

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS



TEMA DE INVESTIGACIÓN
“EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL DERECHO DE
COMPETENCIA DE EL SALVADOR ANTE LAS PRÁCTICAS
ANTICOMPETITIVAS”

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLITICAS PUBLICAS

PRESENTADO POR:
ORLANDO ISRAEL RIVAS AVILA

DOCENTE ASESOR:
MsC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2022

TRIBUNAL CALIFICADOR

**DOCTORA ALICIA ZELAYA QUINTANILLA
PRESIDENTA**

**MAESTRO NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIERREZ
SECRETARIO**

**MAESTRO HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA
VOCAL**

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Msc. Digna Reina Contreras de Cornejo

SECRETARIA DE FACULTAD.

DEDICATORIA

A Jehová Dios, creador del Universo y todo lo que se mueve y respira en la tierra. “(...) Porque Jehová da la sabiduría, Y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia (...)”

A mi amado hijo: CRISTIAN DANIEL RIVAS NAVAS por ser mi inspiración y la guía en todo mi proceso y enseñanza, por haber llegado a mi vida a dar luz y esperanza.

A mis Padres DELIA DEL CARMEN RIVAS Y ORLANDO ISRAEL AVILA, por su apoyo incondicional en todo mi proceso de formación.

INDICE

CAPÍTULO I	1
CONSTITUCION ECONOMICA Y DERECHO DE COMPETENCIA	1
1.1 Las necesidades del individuo y su satisfacción	1
1.2 El proceso económico	4
1.3 Los agentes económicos.	6
1.4 El mercado	7
1.5 Constitución Económica	12
1.6 Generalidades del derecho de competencia	17
1.7 Definición del derecho de competencia	18
1.8 Abordaje Extranjero del derecho de competencia.	20
1.8.1 En Estados Unidos de América.	20
1.8.2 En la Unión Europea.	23
1.9 La Organización Mundial del Comercio.	25
1.10 Desarrollo del derecho de competencia en la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.	27
1.11 Instituciones Nacionales de tutela de la Competencia.	31
CAPÍTULO II	38
DE LAS PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS Y LOS CARTELES.	38
2.1 Concepto de Prácticas anticompetitivas.	38
2.2 Acuerdos entre competidores.	39
2.3 Acuerdos entre no competidores	47

2.4 Abuso de la posición dominante.....	52
2.5 Concentraciones.....	54
2.6 De los Carteles.	59
CAPÍTULO III	66
DE LAS SANCIONES Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA	66
3.1 De las Sanciones y criterios para su imposición.	66
3.1.1 De las Sanciones.	66
3.1.1.1 La Multa	66
3.1.1.2 Otras consecuencias a las infracciones de la Ley de Competencia.	71
3.2 De los criterios para la imposición de las sanciones.	74
3.3 Actuaciones Previas o Investigación Preliminar.	79
3.4 Procedimiento Administrativo Sancionador ante la Superintendencia de Competencia.	88
3.4.1 Inicio del procedimiento por denuncia.	91
3.4.2 Improcedencia y Archivo.	92
3.4.3 Recurso de Apelación.	95
3.4.4 Inicio de Oficio del procedimiento	97
3.4.5 Auto de Inicio de la Instrucción.	98
3.4.6 Emplazamiento	99
3.4.7 Alegaciones de Defensa.	99
3.4.8 Apertura a Pruebas.	103
3.4.9 Decisión final del Consejo Directivo.	110

3.4.10 Recursos de reconsideración y de revisión.....	112
3.5. De las medidas provisionales.....	114
3.6. Registros o allanamientos.....	118
CAPITULO IV.....	124
CASUISTICA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL SALVADOR Y SU EFICACIA EN LA DEFENSA DEL MERCADO	124
4. 1 Historia de los Programas de Clemencia.....	124
4.1.1 Estados Unidos de Norte América.....	124
4.1.2 La Unión Europea.....	128
4.1.3 En México.....	130
4.2 Definición de los programas de clemencia.....	135
4.3 Regulación de los programas de clemencia en El Salvador.....	139
4.3.1 Aparición normativa de los programas de clemencia.....	139
4.3.2 Regulación actual de los programas de clemencia.....	143
4.3.2.1 Programas de clemencia, en su vertiente de exoneración de multa.....	144
4.3.2.2 Programas de clemencia, en su vertiente de reducción de multa.....	149
4.4 Programas de Clemencia aplicados en El Salvador.....	152
4.4.1 Resultados de la primera regulación de los programas de clemencia.....	152
4.4.2 Resultados de la nueva regulación de los programas de clemencia.....	158
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	164
CONCLUSIONES.....	164
RECOMENDACIONES.....	165

BIBLIOGRAFIA	167
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado "Eficacia de los programas de clemencia en el derecho de competencia de El Salvador ante las prácticas anticompetitivas", es un análisis integral de la institución denominada programas de clemencia que regula la Ley de Competencia frente a las prácticas anticompetitivas, que incluye los antecedentes, la configuración normativa y la eficacia de los mismos, tomando en cuenta las cantidades de programas aplicados.

En de enfatizar que en el mercado participan diferentes actores, el comprador que adquiere los bienes y servicios que se encuentran en el mercado y que le sirve para la satisfacción de una necesidad, constituyendo este la demanda. Por otro lado, los vendedores, que se encargan de la producción, distribución y comercialización del bien o servicio que se encuentran en el mercado. Siendo este la oferta.

La actividad económica en ese mercado está garantizada por la Constitución, porque reconoce la libertad económica como manifestación del derecho general de libertad, la cual no puede ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular; y, esta libertad únicamente puede existir y operar con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás y con el interés y el bienestar de la comunidad.

El problema es cuando los competidores ofertan sus productos sin respetar las normas que rigen la libre competencia, realizando comportamientos ilegales que al final buscan limitar, desplazar o eliminar la

competencia en el mercado, que genera como consecuencia la afectación al desarrollo económico, al consumidor y a toda la sociedad misma.

Esos comportamientos ilegales pueden constituir las identificadas prácticas anticompetitivas, que comprenden acuerdos entre competidores, abusos de la posición dominante y concentraciones.

La aparición normativa de los programas clemencia en la Legislación Salvadoreña, como instrumento a utilizarse para la prevención o combate de los carteles, o acuerdos entre agentes económicos que participan en el mismo mercado, justifica la elaboración de esta tesis, ya que la labor no será una simple descripción de dicho instrumento en la Ley positiva y de las formas como está regulado en otros países, sino que será nuestro objetivo general, analizar, a través de una actitud crítica, si los resultados obtenidos en la implementación de los programas de clemencia, como instrumento legal para la prevención y combate a las prácticas anticompetitivas, son eficaces

En concordancia con lo anterior, el problema de esta investigación es, si se ha implementado esta herramienta ¿Cuál es la eficacia de los programas de clemencia en El Salvador en la prevención y combate de prácticas anticompetitivas? dado que, no obstante, su regulación se ha venido suscitando las prácticas anticompetitivas, incluso, hasta se han emitido resoluciones donde la Superintendencia de Competencia ha declarado la existencia de dichas prácticas.

El método inductivo ha sido propicio para realizar un análisis normativo de los programas de clemencia, de la información que ha proporcionado la Superintendencia de Competencia y de la doctrina que gira en torno a estos programas, abarcando con esto los objetivos de la presente investigación.

En ese orden de ideas, el presente trabajo se justifica por el grave perjuicio que ocasionan los carteles en la sociedad, en el mercado y en específico, el consumidor, y los programas de clemencia vienen siendo una herramienta novedosa en la identificación y sanción de los carteles, especialmente porque la detección de los acuerdos entre competidores es una misión muy difícil de conseguir, dada su naturaleza secreta.

A partir del referido problema de investigación, cada capítulo abordará aspectos parciales que contribuirán a esclarecer el tema de estudio, iniciando el Capítulo I con el tema "Constitución económica y derecho de competencia", el cual sentara las bases de la idea de mercado, libertad económica y sus limitaciones que devienen desde la Constitución y las leyes, que es sobre lo cual descansa del derecho de competencia.

Avanzando de lo general a lo particular, en el segundo capítulo, denominado "De las prácticas anticompetitivas y lo carteles", se realiza un análisis de cada una de las categorías de dichas prácticas, verbigracia acuerdos entre competidores, acuerdos entre no competidores, abuso de la posición dominante y de las concentraciones, y especialmente, los supuestos de cada una de dichas categorías que sanciona el legislador administrativo, terminando con el abordaje de los carteles, los elementos que deben concurrir para que se configure un cartel, tipología de los mismos y especialmente, las circunstancias que favorecen de la aparición de los carteles económicos.

Determinado lo anterior, en el tercer capítulo denominado: "De las sanciones y del Procedimiento Administrativo Sancionador ante la Superintendencia de Competencia", se establecerá con claridad, a través del análisis de la Ley de Competencia, su reglamento y la Ley de Procedimientos Administrativos, el procedimiento administrativo sancionador en los casos de

las prácticas anticompetitivas, identificando cada una de sus etapas y circunstancias que se puede suscitar.

Finalmente, en el capítulo IV "Casuística de los Programas de Clemencia en El Salvador y su eficacia en la defensa del mercado ", se expone el origen e historia de estos programas, se delimita la definición de los programas de clemencia, se presenta la regulación normativa de los mismos en El Salvador, indicando desde cuando constituyen una herramienta en la prevención y combate de las prácticas anticompetitivas entre competidores, para identificar que en nuestro país no solamente no se ha aplicado ningún programa de clemencia, es que nunca nadie lo ha solicitado, delimitando las razones por las cuales pudiera ser que no obstante a más de trece años de vigencia y no ha sido operante esta herramienta.

También, se presentan cuatro conclusiones que se sustentan en el contenido del trabajo de investigación y conectadas con los objetivos específicos trazados en el anteproyecto de investigación, las cuales se resumen en el sentido de que no se pudieron analizar las causas de la aplicación de los programas de clemencia, en que práctica anticompetitiva se aplicaron más dichos programas, tampoco la etapa o fase del procedimiento sancionador que fuere más conveniente otorgarlo, por cuanto no se solicitó y muchos menos se aplicó en el periodo investigado, ningún programa de clemencia, lo que vuelve dicha figura ineficaz.

Por último, se relacionan en detalle las diferentes fuentes bibliográficas que sirvieron de base para el proyecto de investigación, entre estos, libros, legislación, sentencias y resoluciones, y páginas web.

CAPÍTULO I

CONSTITUCION ECONOMICA Y DERECHO DE COMPETENCIA

1.1 Las necesidades del individuo y su satisfacción

Los seres humanos normalmente viven con los de su misma especie, colectivamente, ello en virtud de la imposibilidad de satisfacer todas sus necesidades en forma individual. El hombre vive en sociedad para mejorar su bienestar intelectual, espiritual, moral, económico, etc. La propia naturaleza humana hace que luche por mejorar su nivel de satisfacción, que busque la mejora de su bienestar.

De todas esas áreas de mejora que busca el ser humano, reviste particular importancia para el presente caso, la del bienestar económico.

En El Salvador, el artículo 2 de la Constitución, reconoce que todas las personas tienen derecho, entre otras cosas, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Derechos que pudieran llevarle a lograr ese grado de satisfacción que se busca.

Lo derechos antes indicados, son *“derechos individuales, derechos del hombre, garantías individuales o garantías fundamentales de la persona, son barreras establecidas en la Constitución a la acción del poder público a favor de los gobernados. O, mejor dicho, es la parte de la soberanía que cada uno de los hombres se reservó para sí y por consiguiente no delegó a las autoridades al concurrir por medio de sus representantes a formar la Constitución”*¹.

“El propósito jurídico-político de tales derechos es, pues, garantizar contra toda intervención arbitraria del Estado, un mínimo de libertad a la persona, concebida esta libertad, no sólo como una potestad psicológica de elegir, sino como una actividad externa que debe ser no sólo permitida, sino también protegida y tutelada por el Estado,

¹ Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas y diez minutos del día tres de septiembre de mil novecientos noventa, con referencia 3-88.

para que la persona se realice. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, los llamados derechos del hombre, se nos presentan como limitaciones a la actividad del Estado, y establecen una relación jurídica hombre-Estado, en la cual el primero, en su carácter de gobernado, es el sujeto activo de la misma, siendo el sujeto pasivo el Estado, y concretamente, sus autoridades y funcionarios. Esos derechos, ocupan el primer lugar en la escala de valores del régimen jurídico del mundo occidental, y en lo que se refiere al nuestro, no obedece a una casualidad el que en nuestra Constitución se reconozcan, a partir del artículo 2, inmediatamente después de los fines del Estado”².

Volviendo al bienestar económico, este involucra la capacidad de las personas de consumir más y mejores bienes y servicios. El bienestar no involucra únicamente la posibilidad de consumir bienes y servicios, verbigracia comida, casas, vehículos etc., sino la posibilidad de consumir mejor comida con contenidos nutricionales más altos, que preserven mejor la salud; mejores casas, más grandes; mejores vehículos, más bonitos, que contaminen menos etc.

En general, uno de los objetivos principales de vivir en sociedad es resolver los problemas económicos fundamentales, verbigracia ¿qué producir?, ¿cuánto producir? ¿cómo producir? y ¿para quién producir?

Ahora bien, en la búsqueda de su bienestar económico el ser humano demandará aquellos bienes y servicios que contribuyan a satisfacer sus necesidades. Por ello, la sociedad deberá producir aquellos bienes que las personas requieran, los que contribuirán a elevar el nivel de bienestar de la misma.

Todas las personas y la sociedad en general sienten necesidades, aflicciones que le hacen sentir mal física o psicológicamente y para lo cual necesitan de bienes o servicios que contribuyan a hacer desaparecer esa aflicción. Los bienes y servicios utilizados por las personas para satisfacer una necesidad se llaman satisfactores.

² Ibid.

Las necesidades económicas individuales tendrán un diferente grado de intensidad dependiendo de la importancia que para el sujeto de afección tenga la misma. Dentro de las principales necesidades individuales están: La alimentación, la vivienda, la vestimenta, la educación, la recreación, etc. Obviamente la de mayor intensidad será la alimentación, debido a que la misma es al mismo tiempo una necesidad de tipo fisiológico y que debe satisfacerse para que el individuo siga subsistiendo.

Las otras necesidades planteadas son muy importantes, sin embargo, en la mayor parte de las veces, su satisfacción está fuertemente influenciada por factores sociales. Por ejemplo: la vestimenta puede contribuir a proteger al individuo de las inclemencias del tiempo, sin embargo, las características de la vestimenta la mayor parte de las veces son impuestas por la sociedad, como ejemplo: el uso del traje de baño en la playa; el uso de corbata en los puestos de trabajo, etc.

Otro ejemplo de la influencia de la sociedad en la formación de necesidades del individuo es la educación. La mayor parte de las personas deben educarse, en el esquema social que vivimos, para ser competitivos en el mercado laboral; la educación es una necesidad exigida por la sociedad, que es internalizada por el individuo en su contexto social.

Existen algunos estados de desequilibrio social que deben ser atendidos para que la colectividad funcione apropiadamente, siempre en la búsqueda del bienestar de los individuos. A estos estados de desequilibrio se les llaman necesidades sociales, entre las cuales pueden mencionarse: La educación, la seguridad y justicia, la salud etc.

La educación es indispensable para la sociedad porque la única forma de contribuir eficientemente al bienestar económico, es elevando sistemáticamente la capacidad productiva de sus individuos. Además, la educación se hace indispensable cuando resulta necesaria la transmisión de conocimientos de una generación a otra, con el fin de preservar las experiencias aprendidas por las generaciones anteriores.

La necesidad de seguridad y justicia es fácilmente perceptible en el mundo que vivimos, debido a que el individuo necesita sentirse seguro por su vida, para disfrutar de los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades.

La necesidad de la salud es importante, cuando se está enfermo el ciudadano no se puede desarrollar plenamente, especialmente en el campo económico, constituye un impedimento físico que constituye una barrera para realizar la actividad laboral.

La importancia de lo antes acotado es identificar la vinculación concreta que existe entre la satisfacción de las necesidades individuales y sociales, de tal forma que no deben considerarse separadas unas de las otras.

Ahora bien, los bienes y servicios que necesitan las personas y la sociedad para satisfacer sus necesidades, en la mayoría de las veces, no se encuentran libres en la naturaleza, deben producirse, a partir de lo que existe en la misma.

Lamentablemente, las necesidades de la población son muchas, por lo tanto, los requerimientos de satisfactores son muy grandes, mientras que los recursos naturales y la capacidad de producir de la sociedad son limitados o escasos. Por ello, la sociedad se enfrenta a una decisión económica, hacer el uso más racional de los recursos escasos disponibles para atender las necesidades ilimitadas de la población.

1.2 El proceso económico

La sociedad debe producir los bienes satisfactores por medio de un proceso de producción y para ello utilizará con eficiencia los recursos productivos escasos con que cuenta. Este proceso es el conjunto de tareas continuas que se llevan a cabo en la economía, y cuyo objetivo es la producción de bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

El proceso económico está constituido básicamente por cuatro **fases** o **etapas** denominadas: Producción, distribución, comercialización y consumo.

La primera fase del proceso económico, la de producción, es donde, luego de haberse identificado los productos que la sociedad necesita, combina los factores productivos necesarios para alcanzarlos. La identificación inicial de los productos que la sociedad requiere de acuerdo a la intensidad de los deseos de sus habitantes, establece el que se debe producir.

La fase de producción tiene dos componentes, uno técnico que se refiere a lograr los mejores productos, con la combinación de características técnicas más apropiada, utilizando el nivel de tecnología más adecuado. El segundo es el componente económico, que se refiere a la combinación de recursos que resulte más barata, la que utilice los recursos en una forma más eficiente, produciendo la mayor cantidad con el menor uso de recursos. En la fase de producción se establece el cómo se debe producir.

El resultado de la fase de producción, es el conjunto de bienes y servicios que serán destinados a la sociedad para la satisfacción de sus necesidades.

En la segunda fase del proceso económico, la de distribución, normalmente las empresas producen una gran cantidad de bienes y servicios que son destinadas al mercado. La empresa puede decidir el traslado de dichos bienes y servicios en forma directa, es decir realizar ventas al menudeo, directamente con el consumidor final, o puede decidir realizarlas con comerciantes mayoristas, los cuales se encargan posteriormente del traslado al mercado.

Si la empresa decide realizarla a comerciantes mayoristas, concede un descuento, el cual será una especie de pago por el anticipo de los recursos, por el tiempo que ahorra al no llevar directamente los productos al mercado. La ganancia de los comerciantes mayoristas será el descuento recibido. El descuento que la empresa concede a los mayoristas permite que, al tener ingresos más rápido, recupera la inversión inicial en forma acelerada y puede reiniciar más rápido el proceso de producción, es decir existe una reproducción acelerada del capital y de la fase de producción.

La tercera fase del proceso económico, la de comercialización, constituye básicamente poner en venta el bien o servicio.

La última fase, de consumo, consiste en que el objetivo final del proceso económico es darle a la sociedad los bienes y servicios necesarios para satisfacer sus necesidades, lo cual es llevado a cabo en la fase de consumo. En la fase de consumo se responde al problema fundamental de para quien producir, el cual, en una economía de mercado, corresponde a los agentes económicos que tengan capacidad de compra.

El consumo es cuando utilizamos los bienes o servicios para satisfacer necesidades o deseos.

1.3 Los agentes económicos.

Todos los habitantes de la sociedad toman decisiones económicas, para mejorar sus remuneraciones, para mejorar su consumo y consecuentemente su bienestar. En esa acción económica, las personas de la sociedad reciben el nombre de Agentes Económicos.

Los principales agentes económicos de la sociedad son: **Los consumidores o familias:** son la razón de ser del proceso económico, ya que de las necesidades de éstos dependerá la dirección de la producción. **Las empresas:** son los encargados de identificar las necesidades de la sociedad y decidir cuáles son los bienes y servicios que deben ser producidos.

Estos dos agentes son indispensables para el funcionamiento de la sociedad en una economía de mercado, no es posible que exista el proceso económico, si uno de estos dos no participa.

El Gobierno: Se refiere a las autoridades centrales de un país y que tienen el papel económico de direccionar el funcionamiento de la sociedad, de acuerdo a las directrices que la misma le ha otorgado en su Constitución.

El Sector Externo: corresponde a las empresas, consumidores o gobiernos de otras sociedades y con los que se tienen relaciones. Los países necesitan tener relaciones con otros países o sociedades, debido a la incapacidad que tiene cada país

de ser eficiente en la producción de todos los bienes y servicios que se requieren para el consumo.

1.4 El mercado

Los mercados son lugares donde se concentran, por un lado, los agentes económicos que ofrecen productos, que en ocasiones son lo que se encargan de producir, distribuir, comercializar bienes, o solo comercializar, o bien, prestar servicios que se intercambian en el mercado, a cambio de dinero y, por otro, consumidores o compradores que aportan su dinero para conseguir esos bienes y servicios. Existe, por tanto, una oferta y una demanda, binomio importante en el mercado. Lo que se paga, es el precio.

Existen diversos tipos de mercados, que van desde las plazas públicas de los pueblos -donde se compran o intercambian bienes-, ferias locales y hasta bolsas de valores, en el que se compran y venden acciones de sociedades y otros valores.

Incluso, dentro de la figura de los mercados puede considerarse los lugares de encuentro donde converge ofertas y demandas de operaciones ilegales y clandestinas, como el tráfico de drogas, prostitución, tráfico de niños, tráfico de órganos vitales, etcétera, que son los denominados mercados negros.

“Los mercados pueden ser locales, regionales, nacionales e internacionales en cuanto a su alcance y no necesariamente exigen que compradores y vendedores tengan que comunicarse o conocerse unos con otros”³. También se pueden clasificar los mercados en espacios físicos o lugares donde se intercambian los productos, que existe un contacto o intermediación entre vendedor y comprador, y también existen los mercados virtuales, que pueden ser plataformas o lugares en la internet donde se pueden hacer compras, en esta no existe necesariamente esa intermediación que, si se da en los espacios físicos, entre vendedor y comprador.

³ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

Todas las operaciones que se realizan en los mercados, en muchas ocasiones innumerables, que pueden ser al crédito o al contado, alimentan la circulación económica de bienes y servicios en cada país, que conforman un mercado nacional. A los intercambios y los movimientos financieros con otros países constituyen los mercados internacionales, cuya totalidad, se denomina el mercado mundial.

La economía de mercado funciona poniendo toda clase de productos al alcance de todos aquellos que lo solicitan. Nadie produce para sí mismo todo aquello que necesita; cada quien se dedica y especializa para una actividad o dos y así vende el producto de su especialización en el mercado, del cual obtiene dinero y con éste compra los demás bienes que necesita y que son producidos por otras personas.

Las incontables decisiones de personas naturales y jurídicas que se entrelazan y confrontan, generan en el mercado constantes variaciones en las existencias de los bienes, servicios y en los precios, que pueden llevar a generar excedentes o escaseces en su caso, lo cual lleva a causar cambios en las decisiones de dichos agentes. Es por ello que, los precios no obedecen a la voluntad de un ente superior, sino que resulta del juego de esas innumerables actuaciones individuales.

Teóricamente en un mercado de competencia perfecta, los autores no pueden influir individualmente sobre cantidades o precios y es que se entiende que todos están informados de cuanto se ofrece o se demanda, a precios también conocidos. Bajo esa idea, cada comprador puede elegir lo que más le conviene y al mejor precio disponible. Por eso es que, si el mercado le permite elegir, el consumidor es su autor principal.

