa de la competencia, especialmente la relacionada con la educación del público acerca de la política de competencia en los primeros años, al mismo tiempo que aumentaba el resultado de las acciones de cumplimiento. La institución siguió este plan, aun cuando en algunos casos las metas numéricas comprobaron ser demasiado ambiciosas.

La siguiente tabla describe los resultados de las acciones de aplicación de la ley por parte de la Superintendencia durante sus primeros 33 meses de existencia.

	Acuerdos Horizontales	Acuerdos Verticales	Abuso de Posición Dominante	Concentraciones económicas	Falta de información
Archivos abiertos	4	3	13	18	6
Órdenes o sanciones	2	-	3	-	6
Multas impuestas (USD)	4.063.093,36	-	1.985.160	-	52.714

La Superintendencia tuvo un promedio de 25 empleados durante sus dos primeros años de labores. Actualmente, su personal es de 30 empleados, incluyendo a 6 abogados y 7 economistas. El presupuesto de la institución para el año 2006 y el año 2007 fue de 1.500.000,00 USD⁴⁰, el cual fue incrementado a 1.800.000,00 \$ en 2008. Los umbrales de gastos impidieron que la institución gastara el importe total asignado. En 2006 se gastó únicamente 1.350.000,00 \$. En el año 2008 se redujo transversalmente en un 10% los importes que podía gastar el gobierno en bienes y servicios, gastos no salariales como en ordenadores. Otra restricción que enfrenta la Superintendencia es que únicamente puede gastar el 65% de su presupuesto en personal, lo que ha limitado su capacidad para contratar personal que, sin duda, es su insumo más importante.⁴¹ La Superintendencia ha sido notificada que su presupuesto para 2009 será reducido a aproximadamente 1.700.000,00 USD.

La Superintendencia tiene una agenda amplia y líderes ambiciosos. A continuación se describen sus logros, particularmente en lo que respecta a la defensa de la competencia, que según las secciones 4 y 5 han sido significativos. Afirman que necesitan más recursos a medida que la institución se involucre más intensamente en el trabajo de casos. La Superintendencia hizo notar que su presupuesto es sustancialmente menor que el de otras autoridades salvadoreñas consideradas como iguales.

Existen aspectos positivos respecto de la situación de recursos de la Superintendencia, parece tener un espacio de oficina y equipo adecuado para el número de personal actual. Pero, más importante aún es que su personal, aun cuando joven, se considera capaz y muy trabajador. La Superintendente actual goza de mucho respeto, lo mismo que su Consejo Directivo. Los niveles salariales para la Superintendencia son más altos que los existentes en el gobierno central. La Superintendencia atrae a gente capaz; los graduados universitarios la consideran un buen lugar de trabajo. Aun cuando se espera que exista una rotación de profesionales hacia el sector privado, como sucede en muchas instituciones gubernamentales, parece que esta rotación no constituirá un problema crítico a corto plazo.

4. Límites de la política de competencia: exclusiones y regímenes sectoriales

La Ley de Competencia casi no contiene exclusiones. Se aplica plenamente al sector privado, incluyendo los sectores regulados y las empresas de propiedad pública. El artículo 2 de la ley de competencia estipula:

...las disposiciones de esta ley son obligatorias para 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. 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.

Según se describió anteriormente, en El Salvador existen gobiernos municipales. Estos gobiernos no tienen responsabilidades de hacer cumplir la Ley de Competencia. El Código Municipal les reserva a las municipalidades el derecho de operar y regular los mercados locales como rastros, recolección de desechos sólidos, los cementerios, los servicios funerarios y las loterías. Si un municipio ejecuta estos servicios, no está sujeto a la Ley de Competencia, pero un contratista privado que preste estos servicios, sí está sometido a la ley. No existen reglas o exenciones especiales para las pequeñas y medianas empresas.

A continuación se presenta una breve descripción de los regímenes reglamentarios y las estructuras de mercado en los sectores seleccionados.

4.1 *Electricidad*

El sector eléctrico, al igual que los demás sectores de infraestructura, fue privatizado a mediados y finales de los 90. La competencia existe en la generación y distribución; la compañía de transmisión es un monopolio de propiedad estatal. Existen seis compañías generadoras que operan un total de 12 plantas. La hidroelectricidad constituye la fuente principal de energía, con aproximadamente un 40% de la capacidad total. Una entidad controla todas las instalaciones hidroeléctricas. Actualmente, la energía geotérmica está creciendo en aproximadamente un 14% de su capacidad. El resto es energía térmica. Hay varios actores pequeños en la distribución, y algunos generadores están integrados en la distribución, con una participación mínima. Uno de los grupos, AES que incluye a CAESS, es el denunciado en el caso de la competencia anteriormente descrito, el cual posee una participación del 68% de las ventas nacionales. El regulador del sector es la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET). La SIGET, como lo indica su nombre, también es responsable del sector de telecomunicaciones.

4.2 *Telecomunicaciones*

La telefonía fija sigue altamente concentrada después de su privatización; sin embargo, se enfrenta a la competencia de otras tecnologías que incluyen la telefonía móvil, internet y la televisión por cable. El servicio

de larga distancia es competitivo, con doce operadores que proveen el servicio actualmente. La SIGET establece las tarifas máximas en la telefonía fija local. La telefonía móvil ha crecido rápidamente en años recientes; su uso aumentó en aproximadamente un 450% entre 2002 y 2007. Actualmente hay cinco operadores de teléfonos móviles. Las tarifas móviles no están reguladas. Sin embargo, un estudio reciente mostró que las tarifas móviles en El Salvador figuran entre las más altas de toda América Latina, a lo que la Superintendencia respondió con algunas recomendaciones a la SIGET descritas en la sección 5 a continuación. El servicio de internet también ha crecido rápidamente en los últimos años. El mercado parece ser competitivo y no está regulado. El servicio de televisión por cable tampoco está regulado. Dos proveedores importantes cubren la mayoría del país pero existen varios competidores. No existen barreras en la entrada a la TV por cable.