Esas situaciones en un mercado de competencia perfecta generan como consecuencia que el comprador obtenga el mejor precio, porque la competencia entre los vendedores los obliga a vender el producto lo más barato posible para vender más que sus competidores. Otra consecuencia es que se orienta la producción más racional de bienes, indicándoles a los productores cuales son los bienes y en que cantidades son demandados en el mercado.

Esto último genera eficacia en la producción de los bienes requeridos en el

mercado, se evita la producción de bienes innecesarios y encausa a los productores a determinar que bienes son los más demandados y en qué proporción, para generar mayores rendimientos económicos

Ahora bien, en la realidad la perfección de los mercados no se configura, al contrario, es imperfecto en alguna medida. El comprador en el mercado es inusual que pueda elegir correctamente, por ciertas razones, primero, no conoce a los vendedores, tampoco conoce sobre los productos modernos, especialmente los tecnológicos que son complejos, esto último lleva a que se acepte lo que se afirma sobre las virtudes del producto o la impresión que deja la presentación del artículo.

Existe otro motivo que permite la elección de un producto y son las técnicas publicitarias, diseñadas por especialistas que buscan la mayor venta del producto sin considerar los beneficios al comprador. El consumidor como autor principal del mercado, acepta todas las condiciones, cediendo al consumo de productos que por la habilidosa publicidad, generan en su psiquis una necesidad inexistente.

Incluso los vendedores no tienen la información completa de cuál es la demanda en el mercado. La realidad indica que en ocasiones un producto que se pone en el mercado, genera ganancias, en otro genera pérdidas, los vendedores no tienen espacios físicos adecuados o virtuales para generar atracción para sus productos o la forma de publicitarse en los diferentes medios no es la adecuada. En definitiva, existe falta de transparencia en el mercado lo que obstaculiza la determinación en qué invertir.

Los agentes económicos (oferentes) compiten en el mercado dedicados a la misma actividad, la lógica comercial es que todos compitan cumpliendo las normas previamente establecidas en el ordenamiento jurídico, con el fin de que se genere una libre competencia, sin preferencia o protección a determinado agente económico.

La libertad económica, en los mercados tiene una connotación y *“se encuentra en relación directa con el proceso económico que vive un país; desde ahí que son tres las grandes etapas de manifestación: la primera, referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; segunda, la*

distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y la tercera, el consumo o uso, utilización y aprovechamiento de esos bienes o servicios"⁴.

También se dice que *"la libertad económica manifestada en estas etapas, construye una gran red de personas partícipes en el proceso económico, dentro del cual los productores satisfacen las necesidades económicas de los consumidores y éstos retribuyen tal satisfacción de necesidades, lográndose así un círculo que se completa con la producción, comercialización y consumo de lo producido. Cuando todo este proceso opera sin estorbos, sin más regulaciones que las necesarias para garantizar la libre elección de la iniciativa privada y lograr así los fines y metas del Estado, se dice que existe "libertad económica"*"⁵.

Como ya se indicó, en el mercado participan diferentes actores, quienes son los que intercambian los bienes y servicios, por un lado, el comprador que son aquellos que adquieren definitivamente los bienes y servicios que se encuentran a disposición de todos los compradores en el mercado y que le sirve para la satisfacción de una necesidad. En el mercado, estos constituyen la demanda. Y, por otro lado, los vendedores, oferentes o agentes económicos, que se encargan de la producción, distribución y comercialización del bien o servicio que se encuentran en el mercado. Ellos constituyen la oferta.

En materia económica, estos vendedores, oferentes o agentes económicos realizan una competencia la cual se traduce en una disputa entre ellos por la superioridad en el mercado o de un sector del mercado que implica ganar la mayor cantidad de clientes. Estos competidores, normalmente son empresas.

La competencia, según la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se entiende como *"un proceso en el que intervienen una multiplicidad de agentes que actúan como rivales entre si (actúan de forma independiente*

⁴ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas del día veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve, en el proceso con referencia 2-92.

⁵ Ibid.

y no poniéndose de acuerdo entre ellos) y en donde la rivalidad tiene un papel de trascendental importancia para el desarrollo y mantenimiento del mercado en cuestión (deben conocerse las oportunidades de negocios y darse cabida a la libertad de poner en práctica dicho conocimiento)”⁶

Dicha Sala también definió lo que son los competidores, sosteniendo que *“son las empresas capacitadas para ganar o perder una parte sustancial de clientes unas respecto de las otras, ateniendo al hecho que todas ellas ofrecen bienes similares y sus actividades se dirigen a un mismo sector de la población”⁷.*

La Superintendencia de Competencia sostuvo que es reconocido en materia de competencia que se consideran como competidores *“todos aquellos agentes económicos en un mercado si están en la capacidad de producir o vender el producto dentro de un periodo corto de tiempo y con una mínima inversión”⁸.*

También la Superintendencia aclaró que, *“para ser competidor, no es necesario una participación activa porque de acuerdo al derecho de competencia, un competidor es todo aquel agente económico que participa o pretende participar o ingresar en un mercado en particular; por ello para que un agente económico sea considerado por el derecho de competencia como competidor, no es necesario que tenga participación activa dentro del mercado relevante al momento del análisis de la práctica”⁹.*

La Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto de la figura del competidor, aclaró que *“tiene dos dimensiones: competidor efectivo y competidor potencial. Sobre el primero se piensa como competidor a una empresa ya establecida en el mercado y que ofrece la misma naturaleza de bienes y servicios...una empresa es un competidor*

⁶ Sentencia de las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia 450-2007.

⁷ Ibid.

⁸ Resolución de trámite de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, emitida en el proceso SC-009-O/PA/R/-2007 – Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador S.A de C.V; Distribuidora Eléctrica del Sur S.A de C.V; y AES-CLESA y Compañía S.A. de C.V.

⁹ Resolución de trámite de las diez horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en el proceso con referencia SC-008-O/PA/R-2007, Distribuidora Eléctrica del Sur S.A de C.V.

*potencial si existe pruebas de que esta sería capaz de realizar las inversiones necesarias para entrar en el mercado y actuar efectivamente*¹⁰.

En definitiva, los competidores potenciales son aquellos que no han logrado entrar al mercado, en cambio, el competidor efectivo, son aquellos que ya están interactuando en el mercado.

Ahora bien, la importancia de la competencia entre los competidores es que se traduce en beneficios favorables a los consumidores. Los competidores obtienen su margen de ganancia que les permite invertir para seguir produciendo en un ambiente de igualdad de condiciones, lo que puede llevarlos a buscar la innovación, el aumento de la producción y la búsqueda de la mejora de los productos.

La Sala de lo Constitucional sobre la competencia ha sostenido que es “*conocido el fenómeno de que la libre competencia produce como consecuencia el estímulo, el afán de superación, y el mejoramiento por parte de los sujetos que compiten. Y fundamentalmente es conocido también que por la competencia los precios bajan y se intensifica la actividad económica nacional y particular*”¹¹.

El problema se presenta cuando uno o varios competidores irrespetan las normas que rigen la libre competencia, realizando comportamientos ilegales que al final buscan limitar, desplazar o eliminar la competencia en el mercado; situaciones que afectan el desarrollo económico, al consumidor y a toda la sociedad misma. Esos comportamientos ilegales pueden constituir las identificadas prácticas anticompetitivas, que comprenden acuerdos entre competidores, abusos de la posición dominante y concentraciones.

1.5 Constitución Económica

La Constitución de El Salvador es un conjunto de normas jurídicas fundamentales, con características propias, que tiene una connotación jerárquica superior que la

¹⁰ Sentencia de las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia 450-2007.

¹¹ Sentencia de las quince horas del día veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el proceso con referencia 8-87.

distingue de todo el ordenamiento jurídico. En esta se reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, así como los derechos fundamentales derivados de esa condición, establece su estructura de gobierno y especialmente, marca en todos los aspectos, como se dirigirá el país, incluso en materia económica.

La Constitución¹² *“es la expresión de los cánones ético-jurídicos sobre los cuales la comunidad, a partir del pluralismo, ha logrado encontrar un cierto grado de consenso, hasta el punto de incorporarlos en el documento normativo rector de la organización y funcionamiento del Estado. En la Constitución reside la capacidad para convocar la adhesión de los miembros de la Comunidad, como supuesto básico y elemento esencial del Estado y de su existencia, de modo que ella cumple una función integradora de la unidad política de acción estatal”*¹³.

La Constitución *“proporciona el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, lo cual se conoce como contenido económico de la Constitución. Tales preceptos tienen por objeto regular, v. gr., la propiedad privada, la expropiación, planificación, potestades legislativas y ejecutivas, la libertad económica y en general, el conjunto de actividades que conforman el ámbito dentro del cual ha de desarrollarse la vida económica del país”*¹⁴.

“La Constitución no contiene ninguna norma expresa que defina un determinado sistema económico. Sin embargo, la ideología de libertad que inspira y da contenido a la misma obliga a sostener que, en materia económica, debe existir un espacio suficiente de libertad para la actividad privada, que quede exento de intervencionismo y dirigismo estatales. Las medidas ordenadoras de la actividad económica han de ser suficientemente razonables y moderadas, fundadas en claros fines de bienestar general,

¹² Fue aprobada mediante Decreto 38, de fecha quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicada en el Diario Oficial número 234, Tomo 281 del dieciséis de diciembre del mismo año.

¹³ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las doce horas con tres minutos del día veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 96-2014.

¹⁴ Sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las diez horas y cuarenta minutos del día ocho de noviembre de dos mil cuatro, con el proceso con referencia 2-2002.

*y orientadas por el llamado "principio de subsidiaridad", según el cual el Estado debe ayudarlos, pero no destruirlos o absorberlos. Este principio sostiene la necesidad que el Estado no realice aquello que los particulares están en condiciones de hacer para el logro del bien común"*¹⁵.

Se ha dicho que *"El Salvador cuenta con una Constitución construida en forma económica, y el punto de partida para considerar que ello es así se encuentra en los arts. 2, 102 y 103 de la Constitución, en los que se reconoce el derecho a la propiedad privada, no en forma absoluta, ya que, si es necesario, el Estado puede intervenir los bienes de los particulares, con el objetivo que estos sirvan para la utilidad pública o para un interés social"*¹⁶.

Hay que recalcar *"con énfasis que una presencia estatal razonable para la gestoría de la política y de la actividad económica es requerida por la Constitución... la libertad económica, como manifestación del derecho general de libertad, se encuentra garantizada por la Constitución, en el sentido que no puede ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular; y, en caso de intentarse su vulneración, deben ponerse en marcha los mecanismos de protección de tal manifestación de la libertad. Sin embargo, muchas veces, se incurre en el error de confundir libertad económica con la licencia y el desenfreno y creer que únicamente existe un derecho general de libertad, en donde la iniciativa privada puede ser absoluta e ilimitada, cuando lo cierto es que el derecho de libertad económica de cada uno, en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás y con el interés y el bienestar de la comunidad"*¹⁷.

"La igualdad de oportunidades –que es parte de la igualdad constitucional– y la distribución razonablemente igualitaria de la libertad permiten inferir que el mercado

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Romagoza de López Beltrán, Rosa Margarita: Manual de Derecho de Competencia, Universidad Dr. José Matías Delgado, año 2010, página 36.

¹⁷ Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas del día trece de diciembre de dos mil cinco, en el proceso con referencia 8-2004.

irrestringido y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugnan valores como la justicia, la igualdad, el bienestar general, y la misma libertad, que no queda en disponibilidad real de acceso para todos cuando una libertad económica sin limitaciones engendra marginalidad, desempleo, y condiciones indecorosas de vida para muchos sectores de la sociedad. La Constitución salvadoreña retoma tales conceptos en el art. 102 Cn., en el cual el concepto de interés social o público, hace referencia a la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos”¹⁸.

Ahora bien, “uno de los derechos de carácter económico o patrimonial que el constitucionalismo moderno o clásico ha protegido con más intensidad es el derecho de propiedad. Sin embargo, la Constitución no define la propiedad privada y no existe, por consiguiente, un concepto constitucional de propiedad. Sin embargo, haciendo un esfuerzo de interpretación y de conceptualización, esta Sala entiende que el término "propiedad" empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que la persona humana puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad”¹⁹.

Por otra parte, “la identificación del contenido de este derecho suscita tantas dificultades como la fijación su concepto. Se trata en realidad de problemas superpuestos, y en el fondo, idénticos, porque ese núcleo irreductible de prerrogativas del propietario presupone un concepto de propiedad que la Constitución no proporciona, y que, por consiguiente, sólo puede proceder de la dogmática jurídica. Lo que sí es claro es que, con referencia a la propiedad, su contenido esencial no puede contraponerse a su función social; la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Sentencia de Inconstitucionalidad, proceso con referencia 8-2004.

*que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo*²⁰.

Al respecto, cabe aclarar que la función social de la propiedad consiste en la asignación potencial de servicios para la colectividad a cargo del dueño de la misma. De acuerdo con la naturaleza del dominio, así se concreta esa función social, que siempre persigue una productividad o una utilización mayor de los bienes para que redunden en beneficio general. Así por ejemplo, cuando se concreta sobre la propiedad rural, persigue una mayor oportunidad para la mano de obra y la obtención de mayores o mejores cosechas; cuando considera la industria, tiende también a lograr mejores oportunidades para el mercado laboral y para la elaboración de productos; y cuando del comercio es el caso, se persigue la intensificación de las actividades y la moderación en las utilidades, con fines económicos de mayor consumo interno o de mayor posibilidad de exportación.

*“Desde una perspectiva moderna, cuando se habla de la función social de la propiedad se aspira a una coordinación permanente de todas las manifestaciones del dominio con capacidad para repercutir en el abastecimiento general o en prestaciones de otro carácter, pero que redunden igualmente en beneficio de la colectividad; y en especial de aquellos que carecen precisamente de medios económicos similares a la propiedad de la que se requiere ese servicio social”*²¹.

“El artículo 110 Constitucional que autoriza dentro de límites precisos, determinados monopolios a favor del Estado y del municipio, funciona sólo y nada más, como una excepción al principio de la libertad empresarial o libertad de competencia, y no como limitación constitucional a ningún otro derecho fundamental, por lo que cualquier otra libertad distinta de la empresarial, que se restrinja so pretexto de autorizar un monopolio, debe ser protegida y por consiguiente, la ley que la establece deviene inconstitucional. O, dicho de otra manera, la circunstancia de que un monopolio sea o no constitucional, no afecta ni incide en el estudio de la constitucionalidad de limitaciones o

²⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad, proceso con referencia 8-2004.

²¹ Sentencia de Inconstitucionalidad, proceso con referencia 8-2004.

*regulaciones impuestas a la libertad de disponer de los bienes y a la libertad de contratar, pues en todo caso, el monopolio como autorización, sólo legítimas limitaciones a la libertad de trabajo en materia económica, o libre concurrencia o libertad empresarial*²².

1.6 Generalidades del derecho de competencia

Frente a las distorsiones que se pueden suscitar en el mercado, es que surge el derecho de competencia.

Hay autores que afirman que existe evidencia que desde el derecho romano había prohibiciones a los monopolios²³, otros sostienen que el derecho de la competencia surge en los albores de la Edad Media, en el que la economía europea se caracterizaba por el dirigismo y el monopolio²⁴.

Otros por el contrario afirman que la proclamación de la libertad de la industria y comercio, la eliminación del sistema gremial y corporativo, la proclamación o Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano generada por la revolución francesa y la revolución industrial significó el comienzo del derecho de la competencia²⁵.

*“La primera Ley de Competencia económica fue promulgada en Canadá, en 1889, pero esta solo sancionaba las prácticas colusorias, dejando fuera el resto de los problemas del derecho de competencia”*²⁶.

“El verdadero derecho de competencia, como rama del derecho, surge en los Estados Unidos de Norte América el día 2 de julio de 1890, con la publicación de la

²² Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas y diez minutos del día tres de septiembre de mil novecientos noventa, con referencia 3-88.

²³ Miranda Londoño, Alfonso: “Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolio en los Estados Unidos de Norteamérica”, Revista de Derecho de la Competencia, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III, colección seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, reimpresión, Bogotá, 2002, pp 1-25.

²⁴ Pérez Bustamante, Rogelio: “Fundamentos históricos y jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España”, en Cohen, Simón y Ortiz Blanco, Luis (coord): Derecho de la Competencia Europeo y Español, Dykinson, Madrid, Vol. XI, 1999, pp 1-29.

²⁵ Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: “Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), México, 2015, pp 1-2.

²⁶ Vid. Zullita Fellini, Gadulfo y Pérez Miranda, Rafael: “El derecho frente a los monopolios”. Estudios de derecho económico IV, 1 reimpresión, Universidad Autónoma de México, México D.F, núm. 11, 1983, pp. 65-121.

Sherman Act, dado que previamente comenzaron a surgir conductas anticompetitivas, acuerdos económicos (corporate trusts), carteles de precios (pooling arrangements) etc.; que operaban en Estados Unidos, permitiendo a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados. Una manifestación clara de esas distorsiones generadas en el mercado fue la Standard oil²⁷.

Esos acontecimientos históricos han sido mencionados en la jurisprudencia salvadoreña, al indicar que “los gobiernos de los países que mantienen el sistema de libre empresa, están preocupados por mantener, es precisamente eso, la libre empresa, la libre competencia, la libre concurrencia al mercado. Esta preocupación ha dado lugar a amplia legislación en países como los Estados Unidos de América, donde desde el siglo pasado en virtud de la llamada Ley Sherman Act. se empezaron a prohibir ciertas prácticas que eran prácticas monopolísticas, para permitir la libre concurrencia de todos los productos al mercado y a la producción”²⁸.

1.7 Definición del derecho de competencia

En una primera aproximación, el derecho de competencia puede definirse como el conjunto de normas y principios públicos que regulan la libertad de los competidores para llevar a cabo la producción y venta de productos, pero de forma leal dentro de un mercado determinado.

El derecho de competencia es una rama muy particular²⁹, la cual es definida como “el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia, y la lucha entre competidores se desenvuelva con lealtad y corrección”³⁰.

²⁷ Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: “Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), México, 2015, pp 2-3.

²⁸ Sentencia de las quince horas del día veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el proceso con referencia 8-87.

²⁹ Sentencia emitida a las quince horas con cinco minutos del quince de octubre de dos mil diecinueve, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 487-2016.

³⁰ Baylos Carroza, Hermenegildo: Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Derecho de la competencia desleal”, Madrid, 1993, pág. 252.

Del concepto anterior se pueden indicar algunos elementos, el primero es el mercado, lugar donde intervienen quienes ofrecen bienes o servicios y quienes necesitan y requieren de los mismos, siendo los primeros los agentes económicos y los segundos los consumidores o usuarios. Es importante que exista libertad en dicho mercado, es decir, que los que participan puedan proceder sin otros condicionamientos que no sean los propios de la competencia.

Un segundo elemento, es que ese mercado existe en la medida en que se constatan contraprestaciones económicas, las que se generan en el marco de intercambios comerciales.

Un tercer elemento, es que el mercado existe dentro de un área geográfica, la que puede ser nacional o internacional, en donde se han establecido reglas de actuaciones. Dichas reglas que puede ser acordadas por el Estado, el derecho internacional etc., expresan los derechos y obligaciones de los intervinientes en el tráfico.

Por último, los intervinientes en el mercado que son los competidores, en su doble faceta, que pueden actuar como agentes económicos o como consumidores; el público, normalmente son los consumidores propiamente tales; y el Estado, que puede participar como agente económico, como consumidor, o como, el que establece las reglas de comportamiento, y árbitro de los conflictos que en ocasiones surgen en las relaciones comerciales.

La Superintendencia de Competencia, que tiene la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, estableció que *“el derecho de competencia tiene por objeto promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la eliminación de prácticas anticompetitivas que limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado o mercados de cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. El derecho de competencia*

*pues, se refiere al mercado o mercados en general y aborda las prácticas que como tal puedan afectarlo*³¹.

1.8 Abordaje Extranjero del derecho de competencia.

1.8.1 En Estados Unidos de América.

En Estados Unidos, las leyes federales antimonopólicas que prohíben las prácticas comerciales que limitan o coartan a los consumidores de los beneficios de la existencia de una competencia, son tres: La ley antimonopólica Sherman, La Ley Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio.

La primera Ley antimonopólica o antitrust, conocida como Sherman Act, fue presentada por el senador John Sherman, del Estado de Ohio, la cual fue aprobada en 1890 a partir de las prácticas en la época consideradas lesivas a la competencia consumadas por la compañía Standart Oil, la cual controlaba todo el negocio del petróleo, desde la producción, el transporte, la comercialización, la refinería hasta la venta final de producto.

*“Esta Ley declara ilegal todo contrato, combinación y conspiración que limite irrazonablemente el comercio interestatal y extranjero. Esto incluye acuerdos entre competidores para fijar precios, arreglar licitaciones y repartirse clientes, los cuales son punibles como delitos mayores. La Ley Sherman también convierte en delito monopolizar cualquier parte del comercio interestatal. Existe un monopolio ilegal cuando una empresa controla el mercado de un producto o servicio, y ha obtenido dicho poder de mercado no porque su producto o servicio sea superior a los demás, sino porque suprimió la competencia con conducta anticompetitiva”*³².

La segunda ley fue la Clayton Act, la cual *“es una ley civil (no conlleva penalidades penales) que se aprobó en 1914 y fue objeto de importantes enmiendas en 1950. La Ley*

³¹ Resolución de tramite emitido por la Superintendencia de Competencia el día diez de noviembre de dos mil once, en el proceso con referencia SC-023-D/PS/R-2011 – Best Celular Sociedad Anónima de Capital Variable y Digicel S.A DE CV.

³² <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted>. Actualizado el 15 de diciembre de 2015.

Clayton prohíbe fusiones o adquisiciones que puedan disminuir la competencia. Bajo la Ley, el gobierno disputa las fusiones que un cuidadoso análisis económico demuestre que probablemente resulten en aumentos de precios para los consumidores. Todas las personas que consideren una fusión o adquisición más allá de un cierto tamaño deben notificar tanto a la División Antimonopolios como la Comisión Federal de Comercio. La Ley también prohíbe otras prácticas comerciales que, bajo ciertas circunstancias, podrían perjudicar a la competencia”³³.

La tercera ley, La Ley de la Comisión Federal de Comercio, emitida en 1914, *“prohíbe los métodos injustos de competencia en el comercio interestatal, pero no conlleva penalidades penales. También creó a la Comisión Federal de Comercio para que vigile las violaciones de la Ley. El Departamento de Justicia también suele utilizar otras leyes para combatir las actividades ilegales, incluidas leyes que prohíben las declaraciones falsas a dependencias federales, perjurio, obstrucción de la justicia, conspiraciones para defraudar a los Estados Unidos y fraude postal y telegráfico. Cada uno de estos delitos conlleva sus propias multas y penas de prisión que pueden ser agregados a las multas y penas de prisión por violaciones de la ley antimonopolios”³⁴.*

“De manera precisa, en cuanto a las prácticas anticompetitivas reguladas por esta legislación antitrust, se encuentran: El abuso de posición dominante o monopolización, los acuerdos restrictivos horizontales, los acuerdos restrictivos verticales y las fusiones y adquisiciones. Tomando como base esta tipología de prácticas, se establecieron dos reglas para evaluar y determinar si son o no consideradas ilegales. La primera de ellas es la “Regla per se”... La segunda es la Regla de la razón”³⁵.

“La primera regla es una forma de analizar los acuerdos anticompetitivos entre competidores, mediante la cual, para tener por demostrada la comisión de este tipo de

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ La efectividad de la política de competencia en El Salvador: Un análisis institucional. Duran Orellana, Jeniffer Yamileth y otros, septiembre 2017. Pág. 51-52.

*prácticas ilícitas, el aplicador únicamente tiene que comprobar la adopción de uno de los acuerdos tipificados en el artículo 25 de la Ley de Competencia*³⁶.