4.3 *Petróleo*

Según lo descrito anteriormente en el caso de los hidrocarburos, solamente existe una refinería en el país, que fue durante mucho tiempo, junto con las importaciones almacenadas en la misma propiedad, la fuente principal de la mayoría de los productos derivados del petróleo en el país. Los precios estuvieron regulados hasta 1994, cuando se introdujo el sistema de umbrales a los precios de distribución. A medida que crecieron las importaciones, y particularmente con la entrada de Texaco en 2002, como el importador más importante, la mayor parte del sector fue desregulado totalmente. Los precios del gas licuado de petróleo, el combustible más importante para los hogares, aun sigue regulado. El Ministerio de Economía posee la responsabilidad regulatoria del sector.

4.4 *Banca*

Este sector fue nacionalizado en 1980, pero a principios y mediados de los años 90 fue nuevamente privatizado. Se estimuló la entrada de los bancos extranjeros. Hoy en día existen 14 bancos en el país, la mayor parte son extranjeros. Citibank es el banco más grande del país, con una participación de mercado de aproximadamente un 40 %. En años recientes se han establecido varias concentraciones económicas dentro de este sector. La Superintendencia del Sistema Financiero supervisa este sector.

4.5 *Agricultura*

Al igual que en la mayor parte de países en que la agricultura es significativa, la competencia en este sector está sujeta a algunas distorsiones

impuestas por el gobierno. Sin embargo, los mercados para la mayoría de los productos son razonablemente competitivos. En general, los aranceles son bajos y CAFTA estipula la eliminación total de los aranceles agrícolas entre sus países miembros. El azúcar es una excepción, siendo uno de los principales cultivos de El Salvador. El azúcar quedó mayormente excluido del CAFTA⁴². En El Salvador, los aranceles son altos, el 40%, pero otras economías, incluyendo la de los EE.UU. y Europa también restringen sustancialmente las importaciones de azúcar de varias maneras. La producción nacional está sujeta a un sistema de cuotas, lo que limita la competencia en precios, y conduce a una llamada para aplicar la Ley de Competencia con mayor vigor a este sector.

5. Defensa de la competencia

La Superintendencia ha hecho un esfuerzo consciente desde sus inicios por concentrarse en esta función tan importante y los resultados han sido impresionantes. La defensa de la competencia incluye aspectos tanto de asesoría como de educación. La función asesora involucra la provisión de comentarios y recomendaciones a otras entidades del gobierno, especialmente a los reguladores sobre las políticas que afectan la competencia. La institución de la competencia interactúa con el público de varias formas al ejecutar sus responsabilidades educativas, con miras a promover la comprensión de la política de competencia y ganar apoyo para la agenda de la institución. La Superintendencia se ha mantenido activa en ambos frentes. La agencia continúa dedicando recursos significativos, actualmente cerca de un 40%, para la defensa de la competencia.

5.1 *Defensa intra-gubernamental*

La Ley de Competencia le da a la Superintendencia plenas facultades para realizar sus actividades, a través del Consejo Directivo.⁴³ Puede realizar estudios de mercado, asesorar a los reguladores del sector respecto de los efectos de sus reglamentos sobre la competencia, emitir opiniones sobre los efectos competitivos de la legislación y emitir opiniones sobre procedimientos para las adquisiciones y contrataciones públicas.⁴⁴

La Superintendencia ha suscrito acuerdos de cooperación con varios reguladores y entidades gubernamentales: electricidad y telecomunicaciones, puertos, aviación civil, sistema financiero, pensiones, bolsa, ciencia y tecnología, el Banco Central de Reserva de El Salvador y el Ministerio de Economía. Estos acuerdos establecen el intercambio de información, la asistencia técnica y la cooperación en la ejecución de las misiones de las diferentes instituciones.

La Superintendencia ha completado seis estudios exhaustivos acerca de los siguientes sectores económicos en El Salvador: transporte terrestre de carga; combustibles líquidos (gasolina, diésel, keroseno y gas), electricidad, aves y huevos, gas licuado de petróleo y telecomunicaciones. Ha completado la primera etapa de un estudio sobre productos farmacéuticos y la segunda etapa está en proceso. Estos estudios tienen un doble propósito: identificar probables prácticas anticompetitivas que pudieran estar sujetas a acciones de aplicación de la ley por parte de la Superintendencia e identificar las características estructurales y reglamentarias que se podrían beneficiar de la abogacía de la Superintendencia. De las dos, la segunda ha sido la más fructífera; los estudios han aportado recomendaciones de política pública de la Superintendencia a los reguladores involucrados.⁴⁵

La Superintendencia ha establecido una relación particularmente estrecha con la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, el regulador de los sectores de electricidad y telecomunicaciones. El estudio de la Superintendencia sobre el sector eléctrico encontró una falta de competencia entre los generadores en el mercado eléctrico mayorista, aun cuando no pudo determinar que hubo violación a la Ley de Competencia en este eslabón de la cadena de valor. La SIGET ha conducido estudios similares independientemente de la Superintendencia, llegando a conclusiones similares. Como resultado, las dos instituciones formularon conjuntamente un acuerdo en el que expresan su conformidad respecto a un nuevo método para determinar los precios mayoristas que limitarían la capacidad de los generadores para manejar su capacidad estratégicamente. La Superintendencia también le ofreció sus comentarios a la SIGET sobre los reglamentos preliminares que rigen las subastas en los contratos de largo plazo para la venta de electricidad, y en los términos de un contrato a largo plazo propuesto, con la participación de un distribuidor importante.