La Sala de lo Contencioso Administrativo también sostuvo en la sentencia emitida el veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, en el proceso con referencia 5-2009, que la regla *per se*, estima que la conducta anticompetitiva tiene un efecto anticompetitivo intrínseco. De ese modo no será necesario examinar si la práctica que provocó en el mercado algún efecto anticompetitivo. La simple consumación de la conducta supone la lesión al bien jurídico y, en consecuencia, deviene en ilícita y sancionable.

Por último, ha sostenido dicha Sala, que *“el fundamento de la aplicación de la regla per se, básicamente, radica en que el legislador no estableció que la Superintendencia de Competencia deba probar los efectos producidos por las infracciones descritas en el artículo 25 de la Ley de Competencia; es decir, basta probar, con diferentes medios, la conducta atribuida a los agentes económicos investigados para ser sancionados*³⁷.

*“La segunda regla, de razón suficiente, al contrario de la Regla per se, sí se deben evaluar los daños que la práctica provocó en el mercado afectado; en este caso, el análisis económico se vuelve, además de imprescindible, riguroso y solamente de llegarse a demostrar que tales efectos provocaron un daño a la competencia es que procede la sanción de dicha conducta*³⁸.

La Superintendencia de Competencia, sobre la regla de la razón, ha sostenido que *“es una forma de análisis de las prácticas anticompetitivas mediante la cual, para tener por demostrada la comisión de ese tipo de conductas ilícitas, deben examinarse*

³⁶ Sentencia emitida a las quince horas un minuto del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 5-2009

³⁷ Sentencia emitida a las quince horas y quince minutos del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 334-2008.

³⁸ Portillo, Jeannette. “Regla per se y regla de la razón en la Ley de Competencia de El Salvador”. <http://blogs.eleconomista.net/competencia/2015/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razon-en-la-ley-de-competencia-de-el-salvador/>.

*las particularidades concretas de cada caso; de tal forma que, para determinar si se trata de una práctica prohibida se evalúen tanto las características como sus efectos*³⁹.

Dicha Superintendencia también sostuvo que, en ese sentido, *“las conductas de los agentes económicos serán consideradas anticompetitivas cuando produzcan o pudiesen producir un daño al funcionamiento transparente del mercado y cuando ello genere un perjuicio real o potencial para otros agentes económicos y los consumidores*⁴⁰.

1.8.2 En la Unión Europea.

También es importante mencionar que el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, celebrado en Roma, el día veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, se reguló en la tercera parte “Política de la Comunidad”, Título I “Normas comunes”, Capítulo I “Normas sobre la competencia”, Sección Primera “Disposiciones aplicables a las empresas”, artículo 85 la prohibición de una serie de comportamientos relacionados con prácticas anticompetitivas, estableciendo los siguiente: *“1. Serán incompatible con el mercado común y quedaran prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y en particular los que consistan en: a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos*

³⁹ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

⁴⁰ Resolución final de las catorce horas y veinte minutos del día cuatro de febrero de dos mil diez, en el proceso SC-034-D/PA/NR-2009 – Distribuidora de Productos Médicos S.A de C.V.

mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”.

El artículo 86 de dicho Tratado estableció: *“Sera incompatible con el mercado común y quedara prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativa; b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.*

Posteriormente, en la versión consolidada de Ámsterdam del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de mil novecientos noventa y siete, las disposiciones antes indicadas se regularon en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴¹.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que deriva del Tratado de Lisboa, se elaboró a partir del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE o Tratado CE). Este tratado de funcionamiento es uno de los dos Tratados primarios de la Unión Europea, el cual desde en el Título VII “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones; Capítulo I “Normas sobre competencia”; Sección primera “Disposiciones aplicables para las empresas”, que va desde el artículo 101 al 109, reproducen los 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, sosteniendo en el artículo 101 que: Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que

⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:11997E/TXT>.

puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Y en el artículo 102 se establece que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Por último, entró en vigencia el Reglamento 1/2003 del Consejo, del dieciséis de diciembre de dos mil dos, donde se regula la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁴².

1.9 La Organización Mundial del Comercio.

La creación de la Organización Mundial del Comercio fue el día uno de enero de mil novecientos noventa y cinco, lo cual significó la mayor reforma del comercio internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial⁴³.

En la Declaración Ministerial de Singapur, realizada el día trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se establece que los ministros se reunieron para la primera reunión bienal ordinaria de la Organización Mundial del Comercio a nivel ministerial, con el fin de consolidar aún más la OMC como foro de negociación, de constante liberalización del comercio en un sistema basado en normas y de examen y evaluación multilaterales de las políticas comerciales.

En el artículo 20 de dicha Declaración Ministerial de Singapur se estableció que teniendo en cuenta las disposiciones existentes de la OMC sobre cuestiones relacionadas con la inversión y la política de competencia y el programa incorporado relativo a esas materias, acordaron: Establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión; y establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>.

⁴³ https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm.

entre comercio y política de competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC.

La Cuarta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio se celebró en Doha, Qatar, del 9 al 14 de noviembre de 2001, los ministros reconocieron los argumentos en favor de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, y la necesidad de potenciar la asistencia técnica y la creación de capacidad en esta esfera.

Convinieron en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones. Encomendaron al Grupo de Trabajo que se centrara, hasta la Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún (2003), en la aclaración de lo siguiente: Principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal; disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.

La Quinta Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Cancún (México) del 10 al 14 de septiembre de 2003, en donde no se logró alcanzar un consenso respecto de las modalidades de las negociaciones en esta esfera, aunque los Ministros reafirmaron todas sus Declaraciones y Decisiones de Doha y se comprometieron una vez más a trabajar para aplicarlas plena y fielmente.

En el paquete de julio de dos mil cuatro adoptado el día uno de agosto de 2004, el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio estableció que el tema de la política de competencia no formará parte del Programa de Trabajo establecido en dicha Declaración y por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarían a cabo

en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre ninguno de estos temas. El Grupo de Trabajo está actualmente inactivo.

En busca de cumplir con las reglas del comercio internacional El Salvador se integró al ente regulador, la Organización Mundial del Comercio (OMC) el siete de mayo de mil novecientos noventa y cinco⁴⁴, Organización que al ocuparse de las normas que rigen el comercio entre los países, su objetivo viene siendo el garantizar que los intercambios comerciales se realicen de la forma más fluida, previsible y libre posible, de allí que ha venido trabajando en áreas que le pueden merecer atención sobre la base de sus objetivos, entre estas la política de competencia, las prácticas anticompetitivas, carteles intrínsecamente nocivos y fortalecimiento de las instituciones encargadas de la competencia en los países.

1.10 Desarrollo del derecho de competencia en la Sala de lo Constitucional y la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley de Competencia entró en vigencia el día uno de enero de dos mil seis, es así como, previa y posteriormente, se han emitido pronunciamientos jurisprudenciales sobre algunos temas que son parte integrantes del derecho de competencia.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“el sistema económico constitucional, como marco para la libertad pretende como objetivo el mayor desarrollo de la comunidad, su bienestar con seguridad y la justicia individual y social. Estos objetivos se logran con mayor eficacia en una economía social de mercado basada en la iniciativa creadora del hombre y la competencia. Tal relación se produce en un plano de dependencia y penetración, por cuanto el Derecho, al regular la economía, lo hace teniendo en cuenta los puntos de vista axiológicos y finalistas ya mencionados: seguridad en cuanto los derechos de las personas no serán menoscabados, justicia en*

⁴⁴ Acuerdos OMC suscritos por medio de Acuerdo Ejecutivo N°141 del 8 de febrero de 1995, aprobados por D.L. N°292, del 9 de marzo de 1995 y publicado en el D.O. N° 78, Tomo 327, del 28 de abril de 1995.

*cuanto a la igualdad de oportunidades y libertad en cuanto al resguardo de la libre capacidad creativa del hombre*⁴⁵.

Sobre la libertad económica, se sostuvo que *“lo cierto es que el derecho de libertad económica de cada uno, en cuanto libertad jurídica, únicamente puede existir y operar con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales, encaminadas a asegurar su ejercicio armónico y congruente con la libertad de los demás, y con el interés y el bienestar de la comunidad, evitando así marginaciones, desempleos, condiciones indecorosas de vida, etc. (art. 102 Cn., parte final)”*⁴⁶.

En conclusión, *“la libertad económica es una facultad que tiene toda persona, de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. De este modo, el ejercicio de este derecho implica que los particulares puedan ejercer su actividad industrial o comercial dentro de un sistema competitivo sin que sean impedidos u obstaculizados, en general, por reglamentaciones o prohibiciones del Estado”*⁴⁷.

*“Así entendida, destacan tres dimensiones básicas en la libertad económica: el libre acceso al mercado, el libre ejercicio de la empresa y la libre cesación de ese ejercicio. Sometida en todo caso a otros principios y directivas constitucionales, la libertad en comento ya no es reconocida según el interés individual, sino según la utilidad social”*⁴⁸.

Sobre la libertad de empresa derivada de la libertad económica establecida en el art. 102 de la Constitución, se ha sostenido que *“ésta se puede analizar desde una doble vertiente, la primera de naturaleza subjetiva, mediante la cual se pueden emprender actividades económicas y además permite el ejercicio libre o antimonopólico de*

⁴⁵ Sentencia emitida a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con referencia 26-2008.

⁴⁶ Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas y treinta minutos del día nueve de noviembre de dos mil cuatro, en el proceso con referencia 446-2003.

⁴⁷ Sentencia emitida a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con referencia 26-2008.

⁴⁸ Ibid.

actividades empresariales; y, la segunda vertiente de tipo institucional, que implica el no sometimiento a limitaciones que la vuelvan impracticable o que la dificulte más allá de lo razonable, o bien que la despojen de su necesaria protección”⁴⁹.

Se concluyó que “no debe perderse de vista que la libertad de empresa no es una libertad absoluta e ilimitada ya que la misma al igual que otras libertades operan con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales encaminadas a asegurar su ejercicio armónico, congruente con la libertad de los demás y con el interés y bienestar de la sociedad”⁵⁰

En ese orden de ideas, la jurisprudencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo establece que *“el competidor se entiende como un agente económico que participa o pretende participar o ingresar en un mercado particular”⁵¹.*

Pero no solo eso, se ha conceptualizado que son los acuerdos horizontales, las restricciones verticales y el abuso de posición dominante, así: *“i) los acuerdos horizontales, los cuales, en términos generales, se refieren a los pactos o convenios que en la práctica pueden llevarse a cabo por dos o más empresas que se dedican a un mismo rubro para fijar los precios, reducir la producción, distribuirse el territorio o clientes, eliminar productos ofrecidos a bajo costo, a fin de mantener la oferta y los precios altos a su conveniencia; ii) las restricciones verticales, las cuales se refieren a los acuerdos alcanzados –frecuentemente de manera verbal– entre empresas que están en distintos puntos de la cadena productiva con el objeto de afectar los costos de producción, la calidad, el precio, la cantidad, el mercado geográfico y las ganancias de los empresarios; y iii) el abuso de la posición dominante, el cual se refiere a aquellos casos en que las empresas se valen de su poder económico para influir en los precios y restringir la*

⁴⁹ Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las trece horas y cuarenta y siete minutos del día dieciséis de febrero de dos mil seis, en el proceso con referencia 391-2004, y reiterado en las sentencias de amparos de los procesos clasificados bajo las referencias 432-2005, 524-2005 y 66-2007.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Sentencia emitida a las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado con la referencia 450-2007.

*incorporación de nuevas empresas a una rama de actividad, aunque las empresas ya establecidas estén percibiendo utilidades excesivas*⁵².

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha conceptualizado las prácticas colusorias horizontales, sosteniendo que *“también se producen entre dos o más agentes que compiten entre sí, es decir, entre empresas que producen y/o venden bienes que son sustitutos —por ejemplo, bienes que cumplen la misma finalidad, pero son de distintas marcas-. Por ello, se señala que estas prácticas involucran a empresas que se encuentran en el mismo nivel de la cadena productiva o de comercialización*”⁵³.

El abuso de posición dominante también se ha delimitado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, como *“una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa y la cual le permite prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante, dándole el poder para conducirse -en gran medida- con independencia de competidores, clientes y consumidores*”⁵⁴.

Entre los postulados constitucionales que rigen el sistema económico de El Salvador, se encuentra el contemplado en el inciso primero del artículo 110 de la Constitución, en donde se prohíbe las prácticas monopolísticas, a fin de garantizar la libertad empresarial y proteger los intereses de los consumidores. De dicha disposición, ha dicho la Sala de lo Constitucional que *“se colige que corresponde al Estado ordenar y regular las actividades económicas de las personas –naturales o jurídicas, públicas o privadas–que participan en la producción, distribución, venta, etc. de bienes y servicios, con el objeto de prevenir y, en su caso, de sancionar las situaciones en las que recurren a medios ilegítimos o arbitrarios para obtener una ventaja o ganancia frente a sus competidores, afectando no sólo los intereses particulares sino también los colectivos,*

⁵² Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas con treinta minutos del día trece de julio de dos mil once, en el proceso con referencia 16-2009 y acum.

⁵³ Sentencia emitida a las quince horas y quince minutos del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 334-2008.

⁵⁴ Sentencia emitida a las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado con la referencia 450-2007.

*entendiendo por estos últimos los derechos de los consumidores que son, en definitiva, los destinatarios de los productos que se ofrecen*⁵⁵.

1.11 Instituciones Nacionales de tutela de la Competencia.

Después de los Acuerdos de Paz hubo reformas en El Salvador, en donde reflejaron un compromiso por el tema de la Protección al Consumidor y a la Competencia, producto de ello se aprobó la Ley de Protección al Consumidor⁵⁶.

Dentro de los considerandos de dicho cuerpo normativo, se estableció primeramente que de conformidad a lo establecido en el Art. 101 inciso 2° de la Constitución, era obligación del Estado la promoción del desarrollo económico y social, mediante la generación de condiciones óptimas para el fomento de la producción de bienes y la defensa del interés de los consumidores. También, que, dentro de un mercado libre, para lograr el cumplimiento de lo anterior, era necesario dictar medidas tendientes a proteger el interés de los consumidores, permitiendo que estos tuvieran un conocimiento cierto de las características de los bienes y servicios que se les ofrecen, generando en ellos la confianza en la autenticidad de las mismas.

El objeto de dicho cuerpo normativo (Art. 1 de la Ley) fue salvaguardar el interés de consumidores, estableciendo normas que protegieran a los particulares de fraudes y abusos dentro del mercado. Se estableció (Art 4 de la Ley) que el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía sería el encargado de aplicar las disposiciones de dicha Ley, a través de la Dirección General del Consumidor.

La anterior Ley fue derogada por una nueva Ley de Protección al Consumidor⁵⁷, que entró en vigencia cuatro años después, en el año de mil novecientos noventa y seis.

⁵⁵ Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas con treinta minutos del día trece de julio de dos mil once, en el proceso con referencia 16-2009 y acum.

⁵⁶ Mediante Decreto Legislativo No. 267 de fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y dos, publicado en el Diario Oficial número 159, Tomo 316 del treinta y uno de agosto del mismo año

⁵⁷ Mediante Decreto No. 666, de fecha 14 de marzo de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 58, Tomo No. 330 del 22 de ese mismo mes y año.

En este segundo cuerpo normativo se dejó intacto el primer considerando contenida en la Ley que se derogaba, cambiándose solamente el segundo que estableció que era necesario fortalecer las condiciones de nuestro país para su incorporación en el proceso mundial de globalización, garantizando la participación de la empresa privada en el desarrollo económico, comentando la libre competencia y confiriendo a los consumidores los derechos necesarios para su legítima defensa.

El objeto de dicho cuerpo normativo (Art. 1 de la Ley) se mantuvo en los mismos términos y especialmente, se reiteró (Art 4 de la Ley) que el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Economía sería el encargado de aplicar las disposiciones de dicha Ley, a través de la Dirección General del Consumidor.

Finalmente, se emitió la Ley de Protección al Consumidor⁵⁸ que entró en vigencia nueve años después, en el año dos mil cinco.

A diferencia de las dos primeras leyes de Protección al Consumidor, en este caso hubo siete considerandos que justificaron la nueva emisión de la Ley⁵⁹. El objeto de esta

⁵⁸ Mediante Decreto No. 776, de fecha 18 de agosto de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 166, Tomo No. 368, de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco.

⁵⁹ I. Que el Art. 101 de la Constitución dispone que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, con el fin de asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano, correspondiéndole al Estado la promoción del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos; así como el fomento de los diversos sectores de la producción y defender el interés de los consumidores. II. Que según lo establecen las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, corresponde a los gobiernos formular y mantener una política de protección al consumidor, tomando en cuenta el derecho de los consumidores de tener acceso a productos seguros, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y la protección del medio ambiente. III. Que la Ley de Protección al Consumidor, aprobada por Decreto Legislativo No. 666, de fecha 14 de marzo de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 58, Tomo No. 330 del 22 de ese mismo mes y año, no obstante, las innovaciones que introdujo, requieren una mejor estructura y desarrollo sistemático, así como una visión integral y preventiva que garantice la protección de los consumidores; IV. Que es indispensable mantener la vigencia plena de los principios rectores del modelo de economía de mercado, fomentando el comportamiento ético de los empresarios y promoviendo la igualdad de oportunidades entre los mismos; V. Que la protección de los consumidores requiere el establecimiento de un Sistema Nacional de Protección al Consumidor y de una institución descentralizada que promueva, coordine y ejecute la actuación pública en la protección de aquellos; VI. Que es indispensable fomentar el comportamiento ético y la responsabilidad social de los empresarios, promoviendo el respeto a los derechos de los consumidores; VII. Que ante la necesidad de reestructurar el marco normativo y orgánico de la protección al consumidor, resulta necesario decretar una nueva ley que sustituya a la mencionada en el Considerando III.

nueva Ley varió completamente⁶⁰, incluso, el ente encargado de hacer valer las disposiciones de dicho cuerpo normativo, la Defensoría del Consumidor, es una institución descentralizada del Gobierno de la República, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía en lo administrativo y presupuestario, y para el cumplimiento de su potestad sancionadora, la Defensoría cuenta con un Tribunal Sancionador⁶¹.

También se emitió la Ley de Competencia⁶², la cual entró en vigencia hasta el día uno de enero de dos mil seis.

El objeto de esta Ley es de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores⁶³.

La Ley crea la Superintendencia de Competencia como una Institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria, la cual tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico que deberá complementarse con los estudios de apoyo y demás pertinentes para efectuar todas estas actividades en forma óptima⁶⁴.

⁶⁰ Art.1.- El objeto de esta ley es proteger los derechos de los consumidores a fin de procurar el equilibrio, certeza y seguridad jurídica en sus relaciones con los proveedores. Así mismo tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación

⁶¹ Art. 79 de la Ley de Protección al Consumidor.

⁶² Mediante Decreto Legislativo número 528 de fecha veintiséis de noviembre de dos mil cuatro, publicado en el Diario Oficial 240, Tomo 365 de fecha veintitrés de diciembre de dos mil cuatro.

⁶³ Art. 1 de la Ley de Competencia.

⁶⁴ Arts. 3 y 4 de la Ley de Competencia.

Por último, tenemos al Código Penal⁶⁵, que entró en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho.

El Código Penal en el Libro Segundo, Parte Especial, Título IX, Capítulo II “De los Delitos Relativos al Mercado, Libre Competencia y la Protección del Consumidor”, reconoce como delitos el acaparamiento (Art. 233), venta a precios superior (Art. 234), uso de pesas o medidas alteradas (Art. 235), agiotaje (Art. 236), propalación falsa (Art. 237), competencia desleal (Art. 238), fraude de comunicaciones (Art. 238-A), desviación fraudulenta de clientela (Art. 239), ventas ilícitas (Art. 240) y defraudación a la economía pública (Art. 240-A).

Estos delitos mediante reforma al Código Penal⁶⁶, la mayoría se les incrementó la pena de prisión debido a la crisis alimentaria que se había anunciado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura, la cual se preveía que sería más larga de lo anunciado y que era provocada por el incremento de los precios en los fertilizantes y el petróleo; así como, por la fuerte demanda de China e India, entre otros, y habían personas que especulaban con los productos de la canasta básica acaparando estos para venderlos a un precio superior o para venderlos con pesos o medidas alteradas.

El delito de monopolio que estaba regulado en el Art. 232 del Código Penal, quedó derogado por la entrada en vigencia de la Ley de Competencia.

Cuando se ha cometido cualquiera de estos delitos, es competencia de la Fiscalía General de la República realizar la investigación a fin de determinar los responsables y en caso que se individualice, dicha Institución ejercita la acción penal ante los jueces de paz, donde se inicia el proceso judicial y son dichos jueces, los de instrucción y de

⁶⁵ Contenido en el Decreto Legislativo 1030 de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y siete, publicado en el Diario Oficial 105, Tomo 335, del diez de junio del mismo año.

⁶⁶ Mediante Decreto Legislativo 617, del 10 de abril de dos mil ocho, publicado en el Diario Oficial número 148, Tomo no. 380 del doce de agosto del mismo año.

sentencia en su caso, que determinan la existencia del delito y la responsabilidad o no de a persona contra quien se ha encauzado el proceso penal⁶⁷.

Ahora bien, en el ramo de la Organización No Gubernamentales, es importante acotar que mediante escritura pública número cuarenta y siete de fecha nueve de diciembre de mil novecientos noventa y dos, elaborada ante los oficios notariales del Licenciado Salvador Enrique Ayala Mendoza, comparecieron Doris Luz Rivas Galindo, Ileana Argentina Rogel de Rivera, Irma Lourdes Palacios Vásquez, entre otros ciudadanos, en donde relacionan que han recibido treinta mil colones del Centro Cooperativo Sueco, con lo cual crean la Fundación Centro para la Defensa del Consumidor, como fundación de utilidad pública, apolítica, no lucrativa, con carácter de servicio, que podrá abreviar C.D.C, a la cual se le concedió la personalidad jurídica en el año de mil novecientos noventa y cinco⁶⁸.

Los fines en general de dicha fundación son promover la educación y capacitación del consumidor, la defensa de sus derechos, contribuir al establecimiento del Estado de Derecho y al desarrollo económico y social del país, para ello en el Art. 3 de los Estatutos de la Fundación se propusieron seis actividades⁶⁹.

Mediante escritura pública número cincuenta y uno, de fecha dos de diciembre de dos mil tres, ante los oficios notariales del Licenciado Manuel de Jesús Torres Gavidia, compareció Luis Raúl Moreno Carmona, como Ejecutor Especial y Presidente de la Junta Directiva y por ende representante legal de la Fundación Centro para la Defensa del Consumidor, para materializar el acuerdo de cambio de naturaleza jurídica y

⁶⁷ Arts. 53, 54, 56 y 74 del Código Procesal Penal

⁶⁸ Mediante Decreto número treinta y nueve emitido por el Órgano Ejecutivo en el Ramo del Interior, de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cinco, publicado en el Diario Oficial Número Ciento veinticinco Tomó Trescientos veintiocho, del siete de julio de mil novecientos noventa y cinco.