El estudio de telecomunicaciones de la Superintendencia también resultó en muchas recomendaciones para la SIGET en este sector. Entre otras, la Superintendencia le recomendó a la SIGET que adoptara un reglamento que estableciera el marco para la interconexión, consistiendo en principios y reglas de negociación entre las partes privadas para este fin; que tome medidas para aumentar la transparencia en los acuerdos de interconexión entre los operadores; que aborde un problema de desigualdad en los cargos por rescisión, así como entre llamadas de fijo a móvil y de móvil a móvil; que mejore las condiciones para la portabilidad de número entre los proveedores móviles; y que considere emitir un reglamento que rija la calidad del servicio de la telefonía móvil. Finalmente, la Superintendencia también hizo recomendaciones a la SIGET sobre la televisión por cable,

especialmente en cuanto a las relaciones entre el proveedor de programación y el operador del cable.

La Superintendencia ha emitido muchas más recomendaciones a entidades públicas sobre varios asuntos:

- al Ministerio de Economía sobre el gas licuado de petróleo (en cuanto reglas sobre el intercambio de cilindros y sobre instalaciones marítimas de almacenaje);
- al Ministerio de Economía sobre combustibles líquidos (gasolina, diésel, keroseno; en cuanto a la conducción de estudios relacionados con la competencia en estos mercados, la reducción de barreras regulatorias a la entrada y sobre la promoción de la importación de estos productos);
- a dos municipios y al sector de hospitales públicos sobre sus prácticas de adquisición;
- al Ministerio de Agricultura y Ganadería sobre el desarrollo de reglas para normalizar los productos avícolas y huevos;
- a la Defensoría del Consumidor sobre la educación del consumidor en cuanto a productos avícolas y huevos y en cuanto a la mejora de la transparencia en la asignación de los precios de telefonía móvil;
- al Ministerio de Hacienda sobre las reglas para exenciones fiscales que podrían afectar la competencia;
- a la bolsa de productos agropecuarios en cuanto al mejoramiento de la transparencia.

Las adquisiciones y contrataciones públicas son un tema de importancia para El Salvador, como lo son en otras partes de América Latina.⁴⁶ Una agencia en el Ministerio de Hacienda (UNAC) fiscaliza las políticas de adquisición y contrataciones de unas 384 instituciones y ONGs en el país. Establece las reglas aplicables al proceso de adquisiciones, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Dicha ley estipula, entre otras cosas, el uso de un proceso de licitación, la publicación de los licitantes y de los resultados, el registro de los licitantes y la apertura de licitaciones para todos los licitantes calificados. La institución ha establecido una relación con la Superintendencia, con la que intercambia información. La Superintendencia ofrece capacitaciones a los funcionarios de la UNAC sobre la detección de licitaciones colusorias. El Código Penal del país es aplicable a las licitaciones colusorias en las adquisiciones públicas, como por supuesto, lo

hace también la Ley de Competencia. Sin embargo, pocos casos de licitaciones colusorias han sido procesados.

Actualmente, la Superintendencia se está centrando en el sector farmacéutico, debido a que los medicamentos son un insumo importante para los proveedores de salud pública del país. Los estudios demuestran que los precios de los productos farmacéuticos en El Salvador son más altos que en los países vecinos. Esto estimuló la realización del estudio de este sector por parte de la Superintendencia. Hasta ahora, el estudio no ha resultado en una investigación bajo la Ley de la Competencia, pero ciertamente resultará en recomendaciones adicionales de la Superintendencia dirigidas a las instituciones de atención en salud y demás relacionadas.

5.2 Educación: desarrollando una cultura de competencia

La Superintendencia se relaciona con el público de diferentes maneras. Se comunica regularmente con la prensa por medio de comunicados de prensa y artículos escritos por miembros de su personal.⁴⁷ La Superintendente y su personal aparecen frecuentemente ante grupos interesados para explicar y discutir la ley de competencia. En un mes dado ocurren entre dos y ocho de este tipo de eventos.⁴⁸ Se han sostenido reuniones con representantes de varias asociaciones empresariales, empresas individuales, firmas de abogados, entidades gubernamentales y Superintendencias. La Superintendente ha estado especialmente activa en la comunidad universitaria. Ha suscrito acuerdos de cooperación con tres universidades para ofrecer prácticas en la Superintendencia para los estudiantes de derecho y economía. Los representantes de la Superintendencia imparten regularmente charlas y seminarios en las universidades y escuelas.

La Superintendencia ha estado trabajando también con los jueces. Participa en la Escuela de Capacitación Judicial del país ofreciendo talleres sobre temas de competencia. Los jueces agradecen este tipo de oportunidad de capacitación. Sin embargo, no ha habido muchas oportunidades para aplicar esta capacitación hasta la fecha, ya que ningún caso de competencia ha sido resuelto finalmente por un tribunal.