⁶⁹ a) Generar un esfuerzo de orientación educativa, participativa y permanente sobre aspectos económicos-sociales y sobre los derechos de los consumidores. b) Realizar análisis e investigación sobre aspectos económicos y sociales sobre pesa, medida y sobre otros aspectos de interés de los consumidores. c) Proponer la creación y/o actualización de la legislación que proteja y garantice los derechos económicos y sociales del consumidor. d) Brindar asesoría jurídica a los consumidores. e) Lograr que la población consumidora ejerza la unión y la solidaridad para resolver sus problemas afines; y f) Establecer lazos de cooperación con otras instituciones afines nacionales e internacionales, respetando el orden interno y las leyes existentes.

denominación de la Fundación Centro para la Defensa del Consumidor, por la de Asociación Centro para la Defensa del Consumidor, denominada por sus siglas C.D.C., entidad de interés particular, de nacionalidad salvadoreña, apolítica, no lucrativa ni religiosa y con carácter de servicio, por lo cual se formalizó la escritura de modificación a los estatutos, que regirá la Asociación y que constaba de setenta artículos, acordándose la modificación de los anteriores estatutos para adecuarlos a la Ley de Asociación y Fundación sin fines de lucro⁷⁰.

En el Art. 5 de los estatutos de la a Asociación Centro para la Defensa del Consumidor, establece que ejecutará diferentes programas, los cuales se desarrollarán a través de seis actividades⁷¹, donde destaca fomentar y acompañar iniciativas ciudadanas tendientes a una mayor protección de los derechos de las personas consumidoras.

En estos años el C.D.C desarrolló muchas acciones exitosas, destacándose aquellas que lograron incidir propositivamente en la aprobación de la Ley de Protección al Consumidor en mil novecientos noventa y dos, su reforma en mil novecientos noventa y seis, así como en la modificación integral que la normativa tuvo en el año dos mil cinco. De igual manera, sobresalen las campañas impulsadas frente a la privatización de los servicios públicos y por una mejor protección de las y los usuarios, así como los esfuerzos dirigidos a la construcción y desarrollo de un movimiento social para la defensa de los derechos de las personas consumidoras en El Salvador⁷².

⁷⁰ Mediante Decreto Ejecutivo número 60, emitido por el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Gobernación, publicado en el Diario Oficial número doscientos veintitrés, Tomo trescientos sesenta y cinco, de fecha treinta de noviembre de dos mil cuatro.

⁷¹ a) Impulsar actividades de información, orientación y capacitación sobre aspectos económico-sociales y en relación al conocimiento y ejercicio de sus derechos y deberes por parte de las personas consumidoras; b) Realizar análisis e investigaciones sobre temas de interés de las personas consumidoras; c) Promover el fortalecimiento y aplicación del marco jurídico de protección a los derechos económicos y sociales; d) Fomentar y acompañar iniciativas ciudadanas tendientes a una mayor protección de los derechos de las personas consumidoras; e) Brindar asesoría y asistencia jurídica a las personas consumidoras, promoviendo la resolución de controversias; f) Establecer lazos de coordinación y cooperación con otras instituciones afines nacionales e internacionales, respetando el orden interno y las leyes existentes.

⁷² <http://www.cdc.org.sv/index.php/cdc/quienes-somos>.

La Asociación Centro para la Defensa del Consumidor se identifica como la primera Asociación Consumerista de El Salvador, la cual ha realizado varias investigaciones, que se desprende de su página oficial web www.cdc.org.sv, entre otras: a) Volatilidad de precios un obstáculo para el cumplimiento del derecho humano a la alimentación; b) ¿Promoción ética y precio justo de los medicamentos?; c) Los altos precios de los combustibles en El Salvador; d) Análisis y propuesta del incremento a las bebidas azucaradas para la Salud Pública, etc.

Expuestas las Instituciones que tutelan el Derecho de Competencia, así como todos los restantes componentes que encierran este primer capítulo, es importante delimitar las diferentes prácticas anticompetitivas, dotándolas de contenido y desarrollando los diferentes supuestos de cada uno de ellas.

CAPÍTULO II

DE LAS PRACTICAS ANTICOMPETITIVAS Y LOS CARTELES.

2.1 Concepto de Prácticas anticompetitivas.

La ley de Competencia engloba en su Título III, que va desde el artículo 25 hasta el artículo 36, las prácticas anticompetitivas, dentro de las cuales se encuentran los acuerdos entre competidores, los acuerdos entre no competidores, el abuso de la posición dominante y las concentraciones.

Con la Ley de Competencia, por lo menos son tres bienes jurídicos que se protegen a través de las distintas herramientas preventivas, promocionales y represivas: la competencia, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

La idea inicial es que en el mercado los agentes económicos actúen de manera independiente, determinando la calidad de sus productos, expresando su creatividad para publicitarlo, para comercializarlo, incluso, fijando el precio sin influencia de factores externos, solamente considerando los costos de producción, distribución y venta, incluido su margen de ganancias. Pero en ocasiones eso no sucede, se dan prácticas anticompetitivas.

En una primera aproximación podemos sostener que *“las prácticas anticompetitivas son cualquier práctica realizada por un agente económico que, manifestada bajo cualquier forma, limite o restrinja la competencia o impida el acceso al mercado a cualquier agente económico”*⁷³.

También dichas prácticas han sido definidas como *“comportamientos coordinados entre agentes competidores o agentes que actúan en distintas etapas del proceso productivo o de comercialización que, a través de la coordinación, dejan de actuar de*

⁷³ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

*modo independiente entre sí y se comportan coludidos según los términos pactados o convenidos, creando así una restricción indebida de la competencia*⁷⁴.

A nivel constitucional también ya se han definido, sosteniéndose que *“las prácticas anticompetitivas hace referencia a una gama diversa de conductas comerciales en las que puede incurrir una empresa o un grupo de empresas a fin de limitar la competencia entre sus rivales o impedir el acceso al mercado de nuevos competidores, con el objeto de conservar o reforzar su posición relevante en el mercado y elevar sus utilidades sin tener que prever precios bajos ni mejorar la calidad de los bienes y servicios que ofrecen, lo cual, evidentemente, no sólo afecta el modelo de sistema económico que se busca implementar a partir de la Constitución, sino también el bienestar general*⁷⁵.

2.2 Acuerdos entre competidores.

Los acuerdos entre competidores están tipificados en el art. 25 de la Ley de Competencia, de los cuales se ha sostenido, que *“estas prácticas prohibidas -al igual que las restantes- debe ser entendida de manera sistemática y armónica con el resto del articulado de la ley, así como su objeto*⁷⁶.

El artículo 25 de la Ley de Competencia, establece que se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades: a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma; b) Fijación o limitación de cantidades de producción; c) Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente; sea identificada como tal en el

⁷⁴ Sentencia emitida a las quince horas y quince minutos del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 334-2008.

⁷⁵ Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas con treinta minutos del día trece de julio de dos mil once, en el proceso con referencia 16-2009 y acum.

⁷⁶ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las catorce horas y veinticinco minutos del día diecisiete de abril de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-012-O/PS/R-2013 – Aseuiza Vida S.A, Seguros de Personas; Sisa Vida S.A, Seguros de Personas y Chartis Vida, S.A Seguros de Personas.

documento presentado por los oferentes; y d) División del mercado, ya sea por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio.

Estos supuestos de prácticas anticompetitivas se dotarán de contenido en el desarrollo del presente apartado.

Es importante aclarar, que esas modalidades de acuerdos entre competidores, no son taxativas, nótese que el legislador en el Artículo 25 de la Ley de Competencia relacionó “entre otros”, dejando abierta la posibilidad que existan acuerdos entre competidores que constituyan una modalidad de acuerdo pero que no esté delimitado en esos cuatro supuestos.

“Se debe traer a cuenta que la potestad sancionadora de la administración constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, resulta imperioso que los principios constitutivos del derecho penal también sean aplicables al derecho administrativo sancionador, con los matices que exige la materia, de tal forma que vinculen, por un lado, al legislador al crear normas relativas a las conductas constitutivas de infracciones y sus consecuentes sanciones y, por otro lado, a las autoridades administrativas competentes al momento de aplicarlas”⁷⁷.

Uno de esos principios del derecho penal que se consideran exigibles al derecho administrativo sancionador es el principio de tipicidad, determinación, taxatividad o certeza. Según la jurisprudencia contencioso administrativa, dicho principio implica que *“el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley”, ya que, “La tipificación -tipo normativo- de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y*

⁷⁷ Sentencias del trece de julio de dos mil once y del 11 de diciembre de dos mil catorce, en los procesos de Amparos 16-2009 y 358-2012, respectivamente; criterio compartido por la jurisprudencia contencioso administrativa, entre varias, en la Sentencia de 29-IX-2014, Proceso 57-2010.

*su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción [...] incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley*⁷⁸.

En materia de prácticas anticompetitivas no deben esperarse definiciones legales cerradas o acabadas de las conductas prohibidas, así lo ha reconocido en materia de tipicidad la jurisprudencia contenciosa administrativa pudiendo la autoridad administrativa echar mano de la jurisprudencia y doctrina pertinente. Así lo estableció la Sala de lo Contencioso Administrativo al analizar un argumento sobre tipicidad en materia de obstaculización de entrada al mercado a nuevos competidores, donde apuntó que *“la Ley de Competencia no ofrece una definición legal de competidor, en cambio el concepto está acuñado por la jurisprudencia y los actos administrativos que recogen los planteamientos doctrinarios sobre tal tópico, de ahí la necesidad de establecerse los alcances que éste tiene en el ámbito analizado*”⁷⁹.

Se puede concluir que *“en materia de competencia, la depuración de los alcances que tiene la configuración de los acuerdos entre competidores, a la Luz de la Ley de Competencia, es un punto aplicable al presente procedimiento, sino a cualquier otro que se conozca en la Superintendencia de Competencia, de tal suerte que la definición, por si sola, de los alcances que esta superintendencia hace de las figuras prohibidas en la Ley de Competencia no es un aspecto concerniente al ámbito del principio de tipicidad*”⁸⁰.

Volviendo a los acuerdos entre competidores u horizontales, a parte de los conceptos que hemos brindado de la Sala de lo Constitucional y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, la Superintendencia de Competencia también se ha pronunciado, sosteniendo que estos *“son arreglos o convenios que llevan a cabo agentes económicos competidores entre sí, que se unen para, entre otros, acordar precios,*

⁷⁸ Sentencias del veinticinco de agosto de dos mil tres y del trece de julio de dos mil nueve, en los Procesos Contenciosos Administrativos clasificados bajo la referencia 47-O-2002 y 174-2005 respectivamente.

⁷⁹ Sentencia emitida a las catorce horas y tres minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso con referencia 451-2007.

⁸⁰ Resolución final de las doce horas y cinco minutos del día veintisiete de mayo de dos mil quince, en el proceso con referencia SC-012-O/PS/R-2013 – Aseuiza Vida, Sociedad Anónima, Seguros de Personas.

*cantidades, división de zonas geográficas y licitaciones o concursos, limitando, restringiendo o impidiendo la competencia*⁸¹.

En estos casos, *“se trata de prácticas a través de las cuales los competidores le hacen un “fraude” al mercado por dejar de competir y comportarse artificialmente como un único agente, con el fin de obtener beneficios inválidos, el tratamiento legal de estas conductas suele ser bastante drástico. Las prácticas colusorias entre competidores pueden producir efectos perjudiciales producto de la restricción de la competencia que ocasionan. Las prácticas colusorias antes indicadas son rigurosamente perseguidas y sancionadas sin mayor indagación sobre sus efectos, debido a que su único objeto es restringir la competencia. Para su declaración de ilegalidad no se requiere cuantificar los efectos perjudiciales de la práctica o si la misma produjo los efectos esperados por los infractores*⁸².

En estos casos, como ya se dijo, la regla que se aplica para tener por demostrada la comisión de cualquiera de las practicas contenida en el artículo 25 de la Ley de Competencia, es la regla *per se* ya conceptualizada, basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por demostrado el ilícito administrativo.

El Reglamento de la Ley de Competencia, en el artículo 12, proporciona una lista no taxativa (porque dice “entre otros”) de criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, a que se refiere el art. 25 de la ley⁸³.

⁸¹ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

⁸² Sentencia emitida a las quince horas y quince minutos del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso clasificado bajo la referencia 334-2008.

⁸³ Estos criterios orientadores son: a) Que exista una correlación positiva, importante y continuada en los precios de dos o más competidores, durante un período significativo de tiempo; y que no pueda ser atribuido a variaciones en los precios de los factores de producción; b) Que los agentes económicos hayan previsto mecanismos de fiscalización o control de la conducta de los demás participantes en el acuerdo o práctica anticompetitiva; c) Que el número de supuestos participantes sea reducido; d) Que los agentes económicos deriven su actividad presuntamente anticompetitiva de una habilitación legal o administrativa; e) Que el mercado se comporte de tal manera que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas económicas y jurídicas distintas a la existencia de una de las prácticas mencionadas en el Art. 25 de la ley; f) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones y/u otras formas de comunicación; g)

Estos criterios orientadores en materia de Competencia, tampoco pueden quedar cerrados o acabados según la norma, por lo que la justificación explicada a la no taxatividad de las modalidades de acuerdos entre competidores ya antes abordadas, aplica para la no taxatividad de estos criterios.

La Superintendencia de Competencia aclaró que *“los supuestos señalados en el art. 12 del Reglamento de la Ley de Competencia, **son criterios orientadores** y, por ello, lejos de configurar elementos sine qua non para tener por demostrada una práctica anticompetitiva son circunstancias que pueden coadyuvar a determinar la comisión de la misma. Además, los criterios orientadores no pueden ser aplicables a todas las modalidades establecidas en el art. 25 de la Ley de Competencia pues aun cuando todas las practicas se refieren a acuerdos entre competidores, sus concreciones obedecen a circunstancias y supuestos facticos, jurídicos y económicos diferentes, ...**los criterios orientadores no constituyen una cadena de presupuestos entre sí, sino que basta con la configuración de uno o algunos de ellos para que se evalúe la existencia de un acuerdo entre competidores**; además, dicha valoración se realiza junto a los distintos elementos probatorios incorporados en el expediente sancionador”⁸⁴.*

“La primera modalidad de acuerdos entre competidores, es la fijación de precios u otras condiciones de compra y venta, que si bien es cierto pueden existir una serie de conductas ilegales que, incluso indirectamente, tienen incidencia en los precios, el supuesto previsto en el artículo 25 letra a) se refiere, en concreto, a una práctica en que los agentes infractores actúan directamente sobre los precios de un determinado bien, o

Que hubiesen instrucciones o recomendaciones de las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, que pudieren tener el objeto o efecto de impedir, restringir o limitar el que sus miembros puedan actuar libremente en el mercado; h) El precio de venta ofrecido en el territorio nacional por dos o más competidores de bienes o servicios susceptibles de intercambiarse internacionalmente sean sensiblemente superiores o inferiores a su referente internacional, excepto cuando la diferencia se derive de la aplicación de disposiciones fiscales, gastos de transporte o de distribución; e, i) Actuar con negligencia evidente en la presentación de ofertas, presentar ofertas inusualmente similares o sin fundamento económico, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas, en los casos a que hace referencia la letra c) del Art. 25 de la Ley.

⁸⁴ Resolución emitida por la Superintendencia de competencia el día tres de abril de dos mil trece, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-014-O/PS/NR-2012/ Suministro Industrial de Equipo y Ferretería, SA de C.V y Agua y Tecnología S.A de C.V

servicio o sobre las condiciones de compra o venta del mismo. De esa manera, una violación a la disposición en comento, se materializa a través de la coordinación voluntaria, intencional o bajo cualquier modalidad -escrita, oral etc- de dos o más agentes que participan en un mismo nivel de la cadena de valor, para establecer los precios del producto o servicio en el que compiten, para configurar algún mecanismo tendiente a calcularlos o para determinar, de forma conjunta, cualquier condición de venta o compra del bien o servicio. Si a través de un acuerdo anticompetitivo se aumentan de forma conjunta los precios o se establecen condiciones de suministro que no existirían en un mercado en competencia, se provocaría un detrimento en el bienestar del consumidor, debido a ello se ha prohibido este tipo de acuerdo en la letra a) del artículo 25 de la Ley de Competencia”⁸⁵.

El precio, como ya vimos, es un elemento importante en el mercado, de allí que, si existe un acuerdo para la fijación del mismo, es evidente que habrá una reducción en los beneficios del consumidor.

*“La conducta sancionada en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia, hace referencia a los “acuerdos de precios” **que tanto a nivel internacional como nacional ha sido calificada como una práctica anticompetitiva absoluta**, es decir, que su sola concurrencia es suficiente para que sea sancionada, sin necesidad de que se identifique el daño social causado”⁸⁶.*

La segunda modalidad es la fijación o limitación de cantidades de producción, por lo que la adopción de acuerdos dirigidos a coordinar cantidades de producción, volúmenes de venta o participaciones de mercado se traduce en la decisión de no competir en uno de los componentes esenciales de la oferta. Asimismo, *“el objeto de este tipo de acuerdos es manipular artificialmente la oferta de determinado producto y servicio con relación a las cantidades ofrecidas. En ese sentido, en vista que **uno de los***

⁸⁵ Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia el día diecisiete de marzo de dos mil diez, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-009-D/Ps/R-2010 – Farmacias Europeas S.A de C.V

⁸⁶ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el día veintiocho de junio de dos mil dieciséis, en el proceso con referencia 131-2012.

componentes principales en la formación del precio es la interacción entre oferta y demanda, la manipulación de la primera provocara alteraciones artificiales sobre el precio; de modo que la decisión de dos o más competidores respecto a restringir las cantidades de producción, los volúmenes de venta o las participaciones de mercado, va destinada artificialmente a el precio del producto o servicio ofrecido provocando, de esa manera, una distorsión a las condiciones de la competencia y, eventualmente, un perjuicio a los consumidores⁸⁷.

La tercera modalidad, de acuerdos para fijar o limitar los precios de subastas, implican que las condiciones de competencia que deben estar presentes en los procedimientos de compras y adquisiciones públicas se distorsionan, principalmente, debido a la manipulación de las ofertas presentadas por parte de los agentes económicos coludidos, quienes, con el fin de determinar con anticipación el ganador del procedimiento, elaboran ofertas fraudulentas. Estas prácticas limitan la capacidad de los gobiernos para obtener los bienes y servicios a precios competitivos, produciéndose así una ineficiente asignación de recursos públicos en perjuicio de la población en general. La particular gravedad de la infracción tipificada en la letra c) del Art. 25 de la LC viene determinada por el involucramiento de fondos públicos en los procedimientos de contratación y licitaciones públicas, lo cual imprime un carácter de interés general al tema, dado que puede afectar la utilización más conveniente que se puede hacer con dichos fondos. Este tipo de ofertas colusorias, en conjunto con el resto de modalidades tipificadas en el artículo 25 de la LC, han sido calificadas por la OCDE⁸⁸ como *“la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia. [Ya que] perjudican a los consumidores aumentando los precios y limitando la oferta y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los carteles no existieran*⁸⁹.

⁸⁷ Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las dieciséis horas del día uno de abril de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-005-O/NR-2008 – Molsa, S.A. de C.V - Harisa S.A de C.V.

⁸⁸ Es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, a la cual El Salvador es parte desde el día veinte de febrero de dos mil diecinueve, siendo su integrante número cincuenta y tres.

⁸⁹ Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia el día diecinueve de abril de dos mil trece, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-12-O/PS/R-2013 Sisa Vida, Sociedad Anónima

Esta modalidad de acuerdo entre competidores puede adoptar diferentes formas o esquemas de manipulación, entre las cuales se pueden mencionar las más conocidas: **“1. Rotación del ganador:** los competidores acuerdan manipular la licitación a efectos de que se adjudique por turno a cada uno de los coludidos, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. En estos casos, al resultar adjudicada la oferta ganadora de forma rotatoria entre todos los involucrados, todos ganan al menos una vez y, por tanto, podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias. **2. Propuestas complementarias o ficticias:** los competidores acuerdan presentar ofertas inaceptables que no tienen ninguna posibilidad de ganar. Esto con el objeto de aparentar una competencia genuina. También se conocen como posturas encubiertas, de resguardo, complementarias, simbólicas o de cortesía. Ejemplos de estas son aquellas en las que se acuerdan presentar ofertas inviables como para ser tenidas en cuenta respecto de la de sus competidores; se presentan ofertas suficientemente altas para superar a la acordada como ganadora, o incluyen en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el contratante, etc. **3. Supresión de propuestas:** los competidores acuerdan, una vez decido quién debe ser el ganador, abstenerse de participar en la licitación, o retirar una oferta ya presentada, todo con el objeto de favorecer al previamente designado”⁹⁰.

Por último, los acuerdos de división de mercados, se puede dar, por ejemplo, la distribución del mercado por clientes, por territorio, por volúmenes de ventas o compras o por tipos de producto vendidos. Lo anterior implica que “los participantes de un mercado diseñan ámbitos en los que se ha decidido anular o restringir la competencia entre ellos. De esta manera, la reducción de los participantes en los distintos segmentos del mercado

Seguros de Personas; Asesuiza Vida, Sociedad Anónima Seguros de Personas y Chartis Vida, Sociedad Anónima Seguros de personas.

⁹⁰ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las catorce horas y veinticinco minutos del día diecisiete de abril de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-012-O/PS/R-2013 – Asesuiza Vida S.A, Seguros de Personas; Sisa Vida S.A, Seguros de Personas y Chartis Vida, S.A Seguros de Personas.

*ocurre de forma artificial y, en consecuencia, se perjudican las condiciones de competencia*⁹¹.

*“En el derecho de competencia, la adopción de acuerdos entre competidores para dividirse el mercado son prácticas que, por su propia naturaleza, son adoptadas con el objeto de perjudicar la competencia y, en efecto, distorsionan por sí mismas las condiciones de competencia de los mercados*⁹².

2.3 Acuerdos entre no competidores

*“Las prácticas entre no competidores, conocidas también como prácticas verticales, son aquellas cuya consecución exige del concurso de empresas ubicadas en distintos eslabones de una cadena de producción y comercialización. Dichas prácticas implican, por lo general, la existencia de contratos, acuerdos explícitos o tácitos o cualquier tipo de manifestación de voluntad que establecen restricciones al comportamiento de los agentes económicos que los celebran y, aunque no son necesariamente anticompetitivas, suelen implicar algún tipo de limitación en lo que al proceso de competencia se refiere*⁹³.

Estas prácticas o acuerdos verticales también son entendidos como *“todas aquellas situaciones en las cuales un agente económico con posición dominante en un mercado utiliza la misma con agentes económicos ubicados en diferentes eslabones de la misma cadena de producción, distribución o comercialización, con el fin de limitar, restringir o impedir la competencia; tales como, los convenios de exclusividad, la*

⁹¹ Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las dieciséis horas del día uno de abril de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-005-O/NR-2008 – Molsa, S.A. de C.V - Harisa S.A de C.V.

⁹² Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las nueve horas del día catorce de octubre de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-005-O/NR-2008 – Molsa, S.A. de C.V - Harisa S.A de C.V.

⁹³ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-010-O/PS/R-2010 – Dizucar, S.A. de C.V.

*imposición de condiciones. Son también conocidos como conductas verticales o relativas*⁹⁴.

El Capítulo II del Título III denominado “De las prácticas anticompetitivas” de la Ley de Competencia, establece entre los artículos 26 al 29 los denominados “De las prácticas anticompetitivas entre no competidores”

En el artículo 26 de la Ley de Competencia establece que siempre y cuando se comprueben los supuestos del Artículo 29 de la presente Ley, se considerarán prácticas anticompetitivas no permitidas, entre otras, las siguientes: a) Venta condicionada, cuando un proveedor venda un producto bajo condición que el comprador adquiriera otros productos del proveedor o empresas asociadas al proveedor; b) La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, ni adquirir, ni vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros o por terceros; y c) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer dicha práctica.

Las anteriores son conductas anticompetitivas entre no competidores que involucran a agentes económicos, como ya se dijo en la definición, ubicados en diferentes eslabones de la misma cadena de producción, distribución o comercialización.