La Superintendencia publica todas las resoluciones interinas y finales de cada caso, las cuales se pueden encontrar en el sitio web de la institución. El sitio web es bastante completo. Además de la Ley de Competencia, el reglamento y las resoluciones de la institución, el sitio web contiene discursos, artículos, lineamientos, un glosario de términos, el manual de organización y funciones, los estudios sectoriales arriba descritos, comunicados de prensa, acuerdos de cooperación, entre otros. La Superintendencia aún no ha publicado materiales de lectura fácil acerca de

la institución y la Ley de Competencia, tales como panfletos para el público general. Sin embargo, éste es un proyecto en curso.

A pesar de este nivel de actividad de la Superintendencia, la evidencia anecdótica sugiere que el público en general se encuentra desinformado acerca de la Ley de Competencia y de las actividades de la Superintendencia. Esto parece ser cierto dentro de la comunidad empresarial también, con la probable excepción de las empresas más grandes. A medida que la Superintendencia inicie más investigaciones sobre supuestas prácticas anticompetitivas, la comunidad legal también participará más en este campo, lo que actualmente está confinado a algunos de los bufetes de abogados más importantes. Los abogados todavía no asesoran debidamente a sus clientes acerca de las responsabilidades que les impone la Ley de Competencia.

Resulta difícil pensar en algún aspecto del programa de defensa de la Superintendencia que no esté incluido. El hecho de que el conocimiento acerca de la política de competencia y de la institución de competencia no haya penetrado todavía los niveles más profundos de la sociedad salvadoreña se debe probablemente a dos causas: tiempo, la institución ha estado activa durante menos de tres años; y a la falta de casos importantes iniciados por la Superintendencia hasta la fecha. La segunda depende del tiempo también, se presentarán más casos con esfuerzo, pero esto también nos lleva al hecho incuestionable acerca de la defensa de la competencia: no puede tener un éxito completo en ausencia de una ejecución creíble por parte de la institución de competencia.

6. Conclusiones y recomendaciones

La Política de Competencia en El Salvador se ha iniciado bien, de hecho uno podría decir excelentemente. La experiencia de El Salvador puede servir, en cierta forma al menos, como ejemplo de una manera efectiva de comenzar con la implementación de una política de competencia. Aquellos responsables de elaborar el proyecto de la Ley de Competencia tomaron su tiempo para estudiar las leyes de otros países y aprender de sus experiencias. Ellos buscaron y recibieron asistencia de fuentes externas en este esfuerzo. Los que abogaron por esta ley luego construyeron un consenso político efectivo para la misma, que incluyó a la comunidad empresarial, y tuvieron éxito en la aprobación de la ley con un fuerte apoyo. Antes de que la ley hubiese cumplido dos años de haber entrado en vigor, también se creó un consenso para su reforma, concediendo a la Superintendencia poderes importantes y necesarios. El resultado es una ley sensata en la mayoría de los aspectos.

Al iniciar sus labores, la Superintendencia decidió programar sus prioridades para el primer quinquenio. Inicialmente se centró en la elaboración de la normativa interna y de apoyo, así como guías para afirmar la estructura determinada por la ley. Rápidamente desarrolló un programa efectivo de defensa de la competencia, tanto aconsejando a las entidades gubernamentales y reguladores, así como educando al público sobre la ley. En estos esfuerzos, la Superintendencia tuvo éxito al obtener asistencia externa, tanto financiera como material. En su segundo y tercer año de existencia, la Superintendencia ha comenzado a reasignar más recursos para la aplicación de la ley, detectando e investigando violaciones, pero esta labor ha ido tomando forma lentamente, lo que era de esperar. La Superintendencia contrató a profesionales calificados y jóvenes y construyó una reputación por su eficiencia y empeño en el trabajo. La Superintendente ha demostrado ser muy proactiva y políticamente preparada.

Actualmente, el mayor reto para la Superintendencia es demostrar éxito en su función de aplicación de la ley, especialmente su aplicación en contra de cárteles. Adicionalmente, hay ciertos ajustes procedimentales que podría considerar para mejorar su aplicación. También sería útil considerar ajustes estructurales al Consejo Directivo. La situación financiera de la Superintendencia no es precaria, pero podría mejorarse. La Superintendencia debería tratar, en lo que pueda, los retrasos que resultan de los recursos interpuestos o procesos iniciados contra sus resoluciones ante los tribunales. Aunque ha tenido éxito en la defensa de la competencia, la Superintendencia debería construir sobre dichos esfuerzos, en especial con el propósito de fortalecer la cultura de competencia en el país.

Finalmente, una prueba importante de la fortaleza de su política de competencia en el país es su habilidad para soportar la influencia política partidista, especialmente en época de cambio político. Hasta el momento, la política de competencia ha tenido el apoyo bipartidista dentro de la estructura política salvadoreña. Este apoyo debe continuar hacia una política de competencia sólida, objetiva e independiente, libre de interferencia política.

Algunos de estos aspectos son más fundamentales que otros, con relación a las partes y las condiciones que no están dentro del control de la Superintendencia, y en algunos casos, reformas a la ley. Otras las puede abordar la Superintendencia por sí misma. Las siguientes recomendaciones tratan estos puntos.

6.1 *Cárteles*

6.1.1 *Concentrarse en desarrollar un programa anti-cárteles efectivo. Considerar centrarse en las licitaciones colusorias en la Administración Pública.*

Durante mucho tiempo, la OECD ha sostenido la posición de que luchar contra los cárteles de núcleo duro debe ser la prioridad más alta para una agencia de competencia. Seguramente en El Salvador operan cárteles ilegales, que dañan a los ciudadanos salvadoreños. Para la Superintendencia, un programa anti-cárteles de éxito también tendría el efecto beneficioso de fortalecer la atención del público y el apoyo para la política de competencia y su autoridad. La Superintendencia tiene las herramientas legales que necesita para implementar un programa anti-cárteles de éxito: facultades investigativas efectivas, incluyendo los registros con prevención de allanamiento y la habilidad de crear un programa de clemencia, así como la habilidad de imponer multas significativas para los participantes en cárteles.

No es fácil ser proactivo en la labor anti cárteles. La experiencia de otros países ha demostrado, sin embargo, que concentrarse en licitaciones colusorias en la Administración Pública puede ser fructífero. Esta conducta es bastante común; casi seguramente existe en El Salvador. Persecuciones con éxito de esta conducta son visibles y fácilmente entendibles por el público.

6.1.2 *Implementar un programa de clemencia.*

Las reformas de 2007 expresamente autorizan a la Superintendencia a crear un programa de clemencia. Muchos países lo tienen, y en algunos, especialmente aquéllos donde el programa ha existido durante un periodo de tiempo, ha demostrado ser una herramienta para la lucha anti-cárteles. Mientras se crea un programa de clemencia, sin embargo, uno no espera resultados inmediatos en El Salvador. Debe existir un incentivo para los participantes en cárteles para desertar de un cártel y cooperar con las autoridades. Este incentivo toma la forma de una amenaza creíble de multas muy altas o, en países donde la conducta de cártel es un delito, la persecución penal. Esta amenaza no será creíble hasta que la Superintendencia, apoyada por los tribunales, empiece a imponer sanciones.

Existe un aspecto de la ley que establece un programa de clemencia que podría limitar su efectividad. La ley no autoriza a la Superintendencia para perdonar completamente a un solicitante de clemencia de pagar multas. El incentivo para desertar de un cártel debe ser muy fuerte. La experiencia de ciertos países ha demostrado que perdonar completamente a un solicitante

las sanciones puede asegurar la probabilidad de que alguien solicite la clemencia. Por supuesto, la Superintendencia puede reducir la multa al solicitante hasta llegar a 1,00 USD, pero un probable solicitante no puede tener la certeza de lo que sucederá. La certeza de evitar sanciones puede ser importante. En todo caso, podría ser necesario que la Superintendencia reforme su programa de clemencia, cuando tenga experiencia con él, cosa que ha ocurrido en muchos países.

6.2 *Concentraciones Económicas*

Al haber establecido umbrales altos para la notificación (solicitud de autorización) de concentraciones económicas, El Salvador, hasta el momento, ha evitado el problema que han tenido que enfrentar otros países que han incluido en sus leyes el control de concentraciones económicas: tener que revisar demasiadas notificaciones (solicitudes de autorizaciones) de concentraciones económicas que probablemente no presentan problemas de competencia. Existe un paso adicional que podría darse, que posiblemente reduciría la carga, aunque sólo ligeramente.

6.2.1 *Cambiar los umbrales de notificación (solicitud de autorización) de tal forma que estén calculados en base a la actividad de, al menos, dos partes en la operación dentro de la jurisdicción donde debe notificarse (solicitarse autorización) o, en la alternativa, en la actividad de la parte a ser adquirida.*

Lo anterior es congruente con las *Prácticas Recomendadas para los Procedimientos de Notificación de Concentraciones Económicas* de la Red Internacional de Competencia Económica.⁴⁹ Esto eliminaría la situación en la cual, debido a que los umbrales sólo están expresados en términos de los activos o ingresos combinados de las partes a concentrarse, una concentración propuesta que implica la adquisición por un agente económico muy grande de muy pequeño presente en El Salvador, tendría que notificarse (solicitarse autorización). Es poco probable que tal concentración produzca efectos anticompetitivos. Bajar el límite para un agente económico más pequeño no sería fácil, por supuesto; nuevamente debe ser lo suficientemente alto para prevenir capturar demasiadas concentraciones pequeñas. Además, podría ser necesario reformar la Ley de Competencia para hacer tal cambio, aunque en otro contexto, la Superintendencia, por interpretación, ha incorporado a los umbrales un requisito de nexo local que no está expresamente contemplado en la ley.

6.2.2 Considerar si las concentraciones anticompetitivas que están por debajo de los umbrales de notificación (solicitud de autorización) podrían ser controladas como acuerdos restrictivos o abuso de posición dominante y, en tal caso, cómo podría la Superintendencia llevar a cabo tal control.

La economía de El Salvador es relativamente pequeña; los umbrales para concentraciones económicas son altos. Es concebible que una concentración que está por debajo de los umbrales de notificación (solicitud de autorización) pueda ser anticompetitiva y perjudicar a los consumidores; por ejemplo, en un mercado donde las barreras a la entrada son altas. Parecería que dicha concentración no está sujeta a notificación (solicitud de autorización) de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero podría ser considerada, bien un acuerdo restrictivo ilegal (Art. 25) o un abuso de posición dominante (es decir, si el agente económico adquirente ostenta posición dominante; Art. 30). La dificultad para emplear estas disposiciones, por supuesto, es que Superintendencia podría ser confrontada con una concentración económica consumada, que podría significativamente interferir con su habilidad para imponer un remedio efectivo. Aún así, existen controles para concentraciones económicas en ausencia de una notificación (solicitud de autorización) y esperando un régimen. Tal vez el mejor ejemplo de tal programa en América Latina es Chile.⁵⁰ Una preocupación importante al extender el control de concentraciones económicas a operaciones que no superan los umbrales es, nuevamente, para evitar destinar recursos al análisis (revisión) demasiadas de estas transacciones.