*“La clasificación de este tipo de prácticas se establece de acuerdo a una variedad de criterios. Así, una primera tipología tiene que ver con la etapa en la cual se encuentran las empresas involucradas, y que determina la existencia de contratos de provisión de insumos, en los cuales el cliente le compra al proveedor un bien que luego transformará en otro; o con los contratos de distribución, en los cuales el bien adquirido no cambiará sus cualidades físicas, pero sí su ubicación en el espacio”*⁹⁵.

⁹⁴ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

⁹⁵ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-010-O/PS/R-2010 – Dizucar, S.A. de C.V.

“Otra clasificación posible tiene que ver con la forma de pago que adopta la transacción que se efectúa entre el proveedor y el cliente. En este caso resulta útil distinguir entre: i) contratos que especifican precios lineales, es decir, importes que varían proporcionalmente con las cantidades compradas y que en ciertas circunstancias pueden incluir además bonificaciones, descuentos, recargos, etc.; ii) contratos que establecen pagos de suma fija, por ejemplo, cánones por concesiones o franquicias; y iii) contratos que establecen remuneraciones basadas en porcentajes o comisiones, sobre otros precios, como son los llamados “contratos de agencia”, en los que una parte se obliga a vender productos por cuenta de otra y recibe una cierta proporción de lo que recauda. Y es que, para que pueda hablarse de la aparición de una restricción vertical, el contrato que vincula al proveedor con el cliente de un bien o servicio debe incluir cierto compromiso de alguna de las partes de limitar su accionar en determinados aspectos, es decir, de limitar su discrecionalidad con respecto a la disposición de los bienes o servicios en el momento en que le pertenezcan”⁹⁶.

La doctrina sobre la defensa de la competencia suele distinguir tres casos clásicos: **“1. Fijación de precios de reventa (resale price maintenance):** Es una situación que se da cuando el proveedor le impone al cliente el precio al cual deberá revender el producto que le compra. En cierto sentido esta restricción sirve para transformar este contrato de distribución en un contrato de agencia, ya que el beneficio bruto del cliente queda determinado directamente como una comisión implícita que surge de restar el precio de compra al precio de reventa. **2. Exclusividad horizontal (exclusive territories):** Se da cuando el proveedor le garantiza al cliente que él será el único revendedor de su producto en una determinada área geográfica o a un determinado grupo de clientes, y éste se compromete a su vez a no vender fuera de dicha área o grupo. **3. Exclusividad vertical (exclusive dealing):** Surge cuando el cliente se compromete a adquirir solamente los bienes que le suministre un determinado proveedor o, por lo menos, a no comprar productos suministrados por competidores de dicho proveedor”⁹⁷.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

El artículo 29 de la Ley de Competencia, al que hace referencia el artículo 26, establece que para determinar si un agente económico tiene una posición dominante en el mercado relevante deberá considerarse: a) Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder; b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; c) La existencia y poder de sus competidores; y d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

Esta disposición tiene su desarrollo en el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Competencia, el cual establece lo que la Superintendencia de Competencia debe tomar en cuenta para determinar si un agente económico investigado goza de una posición dominante⁹⁸.

De igual forma, para que las prácticas anticompetitivas contenidas en el artículo 26 de la Ley de Competencia, se consideren violatorias de la ley, se deberá de establecer lo contenido en el Artículo 27 de la misma ley, son: a) Que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante; b) Que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al

⁹⁸ Estos criterios son: a) Su participación en el mercado relevante, para lo cual deberán tomarse en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Superintendencia estime procedente; b) La posibilidad que pueda fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder, así como el impacto potencial o real en la fijación de precios; c) La existencia de barreras de entrada, tales como: i. Los costos financieros; ii. Los costos para desarrollar canales alternativos; iii. El acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales alternativos; iv. El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo; v. La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial; vi. La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos; vii. Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales; viii. Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante; y, ix. Los actos de autoridades nacionales y municipales que sean discriminatorios en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios; d) La existencia de alternativas de oferta o demanda actual o potencial de bienes o servicios nacionales o extranjeros durante un período de tiempo determinado.

mercado relevante de que se trate; y c) Que dichas prácticas han producido o pudieran producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores al mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores.

“El mercado relevante combina el mercado relevante de productos y el mercado relevante geográfico. El mercado relevante de producto son todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan. El mercado relevante geográfico es el área geográfica dentro de la cual los consumidores tienen la capacidad y voluntad de cambiar sus compras, en cantidades significativas, de una ubicación a otra, en respuesta a un cambio en los precios relativos”⁹⁹.

El legislador normativamente hablando, estableció en el artículo 28 de la Ley de Competencia los criterios para la determinación del mercado relevante, los cuales constituyen una guía al momento de la valoración de la existencia o no del mismo¹⁰⁰.

Este artículo 28 de la Ley de Competencia tiene su desarrollo en el artículo 15 del Reglamento de dicha normativa, el cual establece lo que Superintendencia de Competencia debe tomar en cuenta, para efectos de identificar el mercado relevante¹⁰¹.

⁹⁹ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

¹⁰⁰ Esos criterios son: a) Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medios tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución; b) Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, teniendo en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante; c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y d) Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

¹⁰¹ Lo que se debe tomar en cuenta es: a) Los bienes o servicios objeto de la investigación y sus posibles o efectivos sustitutos; ya sean éstos producidos, comercializados u ofrecidos por los presuntos infractores o investigados, nacionales o extranjeros. Se considerará, entre otros, el tiempo requerido para tal sustitución, los precios, las características, los usos y aplicaciones, las alternativas de consumo, las finalidades, la disponibilidad, los costos de cambio, así como la accesibilidad del bien o servicio en cuestión, las percepciones de sustituibilidad y las tendencias de mercado; b) La existencia de oferentes en otros mercados que, sin ser productores del bien o servicio del mercado relevante, puedan empezar a producirlo sin costos significativos y en un corto plazo; c) La disponibilidad en el corto plazo de contar

2.4 Abuso de la posición dominante

En nuestro país, “la Ley de Competencia no brinda una definición de posición dominante, sin embargo, en el Glosario de Términos de Competencia de esta Superintendencia (Edición 2010) se define como la condición bajo la cual un agente económico tiene la capacidad para actuar con independencia de sus competidores, clientes, proveedores y, en definitiva, del consumidor final, sin que agentes competidores reales o potenciales puedan contrarrestar dicho poder”¹⁰².

En el Capítulo III del Título III denominado “De las prácticas anticompetitivas” de la Ley de Competencia, se establece en el artículo 30 lo denominado como “Del abuso de la posición dominante”, en el que se establece que se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, señalando supuestos específicos¹⁰³.

Del artículo antes mencionado, sin mayor esfuerzo interpretativo de la norma, se extraen dos pequeñas conclusiones, que la posición dominante en el mercado per se, no es sancionado por la Ley de Competencia, sino que el abuso de esta. La segunda es que los casos de abuso de posición dominante contenidos en el artículo 30, no son supuestos cerrados o *numerus clausus*, dado que el legislador relacionó en dicha disposición “entre otros”, abriendo la posibilidad de otros supuestos.

productos sustitutos como consecuencia de la innovación tecnológica; d) El área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes, sin incurrir en costos apreciablemente diferentes y tomando en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados; y, e) Las restricciones económicas y normativas de carácter local, departamental, nacional o internacional que limiten el acceso a dichos bienes o servicios sustitutos, o que impidan el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

¹⁰² Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-010-O/PS/R-2010 – Dizucar, S.A. de C.V.

¹⁰³ Estos son: a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes; b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado; c) La disminución de precios en forma sistemática, por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores, o evitar la entrada o expansión de éstos; y d) La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio, cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país.

Sobre esta segunda conclusión opera lo que se ha venido justificando, de que en materia de Competencia, tampoco pueden quedar cerrados o acabados según la norma, lo supuestos de abuso de posición dominante, como opera en los casos de los acuerdos entre competidores.

“La posición dominante no está prohibida en sí misma, ni implica reproche alguno para quien goza de ella, sino que es el abuso de dicha posición lo que se considera como una infracción anticompetitiva en la Ley de Competencia; no obstante, cuando un agente económico tiene posición dominante lleva aparejada una carga especial de responsabilidad a la hora de actuar en el mercado, ya que (...) una empresa en esa posición puede efectuar con facilidad conductas que debilitarían la competencia... Así conductas que en una situación de competencia se considerarían neutrales o incluso positivas, pueden ser consideradas abusivas si son realizadas por empresas que gozan de una posición dominante. Es decir, determinadas conductas pueden no ser consideradas “abuso” cuando son realizadas por empresas que no tienen posición dominante, y sí pueden constituirlo cuando son efectuadas por agentes con tal posición (...) entre más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante. ...este especial deber de diligencia exigible a un agente económico con posición dominante no debe implicar que este pierda su actitud competitiva en el mercado, sino que debe procurar continuar comportándose con espíritu empresarial, tratando de superarse a sí mismo y a sus competidores, sin olvidar el deber de cuidado que debe tener en esta situación. Significa entonces que sobre los agentes con posición dominante pesa una especial responsabilidad que se traduce en un mayor deber de diligencia, y que debe ser predicable, dado el especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general, y a sus competidores, clientes y consumidores, en particular”¹⁰⁴.

“Hay que aclarar que para poder abusar de la posición de dominio es preciso ostentarla, de manera que el abuso se configure a partir de una conducta posterior a la

¹⁰⁴ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día catorce de octubre de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-047-D/PS/R-2013 - Digicel, S.A. de C.V.; Telefónica S.A. de C.V.; Cte S.A. de C.V.; Personal S.A. de C.V.; Telemóvil S.A. de C.V.

obtención de esa posición. En ese sentido, no es posible que la misma conducta mediante la que se alcanza posición de dominio concurrentemente se traduzca en la práctica abusiva. Y es que, entender lo contrario provocaría que esta Superintendencia castigue la simple obtención de una posición de dominio, lo cual no es posible, dado que la Ley de Competencia prohíbe el abuso de la posición dominante y no la búsqueda y ostentación de tal posición”¹⁰⁵.

El artículo 30 de la Ley de Competencia tiene su desarrollo en el artículo 17 del Reglamento de dicha normativa, el cual establece los criterios orientadores para la valoración de acciones constitutivas de abuso de la posición dominante¹⁰⁶.

2.5 Concentraciones

Respecto de este tipo de prácticas anticompetitivas, el legislador delimitó cuando debe entenderse que existe concentración, lo cual lo hizo en el artículo 31 de la Ley de Competencia, sosteniendo que existen: a) Cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o en partes; y b) Cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.

El reglamento de la Ley de Competencia en su artículo 18, estableció que para los efectos del Art. 31 de la ley, se entenderá que constituye operación de concentración económica, además de las fusiones efectuadas en los términos indicados en el Código de Comercio, cualquier acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones

¹⁰⁵ Resolución de trámite emitida por la Superintendencia de competencia a las doce horas y cuarenta y cinco minutos del día quince de noviembre de dos mil siete, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-011-D/PA/NR-2007 – MIDES, SEM DE CV.

¹⁰⁶ Estos son: a) Que la práctica analizada propicie un incremento en los costos de acceso o salida a competidores, ya sean potenciales o actuales, nacionales o extranjeros; b) Que la práctica analizada tienda a dificultar u obstaculizar el acceso a insumos de producción, la internación de bienes o servicios o provocar un incremento artificial en la estructura de costos de sus competidores o dificultar su proceso productivo o de comercialización, o reducir la demanda de éstos; c) El uso persistente de las ganancias que un agente económico obtenga en la comercialización de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro bien o servicio; y, d) El establecimiento comercialmente injustificado de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones.

judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, que conduzca a la concentración de empresas, divisiones o participaciones de empresas y activos en general.

El legislador, como elemento normativo, definió lo que debe entenderse por control en el artículo 32 de la Ley de Competencia, siendo la a capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico.

A partir de la referida disposición legal, “el concepto de control se refiere a los medios de influencia que normalmente disponen los propietarios de una persona jurídica. Control significa la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una persona jurídica en cuanto a la determinación de las decisiones comerciales y estratégicas. El elemento inherente a la determinación de la existencia de una concentración es si a partir de algún acto jurídico se conforma en el mercado una sola unidad económica, donde antes había dos o más unidades independientes de toma de decisiones. Los mecanismos a través de los cuales se completa esa transformación caben dentro de la definición de control. De acuerdo a la doctrina, existe control, normalmente, cuando se posee la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad. De acuerdo a la Ley de Competencia (Art. 31), una persona jurídica puede ejercer control sobre otra persona jurídica, ya sea de forma directa o de manera indirecta. En ambos casos, la persona controlada forma parte del grupo económico de la persona controladora. En consecuencia, existirá concentración económica -entre otros casos- cuando se dé un control directo o indirecto. A este respecto, la adquisición de la mayoría accionaria de una sociedad por parte de otra, constituye una modalidad de concentración económica”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día ocho de mayo de dos mil siete, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-012-S/C/R-2007 - Citibank Overseas Investment Corporation (COIC) – Inversiones Financieras Cuscatlán S.A

También el legislador fijó en el artículo 33 de la Ley de Competencia que las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia.

En el artículo 38 de la Ley de Competencia, dentro de los primeros tres incisos se habla de las sanciones económicas que puede imponer la Superintendencia de Competencia derivadas de las prácticas anticompetitivas, asimismo de lo que esta puede ordenar, sanciones que se pueden imponer a aquellos agentes económicos que, debiendo hacerlo, no solicitaren la autorización de una concentración, según lo dispone el inciso cuarto de dicha norma.

También es importante mencionar que, en el ámbito de las concentraciones, conforme al inciso quinto del artículo 38 de la Ley de Competencia, cuando el agente económico a quien se le condicionó la solicitud de concentración económica no cumpla con lo ordenado en la resolución final dictada en esta clase de procedimiento de autorización, o lo haga de manera incompleta, incorrecta, falsa o engañosa, la superintendencia puede imponer una multa de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día que transcurra sin que se cumpla con lo ordenado.

Dentro del ámbito de competencia, las operaciones entre agentes económicos pueden dar lugar a tres tipos diferentes de concentraciones: Verticales, Horizontales y de Conglomerado. Cada una de ellas con diferentes efectos sobre la concentración, la eficiencia, las posibilidades de reforzamiento de una posición dominante previa y, en consecuencia, sobre la posibilidad de afectar la competencia.

*“Así, **las concentraciones de tipo vertical** se producen cuando los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, distribución y comercialización del producto final. En estos casos, comúnmente el agente económico absorbido o controlado*

es cliente o proveedor del otro y en principio, dado que no se produce entre competidores la operación no afectaría la concentración de mercado. Sin embargo, su análisis se vuelve relevante en la medida que se dice que este tipo de concentración económica podría llegar a favorecer el cometimiento de prácticas relativas. **Las concentraciones horizontales** son aquéllas en las cuales las sociedades que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto. Otra definición es la que indica que concentración horizontal es aquella en la que una sociedad adquiere todo o parte de los activos o del capital (en otras palabras, el control) de otra sociedad que fabrica o vende productos idénticos o esencialmente similares en una misma área geográfica. Es este tipo de concentraciones en las cuales, dada la naturaleza de la misma, se produce generalmente una reducción en el número de competidores de un mercado, efecto que es asociado con un reforzamiento de la posición de dominio, aumentos de la concentración de mercado y/o de la facilitación de la coordinación entre competidores. De ahí, la relevancia y profundidad en su análisis. **Las concentraciones de conglomerado**, finalmente, comprenden operaciones donde las partes no poseen una relación económica evidente ni actividades simultáneas en los mismos mercados de bienes y servicios, y por lo tanto, no tendrían efecto en los niveles de concentración”¹⁰⁸.

Ahora bien, en ese orden, la Ley de Competencia, en el artículo 34 estableció que para determinar si una concentración provocará una limitación significativa de la competencia, la Superintendencia, deberá tomar en cuenta, además de los criterios establecidos en los artículos 28 y 29 de esta Ley, los siguientes: a) Eficiencia económica; y b) Cualquier otro elemento relevante. La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación, integración o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en esta Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor que no

¹⁰⁸ Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día veinticinco de marzo de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-002-S/C/R-2008 Aes Nejapa Gas, Ltda de C.V y Bioenergía S.A de C.V.

puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

“La evaluación de las ganancias en eficiencia proviene de la necesidad de contrarrestar los posibles efectos restrictivos a la competencia derivados de un aumento en los niveles de concentración debido a la operación y de la posible adquiriencia de una posición de dominio de manera integral con las particularidades que probablemente se suscitarán en el sector estudiado como producto de la combinación de activos o sinergias derivadas precisamente de la concentración”¹⁰⁹.

“Las eficiencias que puede generar una operación de concentración pueden ser de diversa índole, entre otras, aquellas que previsiblemente causan una reducción en los costos variables o marginales; la sustancialidad de esta categoría es favorable en su ponderación, pues su acción incidirá lógicamente de manera directa en los precios a corto plazo. Por otra parte, se encuentran aquellas eficiencias que implican razonablemente una previsible reducción en los costos fijos, este tipo de eficiencias tienden a ser causas de movimientos en el mercado más a largo plazo y su afectación directa en el precio no es tan directa ni clara, por ello posiblemente solo si su significancia es amplia y manifiesta tendrán un alcance positivo en términos de evaluación de la eficiencia y los beneficios asociados a la misma. Un tercer grupo está conformado por las denominadas eficiencias dinámicas, las cuales se manifiestan como innovaciones o mejoras productivas, procesos más expeditos o de significativamente menores requerimientos y/o nuevos y mejores productos, entre otros”¹¹⁰.

109 Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas y treinta minutos del día treinta de septiembre de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-016-S/C/R-2008 - Millicom Cable N.V. - Central American Capital Group, Inc - CA Cable Investment Group Limited.

110 Ibid.

2.6 De los Carteles.

“El cartel es el acuerdo entre agentes económicos que participan en el mismo mercado, con el objeto de fijar políticas conjuntas en cuanto a precios, cantidades de producción y acuerdos horizontales”¹¹¹.

De la definición anterior se puede extraer tres elementos esenciales para determinar que se está frente a un cartel, siendo estos: a) La existencia de un acuerdo; b) El acuerdo es entre competidores; y c) Ese acuerdo es para restringir la competencia.

Respecto del primer elemento, la existencia de un acuerdo, este necesariamente debe ser de naturaleza antijurídica, en vista que la concurrencia de voluntades va encaminado a realizar violaciones a las normas que rigen la competencia en un país, por lo que es indiferente que dicho acuerdo se concrete o materialice de forma verbal o escrita. Aunque, en esta última forma, es casi imposible que se deje reflejado el acuerdo, porque implicaría una forma ingenua de dejar evidencia de la actuación ilegal que estarían realizando, salvo que desconozcan que el comportamiento a realizar o que estén realizando, según el acuerdo, es antijurídico.

Un aspecto que se puede indicar, es que al ser antijurídico el acuerdo, reviste de secretividad el mismo y es que si se filtra el acuerdo a las autoridades que velan por la competencia, estos impondrían las sanciones que previamente tenga señalado el tipo de práctica anticompetitiva que se esté desarrollando.

Sobre el segundo elemento, que el acuerdo es entre competidores, es claro, no pueden ser otros, y tal como ya se conceptualizado, ese acuerdo es entre los agentes económicos que están en un mercado que están con la capacidad de producir o vender el producto dentro de un periodo de tiempo.

111 Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

El último elemento, que el acuerdo es para restringir la competencia, se desprende de las prácticas anticompetitivas que realizan los carteles en El Salvador, como es fijar políticas en cuanto a precios, cantidades de producción y acuerdos horizontales.

Para la OCDE *“un cartel es un acuerdo contrario a la competencia, la práctica concertada anticompetitiva, o acuerdo contrario a la competencia por los competidores para fijar precios, hacer ofertas concertadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones a la producción o cuotas, o compartir o dividir mercados mediante el reparto de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio”*¹¹².

Esta conceptualización establece lo que se le conoce como los *Hard Core Cartels*, es decir, los carteles intrínsecamente nocivos¹¹³ o carteles de núcleo duro, manifestando que *“estas conductas son consideradas como una de las violaciones más importantes de la competencia ya que perjudican sensiblemente a los consumidores a causa de un incremento artificial del precio y de una fuerte restricción de la oferta, haciendo que algunos productos o servicios pasen a ser totalmente inaccesibles para algunos consumidores e innecesariamente caros para otros”*¹¹⁴.

¹¹² OCDE.: "Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels", OCDE, Council at its 921st Session on 25 March 1998. www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf Consulta: 03 abril de 2014, citado por Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: Carteles Económicos y Leniency Program: Actualizaciones jurisdiccionales (México-Nicaragua), Universidad Iberoamericana, México, 2015, pág. 34.

¹¹³ Con la expresión "intrínsecamente nocivos" se destaca los efectos particularmente dañinos en los países menos desarrollados. OCDE.: "Hard core Cartels: Meeting of the OECD Council at Ministerial Level", OCDE, París, 2000. <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/2752129.pdf>.

¹¹⁴ La OMC también se ha manifestado al respecto: los cárteles más duros son el tipo de práctica anticompetitiva más perniciosa desde el punto de vista del comercio y el desarrollo, así como de la aplicación de la ley de competencia; que pueden tener el efecto de socavar los beneficios que deberían derivarse de la liberalización del comercio internacional y, por lo tanto, son una preocupación importante para el sistema multilateral de comercio; que imponen altos costos a los consumidores y las industrias usuarias y, por lo tanto, también a las perspectivas de desarrollo de los países pobres; que recientemente se ha demostrado que la magnitud del daño causado especialmente por los cárteles internacionales es mayor de lo que se sabía anteriormente; y que los cárteles proliferan allí donde los países carecen de herramientas legislativas y de otro tipo para hacerles frente. Estos puntos se desarrollan a continuación, con las referencias apropiadas", OMC, WT/WGTCP/W/191, 20 de junio de 2002. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=79408,55409,6397,3422,71416,68467,10217,14015&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.

También existen los *Soft Core Cartel*¹¹⁵, refiriéndose a “*las conductas en que los competidores trabajan juntos para asegurar las ganancias, minimizando la pérdida de eficiencia o transferencias, o cuando las pérdidas y las transferencias son compensadas por otros beneficios*”¹¹⁶. Este tipo de carteles son analizados bajo la regla de razón, a diferencia de los *Hard Core Cartel*, los cuales son ilegales y se analizan bajo la regla *Per se*.

En este punto es importante acotar, que tomando en cuenta la definición que nos brinda la Superintendencia de Competencia, de lo que es un cartel, podemos concluir que en nuestro país solo se regulan los carteles hasta aquí identificados como *Hard Core Cartel*, lo cual tendría sentido cuando observamos la regulación del programa de clemencia -figura que se abordará ampliamente más adelante en esta investigación-, regulado en la Ley de Competencia, a partir del inciso segundo del Art. 39, cuando sostiene que cualquier agente económico que haya incurrido o este incurriendo en una práctica anticompetitiva entre competidores¹¹⁷ podrá reconocerlo ante el superintendente, es decir, no habla de las otras, es decir, de las prácticas anticompetitivas entre no competidores, del abuso de la posición dominante o de las concentraciones.

Otra de las tipologías de los carteles que se formulan, a parte de la *Hard Core Cartel* y el *Soft Core Cartel*, están los carteles nacionales e internacionales. La primera de ellas, las nacionales, son aquellas cuyas conductas anticompetitivas no se realizan fuera de un país, se circunscriben a un solo mercado nacional. Los carteles internacionales, son aquellos que realizan prácticas anticompetitivas, en más de un país.