6.3 Procedimientos de casos

6.3.1 En los casos en que la Superintendencia está recomendando al Consejo Directivo imponer sanciones, proporcionar a las partes intervinientes un avance de la decisión inicial de dicho Consejo, una descripción de la teoría de la Superintendencia sobre el caso y la prueba relevante que la sustente.

Los procedimientos de la Superintendencia son generalmente considerados transparentes. El expediente del caso está disponible para las partes intervinientes y las decisiones del Consejo Directivo son elaboradas de forma muy cuidadosa y comprensible. Aún así, las partes podrían no estar suficientemente informadas acerca de la teoría de la Superintendencia sobre el caso, de forma previa a la remisión del caso al Consejo Directivo para permitirles abordar asuntos en esa etapa importante. Mientras la

Superintendencia pudiera, de forma justificada, resistirse a proporcionar su informe al consejo, ésta podría proporcionar a las partes, en el momento apropiado, un documento independiente en el que figurasen sus teorías.

6.4 Recursos

6.4.1 Proveer a la Superintendencia de los recursos que necesita para cumplir con sus amplias responsabilidades de acuerdo a la Ley de Competencia.

Considerando todo lo que ha logrado la Superintendencia en menos de tres años de existencia, no puede decirse que los recursos fueron una limitación seria. La Superintendencia ha demostrado su eficiencia al utilizar sus recursos como lo ha hecho. Sin embargo, la autoridad debe ser financiada adecuadamente. Debe tener la capacidad de atraer y retener profesionales capacitados y proporcionarles el apoyo que ellos requieran. La cartera de la Superintendencia es muy amplia. Los recursos disponibles para la Superintendencia no deben ser menores que aquéllos disponibles para otras autoridades similares a ellas, con responsabilidades parecidas. En particular, existe una preocupación en cuanto a que el presupuesto de la Superintendencia se reducirá, al menos ligeramente, en 2009, en un momento en el que la agencia estará manejando una creciente carga de casos.

6.4.2 Establecer la compensación para los miembros a tiempo parcial del Consejo Directivo en un nivel suficiente para compensarle por sus esfuerzos

Los miembros a tiempo parcial del Consejo Directivo invierten un tiempo y esfuerzo considerable en su tarea, a la vez que trabajan a tiempo completo en otros cargos. Sus honorarios debería compensar adecuadamente su trabajo y deberían ser lo suficientemente altos para atraer al Consejo a profesionales cualificados.

6.5 Recursos judiciales y la resolución final de los casos

De los problemas que enfrenta la Superintendencia, éste parece ser a la vez el más serio y el más difícil de resolver. Sólo uno de los casos iniciados por la Superintendencia dentro del cual se impusieron sanciones, ha quedado firme hasta la fecha, debido a que la resolución no fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia. Otros casos están suspendidos, de una manera u otra, en la Corte Suprema de Justicia. No puede determinarse si los retrasos

pueden estar relacionados específicamente a casos de competencia o a la Superintendencia. Si la solución requiere una reforma o una reestructuración del Poder Judicial, esta está fuera del alcance de este estudio. La Superintendencia debe continuar y fortalecer los esfuerzos que está realizando en esta área: educación y capacitación de jueces, trabajando de cerca con el Fiscal General de la República, que participa en los casos de la Corte Suprema de Justicia y que hace cumplir las resoluciones de la Superintendencia, así como proporcionando razonamientos y escritos muy bien sustentados a la Corte. La Superintendencia debe también considerar cualquier procedimiento que pudiera reducir la probabilidad que las partes interpongan recursos o inicien procesos ante la Corte.

6.5.1 Considerar adoptar procedimientos para el arreglo de los casos.

El arreglo de casos, alcanzar un acuerdo con las partes en relación a una solución apropiada, llama obviamente la atención como una forma eficiente para resolver casos; elimina la posibilidad de recursos o procesos judiciales. En algunas jurisdicciones, sobre todo los Estados Unidos, la mayoría de casos de competencia se solucionan de esta manera. La Comisión Europea recientemente ha introducido un nuevo procedimiento para el arreglo de casos de cárteles.⁵¹ Por supuesto, la ley de cada país y su jurisprudencia son diferentes; un procedimiento de arreglo en El Salvador, si uno fuera posible, tendría que apegarse al marco legal del país. En todo caso, probablemente no sería una solución inmediata al problema en El Salvador. Las iniciativas de las partes para el arreglo dependerán, al menos en parte, del riesgo percibido de proceder con el litigio ante los tribunales. En El Salvador, estos riesgos son desconocidos en esta etapa. El arreglo sería una opción atractiva para las partes en casos de concentraciones económicas, debido a la necesidad de consumar rápidamente la concentración.

6.6 Defensa de la competencia y Protección al consumidor

A pesar del enérgico programa de defensa de la competencia de la Superintendencia, aún no ha sido establecido una cultura de competencia en El Salvador. Un área que no ha sido desarrollada plenamente a este respecto es la interacción entre la política de competencia y protección al consumidor. La protección al consumidor es popular en El Salvador. La política de competencia es otra forma de protección al consumidor y las entidades de aplicación en ambos campos se podrían beneficiar del trabajo conjunto más cercano. La Superintendencia le ha propuesto a la Defensoría del Consumidor que las dos desarrollen una relación de trabajo, pero la Defensoría aún no ha respondido.