¹¹⁵ Son conductas tales como: patent pooling, patent trol, R&D. Vease. Connor, John M.: "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels", *Journal of Industry, Competition, and Trade*, Purdue University: American Antitrust Institute (AAI), Washington D.C., vol. 6, December 2006. p. 200. citado por Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: *Carteles Económicos y Leniency Program: Actualizaciones jurisdiccionales (México-Nicaragua)*, Universidad Iberoamericana, México, 2015, pág. 34.

¹¹⁶ King David.: "Criminalisation of Cartel Behaviour". Ministry of Economic Development New Zealand, January 2010, p. 6. <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.454.3911&rep=rep1&type=>, citado por Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: *Carteles Económicos y Leniency Program: Actualizaciones jurisdiccionales (México-Nicaragua)*, Universidad Iberoamericana, México, 2015, pág. 34.

¹¹⁷ Conocidos también como acuerdos horizontales, practicas absolutas o carteles.

Ejemplo de los carteles internacionales es el denominado “carteles de las vitaminas”. En ese caso, *“la Comisión Europea encontró en mayo de mil novecientos noventa y nueve, que 13 empresas europeas y no europeas participaron en cárteles destinados a eliminar la competencia en los mercados de las vitaminas A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, biotina (H), ácido fólico (M), betacaroteno y carotínidos. Un destacado rasgo de este conjunto de infracciones es el papel central desempeñado por Hoffmann-La Roche y BASF, los dos principales productores de vitaminas, virtualmente en todos y cada uno de los cárteles, mientras que los demás sólo participaron en un número limitado de productos vitamínicos”*¹¹⁸.

Otro caso relevante de cartel internacional, es el caso conocido como “cartel de electrodos de grafito”, siendo esto último *“columnas de grafito con moldeado cerámico utilizadas fundamentalmente en la producción de acero en hornos de arco voltaico, también denominadas miniacérías. En este caso, las empresas fijaron los precios del producto, acordaron y aplicaron un mecanismo para incrementar los precios, se asignaron mercados y cuotas de mercado, acordaron no aumentar la capacidad de producción, acordaron no transferir tecnología fuera del círculo de participantes en el cartel, crearon un mecanismo para supervisar y hacer cumplir sus acuerdos. Finalmente, en este caso la Comisión Europea sancionó a ocho empresas”*¹¹⁹.

Sobre los carteles internacionales es importante acotar, que la globalización en el mercado busca generar beneficio entre los diferentes Estados, que éstos últimos se abran a la llegada de nuevos agentes económicos, a fin de hacer llegar mejores beneficios a los consumidores, traducidos en mejores precios, mejor calidad y

¹¹⁸ Las multas se impusieron a las ocho empresas siguientes: F. Hoffmann-La Roche AG (Suiza): € 462 millones, BASF AG (Alemania): € 296.16 millones, Aventis SA (Francia): € 5.04 millones, Solvay Pharmaceuticals BV (Países Bajos): € 9.10 millones, Merck KgaA (Alemania): € 9.24 millones, Daiichi Pharmaceutical Co Ltd (Japón): € 23.4 millones, Eisai Co Ltd (Japón): € 13.23 millones, y Takeda Chemical Industries Ltd (Japón): € 37.05 millones. Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0002>.

¹¹⁹ Las multas se impusieron a las ocho empresas siguientes: SGL Carbon AG: 80,2 millones de euros, UCAR International Inc.: 50,4 millones de euros, VAW Aluminium AG: 11,6 millones de euros, Showa Denko KK: 17,4 millones de euros, Tokai Carbon Co. Ltd: 24,5 millones de euros, Nippon Carbon Co. Ltd: 12,2 millones de euros, SEC Corporation: 12,2 millones de euros, The Carbide Graphite Group: 10,3 millones de euros. Véase <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:100:0001:0042:ES:PDF>.

diversificación en los productos, sin embargo, cuando se erigen este tipo de carteles, lo que genera es lo contrario a lo que se espera de globalización, es decir, se producen desmejoras y mayor afectación al consumidor.

La Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó que los carteles son “el mal supremo de la regulación antimonopolios” y que “perseguir carteles continúa siendo la mayor prioridad de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos”. La División Antimonopolio hace especial hincapié en la lucha contra los carteles internacionales que se dirigen a los mercados estadounidenses debido a la amplitud y magnitud del daño que infligen a las empresas y consumidores estadounidenses”¹²⁰.

Establecido todo lo anterior, es importante traer a cuenta algunos factores que favorecen o facilitan el apareamiento de los carteles, **el primero de ellos es cuando existe un alto grado de concentración o una concentración de la oferta**, como señala la Autoridad Catalana de Competencia -ACCO-¹²¹, ya que cuando existen pocos agentes económicos en un área del mercado, puede resultar más fácil llegar a un arreglo entre ellos¹²².

*“Otro aspecto que favorecen el apareamiento de los carteles, es cuando existen **barreras de entradas**”*¹²³ **en los sectores de los mercados**, lo cual tiene lógica ya que

¹²⁰ Citado en «Cartel Enforcement in the United States and Beyond», 2007. Disponible en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.htm>.

¹²¹ Autoridad Catalana de la Competencia.: "Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya", ACCO, Catalunya, febrero 2010, p. 14.

¹²² Según la ACCO la colusión será más probable en un entorno con pocas empresas a causa, principalmente, de los siguientes factores: i) las ganancias obtenidas de una colusión acordada por un número elevado de empresas serán reducidas ya que los beneficios se tendrán que repartir entre muchos mientras que desviarse del acuerdo comportará una ganancia presente más elevada y una pérdida futura reducida, (ii) cuantas menos empresas participen en el mercado más fácil será coordinarse en sus comportamientos y la probabilidad que una de estas empresas pueda tener intereses divergentes en el presente o futuro también disminuye y (iii) el coste de vigilar el cumplimiento del acuerdo será más grande en función del número de empresas que se tienen que controlar.

¹²³ Es cualquier factor que dificulta a una nueva empresa hacer su ingreso en un mercado. Resico, Marcelo.: Introducción a la Economía Social de Mercado. Konrad Adenaur Stiftung, Buenos Aires, 2010, p. 99. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=22412104-f255-886e-178f-8b32bf5bce06&groupId=252038.

cuando estas barreras existen, evitan mayor competencia y entre los competidores que ya están se puede generar los acuerdos.

“La homogeneidad de los productos es otro supuesto que favorece el apareamiento de carteles. ya que (i) cuanto más homogéneo sea el producto y menos número de variedades existan más fácil será llegar a un acuerdo para fijar precios y, en consecuencia, más fácil será vigilar el cumplimiento y (ii) si existen diferencias de calidad entre los productos la empresa más competitiva probablemente tendrá unos incentivos más elevados para no coludir”¹²⁴.

El Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, identificó la existencia de algunos factores que posibilitaban la concreción y la estabilidad de los carteles en la telefonía móvil. *“En cuanto al desempeño y estructura del mercado, se determinó que los factores que podrían haber contribuido al acuerdo eran: **presencia de un reducido número de agentes participantes, elevados niveles de concentración de mercado y la continua expansión que ha presentado la telefonía móvil en los últimos años.** Otro elemento que posibilitó el acuerdo fue **la existencia de posición dominante de cada uno de los agentes económicos** involucrados en la terminación de llamadas en su propia red. Asimismo, dichos agentes estarían ofreciendo un **producto homogéneo** en el sentido que se trata de cobros por el servicio de terminación de llamadas. Así, el hecho que existieran pocos participantes en el mercado (lo que genera un mercado concentrado, que se considere la escasez de espectro como la principal barrera a la entrada, que el servicio sea homogéneo y existan contactos en múltiples mercados), configuró un escenario con las condiciones para facilitar la concreción de un acuerdo”¹²⁵.*

Planteada la figura de los carteles y las prácticas anticompetitivas reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, se vuelve necesario realizar un abordaje de las formas de iniciación del procedimiento administrativo sancionador que regula la Ley de

¹²⁴ Autoridad Catalana de la Competencia.: "Condiciones...", op cit., 2010, pág. 15.

¹²⁵ Resolución emitida por el Consejo Directivo, a las diez horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, en el procedimiento administrativo con referencia número SC-017-0-/PS/R-2010.

Competencia, sus etapas, recursos, en definitiva, de todo el procedimiento, que se aplica cuando uno o varios agentes económicos se le determina que están realizando cualquiera de las prácticas anticompetitivas ya abordadas.

CAPÍTULO III

DE LAS SANCIONES Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

Las infracciones que contempla la Ley de Competencia se pueden agrupar en dos, la primera de ellas son las contempladas en los artículos 25, 26 y 30 de dicho cuerpo normativo, es decir, los diferentes supuestos de acuerdo entre competidores, las prácticas anticompetitivas entre no competidores, del abuso de la posición dominante, abordadas en el capítulo II del presente trabajo de investigación.

El segundo grupo son distintas a las primeras, devienen del contenido normativo del artículo 38 de la Ley de Competencia, específicamente aquellas relacionadas con las concentraciones, es decir, cuando los agentes económicos, que debiendo hacerlo no solicitan la autorización de una concentración o cuando el agente económico a quien se le condicionó la solicitud de concentración económica no cumpla con lo ordenado en la resolución final dictada en esa clase de procedimiento de autorización, o la haga de manera incompleta, incorrecta, falsa o engañosa.

Es importante señalar que la concentración en sí no es una infracción, lo cual se extrae del artículo 36 de la Ley de Competencia, sino aquellas actuaciones relacionadas con esta.

3.1 De las Sanciones y criterios para su imposición.

3.1.1 De las Sanciones.

3.1.1.1 La Multa

El Art. 38 de la Ley de Competencia establece que las infracciones de dicha Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios contenidos en el artículo 37 del mismo cuerpo normativo, siendo estos la gravedad de la infracción comprobada (el daño causado, la participación del infractor en los mercados, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica, las dimensiones del mercado y la reincidencia) y el principio de proporcionalidad, multa que tendrá un máximo de cinco mil

salarios mínimos mensuales en la industria. Esta es la primera regla que se puede considerar al momento de sancionar una infracción.

“La multa, representa el instrumento por excelencia para materializar el ius puniendi de la administración”¹²⁶ y “puede entenderse como una sanción de tipo pecuniario que afecta, por tanto, inmediatamente, al patrimonio del trasgresor de una norma administrativa”¹²⁷ “de manera que puede aplicarse a las personas físicas o jurídicas”¹²⁸, “lo cual implica que el sancionado se convierte en deudor con relación a su importe”¹²⁹ para con el Estado.

La multa es una sanción administrativa que menoscaba el patrimonio de los infractores. Esta clase de sanción en el derecho administrativo sancionador respecto de nuestro ordenamiento jurídico, es una de las sanciones más efectivas, debido a que ataca al patrimonio, motor de las personas, tanto natural como jurídicas.

La efectividad se observa en el sentido que se ha ido desplegando en varias áreas de derecho, entre estas, materia de tránsito, migración, registro, municipal, medio ambiente etc.

Finalmente, se puede decir que la multa es un medio represivo elemental y efectivo contra las infracciones de las personas jurídicas, lo que le da ventaja al derecho administrativo sancionador frente al ámbito penal.

El salario mínimo para las personas en el rubro de la industria, conforme al Decreto Ejecutivo¹³⁰ que entró en vigencia a partir del día uno de agosto del año dos mil veintiuno, establece que el salario mínimo es por un valor de trescientos sesenta y cinco

¹²⁶ Remires Torrado, María Lourdes. “Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración”. Revista de Derecho, numero 028. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. 2007. P. 318.

¹²⁷ Garrido Falla, Fernando. Tratado de derecho administrativo, Parte general. Volumen II, duodécima edición, edit. Tecnos, Madrid, España. 2005 P. 195.

¹²⁸ Dromi, Roberto, —Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998. Nota 5.2.

¹²⁹ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel. Compendio de derecho administrativo, segundo curso. 2da edición, Porrúa, México, 2001 pág. 211.

¹³⁰ Decreto Ejecutivo número 10, publicado en el Diario Oficial número 129, Tomo número 432 de fecha siete de julio de dos mil veintiuno.

dólares al mes (\$365), por lo que sobre la base de esta regla, el mínimo del monto a imponer sería TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DOLARES hasta un máximo de UN MILLON OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

El inciso segundo del Art. 38 de la Ley de Competencia, establece una segunda regla atendiendo a un presupuesto específico *“cuando la práctica incurrida revista particular gravedad”*, facultando al superintendente a que podrá imponer, en lugar de la multa en el inciso primero del Art. 38. *“una multa hasta por el seis por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor o hasta por el seis por ciento del valor de sus activos durante el ejercicio fiscal anterior o una multa equivalente a un mínimo de dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada derivadas de las prácticas anticompetitivas”*, cualquiera que resultare más alta.

En estos casos la capacidad de pago de los agentes económicos se puede ver reflejada en los estados financieros relativos al ejercicio fiscal correspondiente al año anterior en el que se pudiera imponer la multa, estados financieros que pueden servir de parámetro para calcular la multa respectiva.

En el ámbito constitucional, refiriéndose al aspecto tributario, se ha establecido que la capacidad económica es también llamada contributiva, de pago o de prestación como canon de justicia distributiva, es uno de los límites materiales que debe respetar el Estado cuando ejerce su poder impositivo. *“La capacidad económica generalmente se mide por medio de cuatro indicadores: (i) el patrimonio; (ii) la renta; (iii) el consumo; o (iv) el tráfico de bienes”*¹³¹.

El artículo 38 de la Ley de competencia, establece tres supuestos especiales que pueden llevar a la imposición de multa. El primer supuesto está contemplado en el inciso quinto de dicho Artículo, siendo aquellos casos donde ***“el agente económico a quien se le condicionó la solicitud de concentración económica no cumpla con lo***

¹³¹ Sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas con dieciséis minutos del día trece de mayo de dos mil dieciséis, en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 65-2014.

ordenado en la resolución final dictada en esta clase de procedimiento de autorización, o lo haga de manera incompleta, incorrecta, falsa o engañosa". En estos casos se ha facultado a la Superintendencia que pueda imponer una multa de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día que transcurra sin que se cumpla con lo ordenado.

El inciso sexto de la disposición antes mencionada, también establece el supuesto de que "**las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta**"; o en aquellos casos de "**quienes no acataren una medida provisional ordenada de conformidad a la Ley de Competencia**". En estos casos también la Superintendencia podrá también imponer multa de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso.

Por último, tenemos el contenido del inciso séptimo de la referida disposición, la cual establece el supuesto de aquel "**agente económico que haya interpuesto una denuncia utilizando datos o documentos falsos con la intención de limitar, restringir o impedir la competencia**". En estos casos también se le podrá imponer, previo el procedimiento respectivo, las multas a que se refiere el inciso primero y segundo del Art. 38 de la Ley de Competencia.

La característica esencial en los supuestos de sanciones de multa, según se extrae del contenido normativo del Art. 38 de la Ley de Competencia, es que siempre el legislador establece la palabra "podrá", es decir, no lo establece de forma imperativa, a diferencia de las otras sanciones que se pueden imponer, cuando dice "**ordenará**" la cesación de las prácticas anticompetitivas "**establecerá**" las condiciones y obligaciones necesarias. Lo anterior atiende al margen de valoración que se le deja a la autoridad que impone la multa de considerar el caso en concreto y los criterios para la imposición de las sanciones, le fijación de la multa a imponer.

Según información pública actualizada hasta el día veinticuatro de junio de dos mil veintidós, que consta en la página oficial de la Superintendencia de Competencia, se

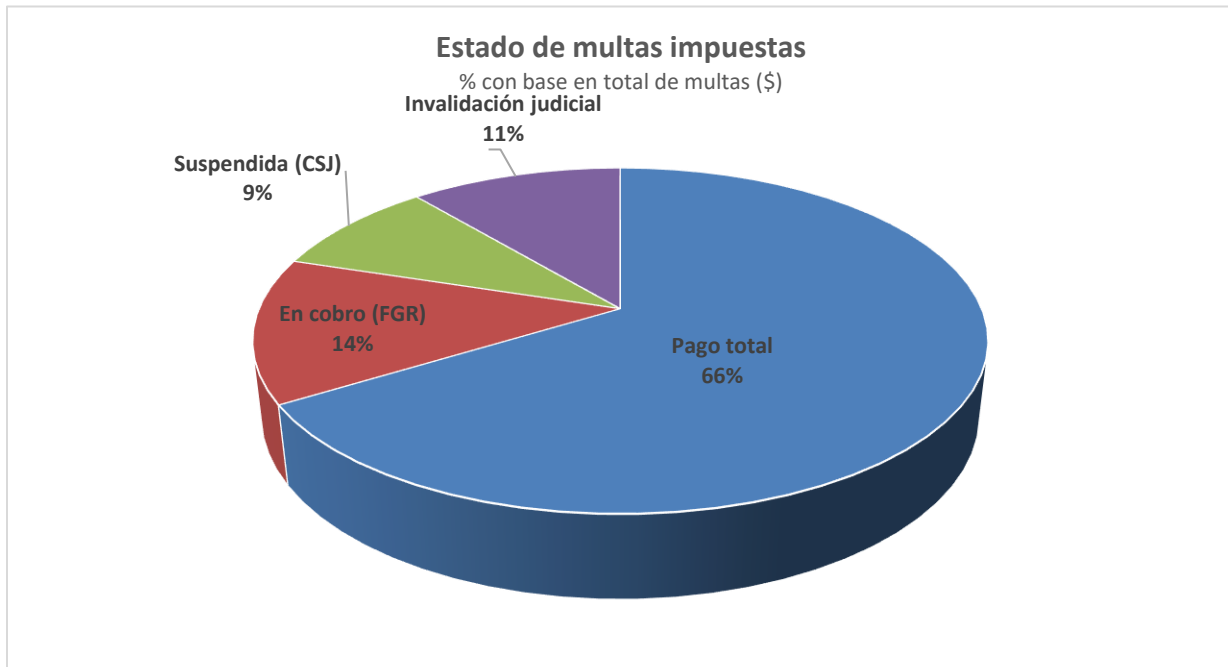
puede establecer el estado actual de las multas impuestas, encontrándose que, dentro de las ciento cinco multas impuestas, sesenta y cuatro de ellas ya están pagadas totalmente, entre otra información, así:

Tabla 1

Estado	No. De Multas	Total de la multa	Total pagado
Pago total	64	\$11,706,355.34	\$11,706,335.34
En cobro (FGR)	37	\$2,398,634.64	
Suspendida (CSJ)	2	\$1,593,364.56	
Invalidación judicial	2	\$1,965,649.80	
TOTAL	105	\$ 17,664,004.34	\$11,706,335.34

FUENTE: Superintendencia de Competencia.¹³²

Ilustración 2



FUENTE: Superintendencia de Competencia.

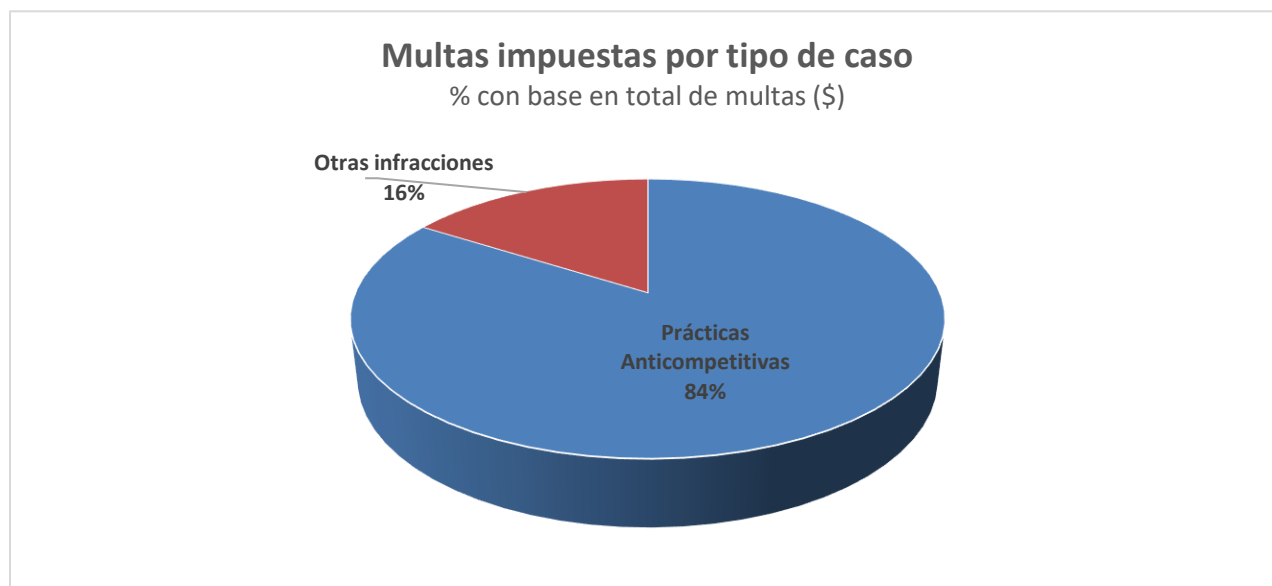
¹³² https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/seguimiento-multas-28062022/

Tabla 2

Multas impuestas por tipo de infracción		
Tipo de infracción	No. Multas	Total multa (\$)
Prácticas Anticompetitivas	58	\$14,833,066.59
Otras infracciones	47	\$2,830,937.75
TOTAL	102	\$17,664,004.34

FUENTE: Superintendencia de Competencia.

Ilustración 3.



FUENTE: Superintendencia de Competencia.

3.1.1.2 Otras consecuencias a las infracciones de la Ley de Competencia.

En el inciso tercero del Art. 38 de la Ley de Competencia, se establece que además de la sanción económica, se le faculta al Superintendente “ordenar la cesación de las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado y establecerá condiciones u obligaciones necesarias, sean estas estructurales o de comportamiento”.

La disposición contempla las condiciones u obligaciones que se pueden imponer en la resolución final, aunado a la multa que le corresponde al agente económico, cuando se le ha acreditado una práctica anticompetitiva.

Es importante dejar claro, que las condiciones u obligaciones que se exigen en el ámbito de las concentraciones no son sanciones y son distintas a aquellas que se imponen después que se ha acreditado una práctica anticompetitiva, es decir, a las que hace referencia el inciso tercero del Art. 38 de la Ley de Competencia.

Este tipo de condiciones u obligaciones que se pueden imponer en la resolución final, cuando se le ha acreditado una práctica anticompetitiva a un agente económico, la ley las llama estructurales o de comportamiento, que materializan el contenido normativo del artículo 1 de la Ley de Competencia, cuando establece que el objeto de la ley es la prevención y la eliminación de las prácticas anticompetitivas, buscando con ello restablecer unas condiciones óptimas de competencia en el mercado, para lograr la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Este tipo de condiciones u obligaciones que se pueden imponer, también son denominados remedios. “Los remedios tienen por objeto obligar al infractor a cesar en su conducta ilícita, eliminar o corregir sus efectos y restaurar la competencia en el mercado”¹³³. Los remedios reconocidos en la Ley de Competencia son estructurales o de comportamiento. Los primeros son las medidas “que permiten romper los vínculos entre una empresa y sus activos”¹³⁴, los cuales pudiera ser muy variados, como por ejemplo reducir o limitar un derecho de acceso exclusivo en un mercado, la eliminación de una cláusula de no competencia, la desinversión en ciertos activos específicos etc.

En cambio, *“los remedios de comportamiento afectan a la conducta futura de la empresa sancionada, obligándole a hacer —remedio positivo— o a no hacer —remedio negativo— algo... En la mayoría de los casos, esta orden obliga a la empresa a poner fin de forma inmediata a la conducta infractora, en la medida en que no lo hubiese hecho ya. Sin embargo, cuando la ejecución inmediata de la orden de cesación resulte muy difícil o fuese perjudicial para el mercado, o cuando viene acompañada de medidas*

¹³³ Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia, por Rafael Allendesalazar, publicado en el libro Remedios y Sanciones en el Derecho de Competencia, Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbo Juan, Fundación San Rafael del Pino, Marcial Pons, España, 2008.