6.6.1 Las autoridades de competencia y protección al consumidor deberían trabajar juntas de forma más estrecha; ambas resultarían beneficiadas. A la Superintendencia también se le debería permitir participar en el Sistema Nacional de Protección al Consumidor.⁵²

6.7 Independencia e imparcialidad del Consejo Directivo

6.7.1 Seleccionar miembros del Consejo a tiempo parcial que no ocupen posiciones a tiempo completo en otras instituciones gubernamentales o ministerios. En todo caso, los miembros del Consejo deben inhabilitarse de cualquier asunto en que otro patrono tenga interés.

Los miembros del Consejo, con excepción del Superintendente, sirven en el Consejo a tiempo parcial y algunos trabajan a tiempo completo en otras posiciones gubernamentales. Esto podría comprometer potencialmente la independencia del Consejo de otras partes del Gobierno, aunque esto aún no ha sucedido. Probablemente existen personas en los sectores público y privado que podrían ocupar estas importantes posiciones.⁵³ En todo caso, los miembros del Consejo, cualquiera que sea su cargo a tiempo completo, deben aplicar reglas estrictas por medio de las cuales se inhabilitarían en un caso en que otro patrono esté relacionado.

6.7.2 Escalonar los períodos de funciones de los miembros del Consejo, de tal manera que no sean todos nombrados simultáneamente.

Un cambio total del Consejo Directivo, incluyendo al Superintendente, de una sola vez, podría crear un riesgo significativo de perder la continuidad y los conocimientos cada cinco años en la Superintendencia, y sería más probable el ejercicio de influencia política en la agencia. Escalonar los períodos de los directores podría solucionar este problema. Probablemente se necesite una reforma de la Ley de Competencia para realizar esto.

6.7.3 Considerar expandir el número de miembros votantes del Consejo a cinco.

Los actuales miembros del Consejo son independientes y trabajan arduamente. Los seis miembros participan plenamente en cada caso (al menos que se hayan inhabilitado), pero únicamente tres miembros tiene

derecho a voto en la toma de decisiones. Aumentar ese número a cinco podría hacer desaparecer ciertas preocupaciones acerca de la influencia excesiva del Superintendente en las decisiones del Consejo y no requeriría erogación alguna, ya que a los seis miembros se le pagan dietas, tengan derecho a voto o no. Naturalmente, un cambio de esta naturaleza requeriría de una reforma de la ley.

Notas

1. Se considera que Centroamérica incluye a Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y El Salvador.
2. La ley de 1992 fue reemplazada por una nueva ley en 1996 y nuevamente en 2005 (Decreto Legislativo No. 776).
3. El CAFTA estaba siendo negociado a la misma vez. En el tratado no había un requerimiento para una ley de competencia, pero parecía proporcionar un impulso indirecto para la ley, dado que el país se encontraba implementando otras reformas legales para conformarse a los requerimientos del tratado en ese momento.
4. Decreto Legislativo No. 436.
5. www.sc.gob.sv.
6. Decreto Ejecutivo No. 126, 5 de diciembre de 2006. El reglamento aún no ha sido reformado con el objeto de desarrollar las modificaciones de 2007 a la ley, pero dicha revisión está en marcha.
7. Artículo 12.
8. La regla per se establece que es únicamente necesario probar que hubo un acuerdo como un requisito entre los competidores y no que resultó en un efecto prejudicial, debido a que se estima que los acuerdos de cárteles son siempre perjudiciales.
9. La regla de la razón requiere demostrar un efecto anticompetitivo.
10. Artículos 38 y 39 enmendados de la ley de competencia.
11. Las dos empresas controlaban el 98% del mercado para este producto en El Salvador.
12. Comunicado de prensa del 5 de septiembre de 2008 disponible en la página web de la Superintendencia.
13. Se incluye un tercer tipo de acuerdo en el Artículo 26, pero el lenguaje que lo describe no es claro. Parece aplicarse en situaciones en las cuales más de una parte se ve involucrada en una forma particular de conducta mediante un acuerdo.

14. Artículo 13.
15. Sin embargo, no queda claro si la frase: “actuando individual o conjuntamente” requiere un acuerdo, ya sea expreso o implícito.
16. Artículo 15.
17. Artículo 17.
18. Esta práctica de “zonificación” en las ventas de gasolineras no se da únicamente en El Salvador. Ha estado sujeta a estudios por algunas instancias en casos de competencia de otros países, lo cual fue indicado por el Consejo en su resolución.
19. Artículo 34.
20. Artículos 18-32.
21. *Prácticas y Procedimientos Recomendados para la Notificación de Concentraciones Económicas* [*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*], ICN (2003), disponible en el sitio web de la Red Internacional de Competencia Económica, ICN www.internationalcompetitionnetwork.org/, en las que se recomienda que se establezca el nexo local en base a la actividad de por lo menos dos partes en una transacción dentro de la jurisdicción a ser notificada o, de forma alternativa, en base a la actividad de la parte a ser adquirida. Ver también, *Recomendaciones del Consejo Relativa a la Revisión de Concentraciones económicas* [*Recommendation of the Council concerning Merger Review*], OECD (2005), disponible en el sitio web de la OECD www.oecd.org/competition
22. Es interesante observar que hubo cierta actividad de concentración económica en el país inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Ley de Competencia, incluyendo la concentración económica de los únicos dos fabricantes de cemento en el país.
23. Sin embargo, la Superintendencia recientemente encontró un problema relacionado. Una institución del gobierno responsable de registrar las concentraciones económicas o absorciones de sociedades (no así las adquisiciones de activos) ha solicitado que todos los solicitantes obtengan una certificación de la Superintendencia indicando que la operación no necesita ser autorizada, o que se ha aprobado la misma. En el caso de las concentraciones económicas y absorciones que no requieren notificación o solicitud previa, se ha impuesto una carga adicional de trabajo a la Superintendencia para examinar operaciones que de otra manera no hubiera tenido que revisar. En el momento de preparar este informe, la Superintendencia se encuentra negociando con el Centro Nacional de Registros (CNR) sobre este asunto. Su posición consiste en que la carga o incapacidad de notificar o solicitar previamente una autorización debe

recaer sobre las partes involucradas en la operación, y no sobre el registro o la Superintendencia.