¹³⁴ Ibid

*positivas, la autoridad puede conceder un plazo para poner en práctica esa orden de cesación*¹³⁵

Las sanciones y los remedios según el caso, pueden imponerse separadamente o de forma conjunta, en este último supuesto tenemos el caso DIZUCAR, donde el Consejo Directivo le impuso una multa de CINCO MIL (5,000) salarios mínimos mensuales urbanos en la industria que equivalía en esa fecha, a UN MILLÓN NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$1,096,750.00)¹³⁶. Asimismo, le ordenó el cese de las conductas comprobadas y declaradas como anticompetitivas¹³⁷.

La multa es una sanción administrativa que menoscaba el patrimonio de un agente económico que se le ha demostrado una práctica anticompetitiva, por parte de la Superintendencia de Competencia, a diferencia de una orden de cesación de una práctica anticompetitiva, la cual por naturaleza no pudiera ser una sanción propiamente tal, es más bien una consecuencia lógica de habersele demostrado la práctica

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Resolución final dictada a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en el caso con referencia SC-010-O/PS/R-2010.

¹³⁷ Las cuales fueron: 1. Respecto de la discriminación de precios: abstenerse de discriminar precios en la venta de azúcar entre sus clientes, debiendo respetar los principios que rigen el Derecho de Competencia. 2. En cuanto a la negativa de venta: vender el azúcar sin restricciones de ningún tipo a cualquier comprador que lo requiera, indistintamente del destino de la misma o de la presentación-granel o empacada- que se demande, así como de las cantidades que se soliciten. 3. Con relación a la obligación de informar: suministrar a esta Superintendencia cada noventa (90) días, a partir de la fecha en que quede firme en sede administrativa la presente resolución, y por un plazo de tres años, la siguiente información: i. Una base de datos detallada en forma mensual que incluya los volúmenes de ventas en sus diferentes presentaciones (empacada y a granel), quintales y monto monetario de cada venta por cada uno de los clientes de DIZUCAR, clasificados según su actividad comercial en distribuidores, empacadores, restaurantes, industriales y puntos de venta al consumidor final (supermercados, tiendas, restaurantes, etc.). La información deberá presentarse en formato digital en la plantilla de Excel que será proporcionada en un disco compacto. ii. Detalle de la política de precios de venta de la azúcar aplicada en el periodo de que se trate, incluyendo los descuentos aplicados por volúmenes de ventas efectuados. 4. Publicar en el establecimiento comercial de DIZUCAR, en sus centros de distribución, así como en su página web, los precios de venta del azúcar, en forma clara, precisa y en un lugar visible al público. 5. Publicar un desplegado de página entera, por tres días consecutivos, en sección principal, en todos los diarios de circulación nacional, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que quede firme en sede administrativa la presente decisión, en el cual DIZUCAR, en cumplimiento a lo establecido en esta resolución, da a conocer a todo el público la política de precios que aplica en la venta de la azúcar y que está obligada a vender azúcar a cualquier persona natural o jurídica que la requiera, sin restricciones de ningún tipo. Un ejemplar de cada uno de los diarios en los que fueron publicados los avisos deberá ser presentado a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su circulación.

anticompetitiva. Las otras condiciones u obligaciones que se puedan imponer, según el caso concreto, deberá de valorarse cada una si reúne la naturaleza de sanción o no.

Como último aspecto, el inciso cuarto del artículo 38 de la Ley de Competencia reconoce, que en el caso de los agentes económicos que, debiendo hacerlo, no solicitaren la autorización de una concentración, se le pueden imponer las mismas sanciones como en el caso de la determinación de una práctica anticompetitiva, es decir, una multa, la publicación de la decisión final del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en diarios de circulación nacional, etc.

3.2 De los criterios para la imposición de las sanciones.

La Ley de Competencia establece los criterios a observar para la imposición de sanciones, específicamente lo reconoce es el inciso primero del art. 37, siendo estos: la gravedad de la infracción comprobada y el principio de proporcionalidad. Sigue sosteniendo que la gravedad será determinada por criterios como: el daño causado, la participación del infractor en los mercados, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica, las dimensiones del mercado y la reincidencia.

Estos criterios pueden ser aplicados todos a un caso concreto, solo uno, dos o varios, todo depende de la naturaleza de la infracción.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha identificado los elementos esenciales de la potestad sancionadora administrativa: *“(i) es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; (ii) tiene un efecto aflictivo, porque su ejercicio trae como resultado la imposición de una medida de carácter aflictivo para el administrado, que puede consistir tanto en la privación de un derecho preexistente -sanción interdictiva como en la imposición de una obligación pecuniaria; y (iii) tiene una finalidad represora, esto es, el castigo de conductas contraria al orden jurídico a efecto de restablecerlo, a manera de*

*un control social coercitivo en desarrollo del ius puniendi estatal ante infracciones catalogadas como administrativas*¹³⁸.

La misma Sala de lo Constitucional también ha sostenido, que *“el reconocimiento de la potestad sancionadora administrativa conlleva, de forma paralela, la necesidad de la proporcionalidad de las sanciones administrativas, tanto en el plano de su formulación normativa, como en el de su aplicación por lo entes correspondientes. Así, en el plano normativo se observará la proporcionalidad siempre que las sanciones contempladas en la ley o reglamento sean congruentes con las infracciones respectivas; mientras que, en el plano aplicativo, el principio se cumplirá siempre que las sanciones que se impongan sean proporcionales a la gravedad que comporten los hechos según circunstancias objetivas y subjetivas*¹³⁹.

*“El principio de proporcionalidad implica la prohibición de exceso de las medidas normativas de índole sancionatorio administrativo, que sólo podrán ser materializadas cuando su cuantía y extensión resulte idónea, necesaria y proporcionada en estricto sentido para la consecución de fines constitucionalmente legítimos. Una sanción administrativa será idónea si es capaz de conseguir los fines perseguidos por el legislador con su adopción; será necesaria si dentro del catálogo de medidas posibles no existen otras que posean igual grado de idoneidad con respecto a la finalidad advertida y que sean menos lesivas o dañosas a los derechos fundamentales involucrados; y, finalmente, será proporcionada en estricto sentido si, superados los juicios de idoneidad y necesidad, es adecuada en relación con la magnitud o lesividad del comportamiento del infractor*¹⁴⁰.

La Sala de lo Constitucional también ha sostenido que *“entre los criterios de dosimetría de sanciones administrativas que pueden considerarse se encuentran: (i) la intencionalidad de la conducta constitutiva de infracción; (ii) la gravedad y cuantía de los*

¹³⁸ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas del día once de noviembre de dos mil tres, en la inconstitucionalidad con referencia 16-2001.

¹³⁹ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día tres de febrero de dos mil dieciséis, en la inconstitucionalidad con referencia 175-2013.

¹⁴⁰ Ibid.

*perjuicios causados; (iii) el beneficio que, si acaso, obtiene el infractor con el hecho y la posición económica y material del sancionado; y (iv) la finalidad inmediata o mediata perseguida con la imposición de la sanción*¹⁴¹.

*“La medida de gravedad no solo se encuentra vinculada al tipo de ilícito que en este caso se ha reconocido como una de las modalidades o prácticas más dañinas al mercado y a la competencia -y que por ello, en muchas jurisdicciones se analiza bajo la aludida regla per se-sino que, en razón todas las causales expuestas, tales como: **su magnitud, el grado de trascendencia, alcance, perjuicios directos y colaterales, así como su duración**, se concluyó que dicha infracción revestía un carácter de particular gravedad”*¹⁴².

El legislador pretende, al establecer estos criterios, que las sanciones que imponga no sean inoperantes, es decir, que resulte más beneficioso para el infractor la comisión de las infracciones tipificadas que el cumplimiento de las normas infringidas, claro, sin perder de vista el principio de proporcionalidad en relación a la gravedad de la infracción.

La Ley de Procedimientos Administrativos establece como principio, en la potestad sancionadora, la proporcionalidad, en el artículo 139, de la cual refiere que, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por parte de la Administración Pública, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción aplicada. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que de las infracciones tipificadas no resulte más beneficio para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

¹⁴¹ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas con diez minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis, en la inconstitucionalidad con referencia 109-2013.

¹⁴² Resolución final de las doce horas y cinco minutos del veintisiete de mayo de dos mil quince, emitida en el proceso con referencia SC-012-0/PS/R-2013 – Aseuiza Vida, Sociedad Anónima, Seguros de Personas.

El principio de proporcionalidad constituye un límite de la actuación represiva, en el sentido que, al imponerse una sanción administrativa sobre la base de un marco punitivo genérico, la discrecionalidad administrativa debe conectarse con el mencionado principio. Ello obliga a la Administración Pública a tomar en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas para la graduación de la sanción, evitando de esta manera la arbitrariedad.

La técnica denominada marco punitivo genérico, *“establece los límites mínimos y máximos dentro de los cuales el órgano competente debe determinar la sanción a imponer posterior a la atribución de una infracción, debiendo ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto que justifiquen la modulación de la misma. En tal sentido, la Administración Pública, después de identificar al sujeto, calificar los hechos, valorar la prueba y atribuir una infracción, impone una sanción ajustada a lo previsto en la norma”*¹⁴³.

Ahora bien, cuando se comete una infracción es necesario imponer una multa cuyo monto no exceda el límite razonable que viene dado por la gravedad de la infracción (según la norma, ahora también por la proporcionalidad como ya se dijo), pero... **“es necesario que la sanción económica a imponer no sea de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados”**¹⁴⁴.

En resumen, *“la multa a imponer, tiene que ser de una magnitud suficiente para disuadir a los agentes económicos de abstenerse de cometer este tipo de prácticas dañinas a la competencia”*¹⁴⁵.

¹⁴³ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, emitida a las quince horas del día seis de julio de dos mil dieciséis, en el proceso con referencia 60-2012.

¹⁴⁴ Resolución final emitida a las diez horas del treinta de agosto de dos mil once, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-031-D/PS/R-2010 Servicios Portuarios Salvadoreños, Sociedad Anónima de Capital Variable y Empresa Salvadoreña Portuaria de Acajutla, Sociedad Anónima de Capital Variable.

¹⁴⁵ Resolución final emitida a las diez horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, en el proceso con referencia SC-017-0/PS/R-2010 – Telefónica Móviles de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable; Telemovil El Salvador, Sociedad Anónima; Intelfon, Sociedad Anónima de Capital Variable; y Digicel Sociedad Anónima de Capital Variable.

Ha sostenido la Superintendencia de Competencia, que *“es necesario considerar, además de los criterios explícitamente planteados en el artículo 37 citado, la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo. Y es que dicho artículo no prescribe una enumeración cerrada de criterios, sino más bien una lista abierta que posibilita incorporar, jurisprudencialmente, otros elementos pertinentes”*¹⁴⁶.

Al momento de la imposición de la multa, es importante que la Superintendencia de Competencia, deba motivar expresamente la aplicación de un criterio de graduación y su cuantificación, ello, para no generar arbitrariedad.

Por último, se debe aclarar que la reincidencia, que la Ley de Competencia le prevé como un criterio de gravedad, la Sala de lo Constitucional ha establecido que *“implica la transgresión al principio ne bis in ídem establecido en el art. 11 inc. quinto parte final de la Constitución, al tratarse de una sanción que posee identidad subjetiva, fáctica y de fundamento con respecto a sanciones previas impuestas por infracciones graves”*¹⁴⁷.

“El non bis in ídem se refiere tanto a identidad objetiva (que se relaciona con la coincidencia tanto fáctica como jurídica de los hechos y de las pretensiones), como a una identidad subjetiva (que se relaciona tanto con el actor y el demandado o sindicado). Así resulta evidente que los extremos relativos al referido principio en cuanto a los hechos y en cuanto a los sujetos no plantean dificultades hermenéuticas difíciles, ya que el primero se entiende como la plataforma fáctica que permite efectuar el ulterior análisis jurídico de la probable dualidad, y en cuanto a los segundos particularmente en cuanto al sindicado- la identificación es plena debido a la necesidad de formular una imputación a una persona concreta en materia sancionatoria penal, administrativa o disciplinaria; en otras palabras, de entre estos tres factores, la concurrencia de la identidad subjetiva

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas con diez minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis, en la inconstitucionalidad con referencia 109-2013.

*suele ser obvia, mientras que es la discusión de la identidad de hechos y de fundamento la que resulta más problemática*¹⁴⁸.

Para la Sala de lo Constitucional cumple el supuesto de identidad subjetiva porque la reincidencia se refiere a la reiteración en una infracción por parte del mismo sujeto pasivo, quien ya ha sido previamente sancionado por dicha conducta. En lo referente a la identidad fáctica, sostuvo, que la reincidencia conlleva, en efecto, un hecho nuevo en el tiempo, pero debe considerarse que este parte necesariamente de un vínculo o referencia con un hecho anterior, ya sancionado y cometido por el mismo sujeto infractor; se trata, pues, de un *factum* que carece de identidad diferenciada con el hecho reincidente. En lo referente a la identidad del fundamento, se establece si los bienes jurídicos o intereses afectados son semejantes o análogos.

El principio de *non bis in idem* también está reconocido en la Ley de Procedimientos Administrativos, específicamente en el artículo 145, estableciendo que no podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

3.3 Actuaciones Previas o Investigación Preliminar.

Según lo establecido en el Art. 41 de la Ley de Competencia, el Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia, con facultad para investigar, averiguar, inspeccionar en materia de prácticas anticompetitivas con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley¹⁴⁹. El legislador, con relación a esta competencia del Superintendente fue claro en establecer que constituye una actividad facultativa y nunca obligatoria, por cuanto dijo

¹⁴⁸ Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas del día quince de noviembre de dos mil veintiuno, en el proceso con referencia 50-2018AC

¹⁴⁹ Art. 41.- El Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia, con facultades para investigar, averiguar, inspeccionar en materia de prácticas anticompetitivas con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley.

“podrá efectuar”, lo que lleva a sostener también que una investigación previa o investigación preliminar no es un presupuesto para la emisión de un auto de instrucción de procedimiento sancionador.

“La anterior disposición resulta lógica en cuanto a que, si a partir de información pública se obtienen suficientes indicios para la iniciación oficiosa de un procedimiento sancionador, la Superintendente no está obligada a realizar una investigación previa o preliminar. Y es que, en este supuesto, la investigación previa podría dilatar, e incluso perjudicar, las investigaciones correspondientes”¹⁵⁰.

“Las actuaciones previas son el conjunto de actividades por parte de funcionarios de la Superintendencia encaminadas a recopilar información para determinar la concurrencia de posibles problemas de competencia o violaciones a la Ley. Como resultado de las mismas, puede, entre otras cosas, ordenarse oficiosamente el inicio de un procedimiento sancionador o derivar en importantes recomendaciones que coadyuven a fomentar o incrementar la competencia en el mercado objeto de las mismas”¹⁵¹.

El inciso último del Art. 63 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que la actuación previa comprende el conjunto de acciones que se realizan por parte de funcionarios de la Superintendencia, previas al inicio de un procedimiento sancionador formal, encaminadas a recopilar los indicios que sustenten la hipótesis de la existencia de una o varias prácticas anticompetitivas.

“Es importante aceptar que la ley necesita con frecuencia de colaboración reglamentaria, la cual ha sido reconocida como un medio indispensable para el cumplimiento de los fines de la Administración y como una exigencia inevitable ante la complejidad creciente de la dinámica social, a la que se responde mejor con la

¹⁵⁰ Resolución final de las doce horas del día cuatro de septiembre de dos mil ocho, en el proceso clasificado con la referencia C-005-0/NR-2008 - Molinos de El Salvador, S.A. de C.V. (Molsa) - Harisa, S.A. de C.V. (Harisa)

¹⁵¹ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2021, https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

*habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria. La potestad reglamentaria es un poder de producción normativa, es decir, un poder para producir o crear disposiciones jurídicas abstractas y generales que vinculan a sus destinatarios y que tienen como fin el desarrollo de leyes o la creación de la estructura interna de un órgano estatal o un ente público*¹⁵².

*“Dentro de sus distintas manifestaciones es pertinente referirse al reglamento de ejecución, que se dicta para detallar los aspectos accesorios y los medios técnicos que posibilitan la aplicación de una ley. Este tipo de reglamento puede y debe desarrollar los contenidos de la ley mediante disposiciones acordes con ella, siempre que no contradigan su texto y su finalidad. Es decir, cumple una función normativa complementaria, al interpretar el alcance o precisar las formas de aplicación de las disposiciones legales; derivar o constatar la habilitación legal de competencias inherentes o implícitas; disciplinar cuestiones técnicas o intensamente variables; definir medidas de escasa o nula incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos; o concretar principios generales del derecho, entre otros contenidos posibles, ya que las formas que adopta la colaboración normativa entre la ley y el reglamento son múltiples y heterogéneas*¹⁵³.

La Ley de Procedimientos Administrativos establece ideas importante sobre lo antes relacionado, de que el reglamento tiene que tener disposiciones acordes a su Ley, no puede contradecir su texto y la finalidad, como se observa en el numeral 2 del artículo 139, donde establece que solo podrán sancionarse las infracciones e imponerse las sanciones previstas como tales en la Ley y que se podrá acudir a los Reglamentos para desarrollar o introducir especificaciones al cuadro de infracciones o sanciones legalmente establecidas, pero sin crear nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites fijados por la Ley.

¹⁵² Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve, inconstitucionalidad 26-2008.

¹⁵³ Ibid.

Así las cosas, aun con la entrada de la Ley de Procedimientos Administrativos, ese conjunto de acciones que se realizan por parte de funcionarios de la Superintendencia, previas al inicio de un procedimiento sancionador formal, denominadas actuaciones previas, todavía se mantiene vigente.

El inciso tercero del art. 42 de la Ley de Competencia, establece que, al examinarse una denuncia, la superintendencia puede ordenar el inicio de una investigación.

“Lo anterior se refiere a la circunstancia en que el Superintendente estime que la denuncia no cumple con los requisitos formales (no obstante prevención) y considere oficiosamente investigar preliminarmente el caso sometido a su conocimiento. Interpretar que luego del planteamiento de una denuncia que cumpla con todos los requisitos formales y de fondo debe ordenarse, aun así, una investigación preliminar, supone una interpretación absurda que, en todo caso, atentaría contra el principio de economía procedimental que debe regir en este tipo de instructivos y contra el elemento integral que también debe estar presente en toda interpretación jurídica”¹⁵⁴.

El art. 63 del Reglamento de la Ley de Competencia se encuentra en sintonía con el art. 42 de la Ley, porque en el reglamento establece que dentro de los quince días a aquel en que se reciba una denuncia, la Superintendencia deberá dictar una resolución que ordene la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador o de una actuación previa.

Es importante aclarar que *“durante la investigación previa no se atribuye en concreto acto alguno ni se imputa el cometimiento de una conducta anticompetitiva en particular, sino que se trata de diligencias preliminares, realizadas por la Superintendencia, encaminadas a particularizar, definir y recopilar los indicios que sustenten o desacrediten la existencia de las prácticas anticompetitivas. En consecuencia, durante la investigación preliminar la Superintendencia requerirá*

¹⁵⁴ Resolución de trámite emitida a las nueve horas del día tres de mayo de dos mil diez, en el proceso con referencia SC-009-D/PS/R-2010 Farmacias Europeas S.A. de C.V.

*información directamente a los agentes económicos o personas naturales involucradas en el mercado respectivo, realizará inspecciones, entrevistas o cualquier otra diligencia a efecto de informarse suficientemente sobre el desempeño del mercado investigado*¹⁵⁵.

Una investigación preliminar o actuación previa atiende al uso eficiente y efectivo de los recursos institucionales, por lo que si la denuncia no lleva fundamentos suficientes no es procedente rechazarla, es decir, si lleva indicios débiles pero que pueden fortalecerse con más tiempo, es no solo recomendable sino obligatorio para el Superintendente que lleve a cabo actuaciones previas, por ello es que se la denuncia debe verse como un aviso de interés general y no solo del denunciante.

Señalados los aspectos esenciales antes mencionados, la Superintendencia de Competencia ha establecido que *“durante la investigación preliminar no corresponde otorgarle intervención formal a ninguno de los agentes económicos participantes del mercado que se investiga”*¹⁵⁶.

*“La importancia de las actuaciones previas radica en la detección oportuna de indicios de prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley de Competencia que estén ocurriendo en un mercado y que precisen ser investigadas para determinar si ameritan o no el inicio de un procedimiento administrativo sancionador”*¹⁵⁷.

*“La Ley de Competencia no señala en cuánto tiempo deben tramitarse y concluirse las actuaciones previas, ya que su duración dependerá de diversas variables, según sea el caso, tales como: la complejidad de la problemática advertida; el marco temporal de los hechos; los bienes o servicios involucrados; incluso, los antecedentes o la cantidad de insumos con los que la SC cuente al inicio de las mismas; por lo que no es posible establecer un tiempo único y preciso para su desarrollo y conclusión”*¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Resolución de las catorce horas del día dieciocho de enero de dos siete, en el proceso con referencia SC-017-D/PA/R-2006 Salazar Romero y Boss Visión Movie Cable y Amnet Telecommunications.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ <https://www.sc.gob.sv/index.php/actuaciones-previas/>.

¹⁵⁸ Ibid.

“La no regulación normativa del tiempo para tramitarse y concluirse las actuaciones previas, pudiera considerarse como una afectación a la seguridad jurídica sobre la persona que recae esa investigación, ante la incertidumbre de un límite temporal. Aquí debemos recordar que la seguridad jurídica desde un enfoque constitucional es la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público; asimismo, la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimiento regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente”¹⁵⁹.

Esa aparente vulneración al principio de seguridad jurídica considero que no se configura, porque no existe, en las actuaciones previas, una imputación, por lo tanto, no existe ninguna afectación directa a ningún administrado por el curso de una investigación. Como segundo aspecto, el límite temporal de las actuaciones previas son la prescripción de las infracciones, que conforme a lo establecido en el artículo 52, son de diez años. El tiempo que dura es proporcional a la complejidad de los hechos investigados y los recursos de la Superintendencia de Competencia. En definitiva, la preocupación no ronda sobre una posible vulneración a la seguridad jurídica en las actuaciones previas, sino en el hecho de que no se vayan a prescribir las infracciones por los hechos antiguos denunciados o que se haya tenido conocimiento y que hayan motivado dichas actuaciones, así también lo es el costo de oportunidad que supone a la Superintendencia de Competencia mantener activa una actuación previa muy larga, que le impide iniciar otras.

Después de las actuaciones previas, las conclusiones solo pueden ser dos, la primera es que dichas actuaciones se cierren por medio del archivo o se emita un auto de instrucción para iniciar el procedimiento sancionatorio. Aquí es importante aclarar, que toda información, documento o dato será protegido de acuerdo con lo expresado en el art.

¹⁵⁹ Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas y cuarenta minutos del día nueve de junio de dos mil diez, en el proceso de amparo 753-2006.

13 letra f) de la Ley de Competencia y solamente tendrán acceso el Superintendente, los funcionarios y empleados a quienes se ha encargado la investigación de que se trate, conforme a la ley.

De lo anterior se desprende que la persona natural o jurídica de interés en estas diligencias previas no se le da participación para que puedan ejercer el derecho de defensa, primero porque son diligencias reservadas, también porque no se atribuye en concreto acto alguno ni se imputa el cometimiento de una conducta anticompetitiva en particular. Tampoco sustituyen al procedimiento sancionador que se debe instruir para deducir responsabilidades. Únicamente puede servir para sustentar o motivar la instrucción del procedimiento que se llegase a generar, en atención a lo prescrito en el art. 43 de la LC y 65 del Reglamento de la LC.