24. Hubo una mesa redonda sobre este tema, la relación entre las políticas de competencia y del consumidor, en el Foro Global de la OECD en 2008. La documentación de este debate está disponible en la página web de la OECD. www.oecd.org/competition/globalforum
25. El artículo 3 de la Ley de Competencia: “Se crea la Superintendencia de Competencia como una institución de derecho público con personería jurídica y su propio capital como una institución técnica con autonomía administrativa y presupuestaria para ejercer las atribuciones y deberes aquí establecidos en éste, así como todas las demás disposiciones vigentes”.
26. Un miembro del Consejo renunció aproximadamente un año después de su nombramiento, pero su sucesor fue nombrado para completar el plazo normal del miembro y no por los cinco años completos.
27. Los plazos de los directores no coinciden con el de la Presidencia de la República, cuyo plazo también es de cinco años. El plazo de los directores actuales expira a finales de 2010 y el del Presidente expira en 2009.
28. Los miembros suplentes también reciben un pago por cada reunión a la que asisten, aun cuando no votan.
29. En el año 2007, el Consejo se reunió 47 veces, pero no se le compensó por seis de esas reuniones debido a que excedieron el máximo de cuatro reuniones por mes.
30. La resolución en el caso de los hidrocarburos fue de 152 páginas.
31. Si hubiere un tercero involucrado en el caso, por ejemplo un denunciante privado, el artículo 77 del reglamento establece que cuando se interpone un recurso de revisión, el Consejo concederá a la persona tres días para presentar por escrito sus alegaciones al mismo.
32. Éstos están estipulados en los artículos 13 y 14 de la Ley de Competencia.
33. Artículo 41(A), según la reforma de 2007 de la ley.
34. Según lo estipulado en los artículos 37-39 de la ley.
35. Artículo 37.
36. La Ley de Competencia no contiene expresamente tal procedimiento.
37. Un procedimiento de amparo similar existe en México, el cual ha probado ser un problema significativo para la entidad de competencia de ese país. Muchos de sus casos fueron apelados bajo ese proceso, causando retrasos y resultando en fallos desfavorables. Recientemente, la entidad de

competencia ha logrado mayores éxitos en los casos de amparo. Ver el informe del examen inter-pares de México, *Ley y Política de Competencia de México* (2004), y un informe de seguimiento de los cinco exámenes inter-pares de América Latina, *Derecho y Política de la Competencia en América Latina* (2007), ambas disponibles en el sitio web de la OECD.

38. El Banco Interamericano de Desarrollo ha sido la fuente principal de fondos para este propósito. El Banco está financiando este informe de examen inter-pares.
39. El plan está disponible en el sitio web de la Superintendencia.
40. La Superintendencia enfrentó una crisis presupuestaria inmediatamente después de iniciar sus operaciones en 2006. El gobierno recortó su presupuesto en 1/3, lo que amenazó todos los programas de la institución. La Superintendente intervino con vigor, logrando que se revirtieran los recortes.
41. El Gobierno emitió un acuerdo restringiendo los gastos en personal al 70% del presupuesto de la autoridad, pero la Superintendencia lo ha restringido más, al 65%.
42. El maíz fue otro.
43. Artículo 14.
44. Las últimas dos funciones que emiten opiniones sobre la legislación y procedimientos de adquisiciones públicas fueron añadidas en las reformas de 2007.
45. Los estudios están disponibles en el sitio web de la Superintendencia.
46. Ese tema fue discutido en la mesa redonda del Foro Latinoamericano de Competencia de 2007. Los documentos de esa mesa redonda están disponibles en el sitio web de la OECD.
www.oecd.org/competition/latinamerica
47. Hasta mayo de 2008, la institución había emitido más de 40 comunicados de prensa anunciando las resoluciones de casos y los eventos sobre política de competencia auspiciados por la Superintendencia.
48. El calendario de la Superintendencia aparece en el sitio web.
49. Supra, n. 210.
50. Ver, OECD, *Exámenes Inter-pares de Política de Competencia en América Latina: Seguimiento* (2007), p.18.

51. Ver el comunicado de prensa emitido por Comisión Europea, el 30 de julio de 2008, disponible en el sitio web de la Comisión en: <http://ec.europa.eu/comm/competition>
52. No está claro si una reforma a la ley es necesaria para este propósito.
53. El artículo 10 de la Ley de Competencia establece: “Art. 10.- Están inhabilitados para ser miembros del Consejo: e) Los Directores, funcionarios, administradores, apoderados y demás representantes legales de los agentes económicos sujetos a las disposiciones de esta Ley”. Si se interpreta esta disposición de forma laxa, se inhabilitaría a cualquiera relacionado a un negocio, incluyendo los abogados que representan agentes económicos. Una interpretación más razonable aplicaría la prohibición a aquéllos que ocupan cargos específicos de autoridad en un negocio.