Ilustración 1



FUENTE: Superintendencia de Competencia¹⁶⁰.

Estas actuaciones previas que regula la Ley de Competencia tienen cierto símil y diferencias con las diligencias iniciales de investigación, que se regulan en el Código Procesal Penal, las cuales son aquellas que constituyen las consecuencias necesarias de los actos iniciales de investigación regulados en el artículo 260, es decir, la iniciación de oficio, la denuncia, la querrela o el aviso; un símil es que constituyen una fase previa al proceso.

¹⁶⁰ <https://www.sc.gob.sv/index.php/actuaciones-previas/>.

Cuando en la Fiscalía General de la Republica se presenta cualquiera de los actos iniciales de investigación, verbigracia, una denuncia, a diferencia del ámbito del derecho de competencia, donde es potestativo hacer dichas actuaciones, en materia penal siempre deberán hacerse las diligencias iniciales de investigación, es decir, se torna obligatorio. Esto se puede explicar porque en materia de competencia, si a partir de la denuncia o de una información pública se obtienen suficientes indicios para la iniciación oficiosa de un procedimiento administrativo sancionador, el Superintendente está obligado a iniciarlo, en cambio en materia penal, aunque en la denuncia se agregue una cantidad considerable de indicios que puedan acreditar la existencia del delito y la posible participación delincuencia de una o varias personas, existen ciertas diligencias que siempre deberá hacerlo la Fiscalía, como es el caso de la entrevista de la víctima, la obtención de la información financiera, la información tributaria, la de las compañías telefónicas, etc.

Otro aspecto en donde se pueden comparar las actuaciones previas con las diligencias iniciales de investigación, son en sus consecuencias, ambas pueden llevar al archivo, en el caso de las primeras ya fue abordado en párrafos previos, en el caso de las segundas, el artículo 293 del Código Procesal Penal, establece que el archivo puede ser por la no individualización al presunto responsable de la comisión de los hechos o no exista posibilidades razonables de hacerlo; estando individualizado el presunto responsable, no existen suficiente elementos de prueba para incriminarlo o cuando no sea posible proceder, es decir, si para el ejercicio de la acción penal depende de una cuestión prejudicial, una condición de procesabilidad u otro requisito para proceder, se suspenderá el ejercicio hasta que desaparezca el obstáculo conforme a lo establecido en la Constitución y demás leyes, lo anterior conforme el artículo 30 del Código Procesal Penal.

En las actuaciones previas, todo aquello que se obtenga en la misma no pueden servir de prueba en el procedimiento administrativo sancionador, en cambio, en las diligencias iniciales de investigación se pueden solicitar prueba anticipada de declaración de testigos, conforme al artículo 305 del Código Procesal Penal, también toda aquella diligencia obtenida, se puede ofertar en el dictamen de acusación fiscal (numeral 5 del

artículo 356 del Código Procesal Penal) y al ser admitida por el Juez de Instrucción competente (numeral 10 del artículo 362 del Código Procesal Penal), puede desfilarse como prueba en la etapa de vista pública del proceso penal.

Siguiendo con las comparaciones, en las diligencias previas no se le da participación a la persona natural o jurídica de interés para que puedan ejercer el derecho de defensa, porque son diligencias reservadas. Las diligencias iniciales de investigación también son reservadas, conforme a lo establecido en el artículo 76 de Código Procesal Penal, pero con algunos matices, el primero es que estas sí sirven para imputar un delito e iniciar el proceso penal, en las diligencias previas no, únicamente puede servir para sustentar o motivar la instrucción del procedimiento que se llegase a generar. Un segundo matiz, es que en las diligencias iniciales de investigación sí se le puede dar participación a la persona de interés y a su abogado defensor, siempre y cuando se muestren como parte dentro del proceso, en cambio en las diligencias previas en el derecho de competencia no.

En las diligencias previas, como ya se dijo, por ser diligencias reservadas no se le da participación a la persona de interés o a su representante, además, no se atribuye en concreto acto alguno ni se imputa el cometimiento de una conducta anticompetitiva en particular, por lo tanto, no existe ninguna consecuencia jurídica o sanción procesal de anular dichas actuaciones. En cambio, en las diligencias iniciales de investigación, no darle participación a la persona de interés o a su representante o abogado defensor, si tiene consecuencia, la vulneración del derecho de defensa, por cuanto *“las personas señaladas (nominal u objetivamente) como autoras o partícipes de un delito tienen derecho a controlar los actos de investigación y a intervenir de modo contradictorio en los actos de prueba, aunque estos se realicen antes del inicio de un proceso. Cualquier limitación a la actividad de defensa durante la investigación penal debe ser motivada por razones compatibles con la Constitución. Durante dicha etapa, la Fiscalía General de la*

*República no intenta hacer valer un interés subjetivo o parcial, sino el interés objetivo del esclarecimiento de la verdad y la correcta aplicación de la ley penal*¹⁶¹”

Como último aspecto, que parece obvio, es que en las diligencias previas puede llevar a la iniciación de un procedimiento administrativo sancionador en la Superintendencia de Competencia, y en las diligencias iniciales de investigación, puede llevar a la iniciación del proceso penal, ya sea en el proceso común, ante el Juzgado de Paz, o incluso, en algunos casos, pueden servir de base para la presentación de solicitudes especiales, verbigracia, el antejuicio.

3.4 Procedimiento Administrativo Sancionador ante la Superintendencia de Competencia.

La actual Ley de Procedimientos Administrativos establece la derogatoria en su artículo 163, relacionando que se aplicará en todos los procedimientos administrativos, quedando derogadas las disposiciones contenidas en leyes generales o especiales que la contraríen, aunque es importante matizar que la misma Ley de Procedimientos Administrativos establecía plazos para que se adecuaran las leyes a ella, por ende, muchas disposiciones en las demás leyes, al estar reformadas en atención a la Ley de Procedimientos Administrativos no la van a contrariar, y, por tanto, no quedan derogadas, pudiéndose aplicar directamente. También se aclara que en el artículo 164, por especialidad, que, si el procedimiento administrativo regulado en una ley especial prevea, en razón de la materia, trámites adicionales a los establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos, dichos trámites se regirán por lo dispuesto en la ley especial.

Como se ha venido relacionando, el derecho de competencia es una materia especializada, de mucho contenido económico, que busca asegurar, proteger y promover el proceso de competencia en los mercados; por lo que sus procedimientos cuentan con trámites que van más allá del procedimiento administrativo ordinario, debiendo, por

¹⁶¹ Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las diez horas con siete minutos del tres de abril de dos mil veinte, en el proceso de Habeas Corpus con referencia 98-2019.

seguridad jurídica de los administrados, armonizar su desarrollo en la Ley de Competencia.

Ahora bien, el artículo 166 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece la obligación de adecuar a la misma, las normas de cualquier naturaleza que regulen los distintos procedimientos administrativos que pudieren ser incompatibles con ella; por lo que mediante Decreto Legislativo 207, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno, se introdujeron reformas a la Ley de Competencia, que armonizan los procedimientos administrativos que ella contempla, con las regulaciones generales de la Ley de Procedimientos Administrativos, respetando los trámites adicionales que en razón de la materia deben realizarse para cumplir con el objeto de la Ley de Competencia.

Es así como se puede mencionar que el artículo 40 de la Ley de Competencia establece que el procedimiento ante el Superintendente se iniciara de oficio o por denuncia. Contenido que es desarrollado en el Art. 61 de su Reglamento, con las siguientes diferencias, que no dice mediante denuncia el inicio del procedimiento, como lo relaciona la Ley, sino “a solicitud del interesado”. Otra diferencia es que en el reglamento especifica los casos en que iniciara la investigación, siendo estos: Prácticas Anticompetitivas a que se refieren los Arts. 25, 26 y 30 de la ley; y El incumplimiento de la obligación de solicitar autorización en los términos del Art. 33 de la Ley.

Conforme a lo que establece el Art. 13 literal a) y 14 literal c) de la Ley de Competencia, la autoridad competente para conocer de oficio o por denuncia, aquellas situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado, realizando las investigaciones y ordenando la instrucción del expediente en su caso, es el Superintendente de Competencia¹⁶².

Es importante acotar, que, en la Ley de Competencia, se establece un procedimiento administrativo con respeto del debido proceso como veremos más adelante, y, por ello, se da la oportunidad de ejercer el derecho de audiencia y defensa

¹⁶² El Art. 7 inciso segundo de la Ley de Competencia, establece que el Superintendente le corresponde la Representación Legal de la Superintendencia y estará a cargo de la Dirección superior y la supervisión de las actividades de la Superintendencia.

de las personas que son denunciadas o se evidencia a nivel de indicio, que están realizando una práctica anticompetitiva.

“El concepto de debido proceso o proceso constitucionalmente configurado hace alusión a un proceso equitativo, respetuoso de los derechos fundamentales de los sujetos partícipes, que agrupa y se desdobra en un haz de garantías que cobran vigencia en todos los órdenes jurisdiccionales y no jurisdiccionales, así como en las diferentes etapas de un proceso o procedimiento. Dentro de los derechos mínimos que configuran de manera general al debido proceso se encuentran: el derecho de audiencia (art. 11 Cn.), derecho de defensa (art. 12 Cn.), derecho a la igualdad procesal, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, presunción de inocencia (art. 12 Cn.), juez natural (art. 15 Cn.), entre otros”¹⁶³.

“Vale aclarar que la expresión “debido proceso” empleada por el art. 14 Cn. ha sido reservada por la jurisprudencia constitucional para los procedimientos administrativos, en el sentido que la imposición de sanciones administrativas implica limitación a derechos fundamentales, por lo que, con fundamento en el marco Constitucional, dicha actuación deberá estar precedida por un procedimiento, de acuerdo a la forma y condiciones establecidos en la Constitución y en la ley”¹⁶⁴.

En definitiva, como ya se indicó, el procedimiento administrativo sancionador a seguir cuando un agente económico ha realizado una infracción de las contenidas en la Ley de Competencia, es el contenida en la Ley de Competencia, la cual, conforme a las reformas del mes de noviembre de dos mil veintiuno, fue armonizada con las regulaciones generales de la Ley de Procedimientos Administrativos, respetando los trámites adicionales que en razón de la materia deben realizarse para cumplir con el objeto de la Ley de Competencia.

¹⁶³ Auto de admisión emitido por la Sala de lo Constitucional a las doce horas con siete minutos del cinco de octubre de dos mil veinte, en el proceso con referencia 1-2020.

¹⁶⁴ Ibid.

3.4.1 Inicio del procedimiento por denuncia.

*“La denuncia es el acto por medio del cual se da conocimiento a la Superintendencia de Competencia, por escrito y cumpliendo los requisitos establecidos por la Ley, del posible cometimiento de una práctica anticompetitiva, con el objeto que se proceda a una investigación y sanción”*¹⁶⁵. Cuando se dice que la denuncia tiene por objeto que se proceda a una investigación, es que no se debe descartar iniciar una actuación previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Conforme a lo que establece el Art. 42 de la Ley de Competencia, cualquier persona podrá denunciar por escrito ante el Superintendente al presunto responsable de cualquiera de las prácticas anticompetitivas que reconocen dicho cuerpo normativo, quien deberá expresar en su denuncia los hechos que configuran dichas prácticas. En desarrollo de la anterior disposición de la Ley de Competencia, el Art. 37 del Reglamento de la Ley de Competencia, establece que podrá intervenir como denunciante cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención.

Los intervinientes, incluido el denunciante, podrá actuar por si o mediante representantes legales o apoderados, debidamente acreditados. Incluso cuando intervengan varias personas con interés común las intervenciones se formularán conjuntamente o se constituirá un solo representante, todo conforme a lo establecido en el Art. 38 del Reglamento.

En la denuncia se debe expresar los hechos que configuran la práctica anticompetitiva, donde se deberá aportar cualquier dato que permita identificar a otros agentes económicos, como competidores, clientes, proveedores y consumidores, que pudiesen resultar afectados con la supuesta práctica anticompetitiva o concentración sin

¹⁶⁵ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

autorización. Asimismo, el reglamento señala específicamente cuales son los requisitos que debe reunir la denuncia¹⁶⁶.

En la denuncia se podrá aportar cualquier elemento que estime pertinente o indicar el lugar o archivo en el que se encuentren, en caso de no tenerlos. La denuncia debe presentarse en la Superintendencia de Competencia en original y sus documentos anexos, tantas copias como interesados hubiere en el procedimiento y un juego de copias adicional, todo conforme a lo establecido en el art. 62 del Reglamento de la Ley de Competencia.

Una vez presentada la denuncia ante la Superintendencia de Competencia, comienza el análisis de la denuncia presentada.

3.4.2 Improcedencia y Archivo.

Conforme lo establece el inciso ultimo del Art. 42 de la Ley de Competencia, el resultado del análisis de la denuncia puede llevar a que se emita dentro de los quince días hábiles a aquel en que las reciba, una resolución donde se pueden adoptar tres decisiones. Por cuestiones de orden, se comenzará aludiendo la segunda, el rechazo de la denuncia, parcial o totalmente, por ser notoriamente improcedente.

El artículo 47 de la Ley de Competencia¹⁶⁷ brinda más insumos para identificar las razones de la improcedencia, refiriéndose que es cuando se planteen hechos que notoriamente no constituyan materia de competencia.

“La denuncia improcedente es aquella que no puede ser conocida por la Superintendencia de Competencia por tener defectos procedimentales insubsanables,

¹⁶⁶ Según el Art. 62 del Reglamento son: a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, lugar o medio técnico para oír y recibir notificaciones y el nombre de las personas autorizadas para tales efectos. En su caso, los documentos que acrediten la personería con que actúa; b) Nombre, denominación o razón social y, en caso de conocerlo, el domicilio del o los denunciados; c) Descripción detallada de los hechos constitutivos de los supuestos contemplados en el artículo anterior y las disposiciones legales en las que fundamenta su petición; y d) Elementos que describan las características y usos de los productos y servicios distribuidos y/o comercializados que han sido o están siendo afectados por la presunta práctica anticompetitiva.

¹⁶⁷ Art. 47. El Superintendente podrá declarar improcedente aquellas denuncias en las que se planteen hechos que notoriamente no constituyan materia de competencia, conforme a la presente Ley.

como, por ejemplo, en aquellos casos que lo denunciado no corresponde conocerlo en esta institución o porque el hecho aconteció antes de haber entrado en vigencia la Ley de Competencia. La misma lógica aplica para una solicitud de autorización de concentración económica, en cuanto a que puede resultar improcedente por no tratarse de una operación revisable por esta Superintendencia”¹⁶⁸.

Así las cosas, la Superintendencia de Competencia ha sostenido que “cada institución pública tiene sus propias competencias asignadas por ley, y si bien un hecho denunciado puede resultar improcedente para una institución, para otra sí puede formar parte de su quehacer; por ejemplo, hay ocasiones que lo denunciado a esta Superintendencia no corresponde a un tema de prácticas anticompetitivas, pero sí es un tema que, en razón de su naturaleza, podría conocer la Defensoría del Consumidor (casos de violaciones a derechos del consumidor), Ministerio de Salud (casos de incumplimiento de normas sobre alimentos destinadas al consumo) etc”¹⁶⁹.

En otro caso sostuvo la Superintendencia, que “se concluye que la denuncia presentada por AMNET no es de la competencia institucional de la Superintendencia, no solo por tratarse de situaciones diferentes a la ley que rige principalmente el quehacer de esta institución, sino también, por tratarse de una circunstancia que escapa de las atribuciones y potestades que le confiere la ley”¹⁷⁰.

La segunda resolución que se puede adoptar, siendo el tercero supuesto que regula el inciso último del art. 42 de la Ley de Competencia, es que se prevenga al denunciante, cuando en su escrito de denuncia se omitan los requisitos previstos en esta ley, o en su reglamento o en la Ley de Procedimientos Administrativos, para que la aclare

¹⁶⁸ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2021. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/

¹⁶⁹ Resolución final emitida a las quince horas y cuarenta minutos del veintinueve de junio de dos mil quince, en el proceso con referencia SC-020-D/PI/NR-2015 – Aquacorporación de El Salvador, S.A. de C.V.

¹⁷⁰ Resolución final de las catorce horas y quince minutos del día doce de septiembre de dos mil siete, en el proceso con referencia SC-018-D/PA/NR-2007 Telecommunications.

o complete, dentro de un plazo no mayor a quince días hábiles. Este plazo de quince días podrá ser ampliado por un término igual, en casos debidamente justificados.

Lo primero que puede suceder es que no se presente escrito evacuando la prevención dentro del plazo de los quince días o dentro de la ampliación de dicho plazo que regula la norma, incluso, que no se cumplan los requisitos señalados en la Ley de Competencia para el escrito de denuncia, por lo que, en esos casos, el legislador sostiene que se procederá al archivo sin más trámite, quedando a salvo el derecho de presentar una nueva denuncia, si fuere procedente conforme a la ley.

El Art. 64 del Reglamento de la Ley de Competencia establece supuestos específicos que llevan a la rechazar la denuncia¹⁷¹.

La Ley de Competencia regula estos supuestos, el inciso tercero del artículo 42 de la Ley de Competencia establece que El Superintendente después de analizada la denuncia, deberá de rechazarla, total o parcialmente, por ser notoriamente improcedente, esto puede constituir cuando la denuncia haya sido materia de una resolución previamente dictada por la Superintendencia, en consonancia con el principio de prohibición de doble sanción que se aplica al procedimiento administrativo sancionador. El rechazo de la denuncia, por improcedente está conectado con el contenido normativo del artículo 47 que establece un supuesto de improcedencia, sosteniendo que podrá declarar improcedente aquellas denuncias en las que se planteen hechos que notoriamente no constituyen materia de competencia.

También el inciso tercero del artículo 42 de la Ley de Competencia establece que, transcurrido el plazo sin que se cumpla la prevención o sin que se cumpla los requisitos señalados en la ley para el escrito de denuncia, se archivará sin más trámite dejando a salvo el derecho de presentar nueva denuncia.

¹⁷¹ Art. 64.- La Superintendencia rechazará la denuncia, cuando: a) Los hechos y condiciones que se denuncien hayan sido materia de una resolución previamente dictada por la Superintendencia; b) No cumpla con los requisitos formales de la denuncia, después de realizada la prevención correspondiente; c) Los hechos denunciados deban ser conocidos por otra autoridad; o d) Los hechos denunciados no sean de realización inminente.

El ultimo supuesto de rechazo de la denuncia que reconoce el Reglamento de la Ley de Competencia, cuando los hechos denunciados no sean de realización inminente, en la Ley de Competencia se puede extraer vía integración de los artículos 41-A y 42, cuando el segundo reconoce que el Superintendente “analizará las denuncias presentadas” que pudiera ser por la existencia de un riesgo inminente para el mercado, que pudiera tener como consecuencia la limitación de la competencia, el acceso de un agente económico al mercado de que se trate o el desplazamiento de un agente económico, o que, la conducta detectada pudiera producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos. En caso que no exista el riesgo inminente para el mercado, la denuncia debe ser rechazada.

3.4.3 Recurso de Apelación.

El Art. 48 de la Ley de Competencia establece que el régimen de recursos se sujetara a las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos. Es así como el Art. 76 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que contra la resolución que rechace una petición o su ampliación, podrá interponerse recurso de apelación. Esta disposición es reforzada con lo establecido en el Art. 134 que establece que los actos definitivos que ponen fin al procedimiento, siempre que no agoten la vía administrativa y los actos de trámite cualificados a que se refiere esta Ley podrán ser impugnados mediante recurso de apelación ante el superior jerárquico de quien hubiera dictado el acto o ante el órgano que determine la Ley

El plazo que se tiene para la interposición del recurso de apelación será de quince días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación, el cual debe ser presentado ante el órgano que dictó el acto, conforme a lo que establece el Art. 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

En caso que no se presente recurso, se archivan las diligencias no sin antes, en caso que lo estime el Superintendente, conforme a lo establecido en el Art. 13 literal f de la Ley de Competencia, abrir el incidente de confidencialidad de la información empresarial, comercial u oficial contenida en el archivo de la Superintendencia.

Confidencialidad que también es desarrollada por lo dispuesto en el Art. 51 del Reglamento¹⁷².

En caso que se presente recurso de apelación, conforme a lo que establece el Art. 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos, la admisión o rechazo del recurso deberá resolverse dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente al de la fecha de ingreso ante el órgano que debe resolverlo. Si se rechaza el recurso, se procede al archivo, operando de igual forma lo referente a la confidencialidad regulado en los Art. 13 literal f de la Ley de Competencia y 51 del Reglamento.

La Superintendencia de Competencia ya se ha pronunciado sobre la confidencialidad en varios casos, verbigracia: *“Debido a que en la investigación preliminar se obtuvo diferentes documentos, dentro de los cuales algunos contienen información de índole comercial y otros poseen el carácter de oficiales, cuyo uso se considera reservado, es menester en este estadio procedimental proteger dicha información declarándola confidencial en la parte resolutive del presente auto. En efecto, puede advertirse, por un lado, que se han presentado documentos que no son generalmente conocidos ni fácilmente accesibles para personas ajenas a la entidad que los origina y que son de valor comercial por ser propios de la actividad empresarial que desarrolla; y, por otro lado, que se han incorporado documentos que provienen de archivos oficiales que son objeto de medidas razonables de protección por la institución que legítimamente los controla”*¹⁷³.

También sostuvo la Superintendencia de Competencia que *“el artículo 48 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que los documentos, actas, resoluciones, informes, escritos y demás instrumentos que corran agregados a los expedientes administrativos de la Superintendencia de Competencia, serán clasificados como públicos o como confidenciales. Que, en virtud de lo anterior, éstos últimos son los*

¹⁷² Art. 51.- La clasificación de confidencialidad de la información también podrá ser declarada de oficio por el Superintendente, en cualquier estado del procedimiento, mediante resolución motivada en la que se indiquen las razones por las cuales se adopta tal decisión; de igual manera, deberán especificarse los documentos que se declaren como confidenciales.

¹⁷³ Resolución de trámite de las ocho horas y treinta minutos del día diecisiete de julio de dos mil seis, en el proceso con referencia SC-001-D/PA/R-2006- Manejo Integral de Desechos Sólidos, S.A. de C.V.

que podrían no ser generalmente conocidos ni fácilmente accesibles para personas que normalmente utilizan ese tipo de información, y que serían de valor comercial por ser propios de la actividad empresarial que desarrollan los agentes económicos involucrados, por lo que, de ser así, es necesario proteger la confidencialidad de dicha información y documentación”¹⁷⁴.

La decisión que adopte la confidencialidad debe ser motivada, es decir, debe establecer dentro del cuerpo de la decisión administrativa, un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales la autoridad administrativa apoya la decisión, en otras palabras, es fundamentar, exponer argumentos facticos y jurídicos que justifican la decisión.

Ahora bien, en caso que se admita el recurso, el plazo para resolverlo y notificar la resolución será de treinta días, conforme al Art. 135 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Dicha decisión puede ser desestimando los argumentos expuestos en el recurso y por tanto se procede al archivo y el incidente de confidencialidad, conforme a lo establecido en el párrafo anterior.

En caso que se estime el recurso, se procede a la admisión de la denuncia presentada y también, en caso que lo haya solicitado el denunciante, se valora la clasificación de confidencialidad de la información, conforme el Art. 50 del reglamento de Competencia, incluso el Superintendente de oficio puede clasificar la confidencialidad en esta etapa, en caso que así lo estime procedente, Art. 51 del mismo Reglamento.

3.4.4 Inicio de Oficio del procedimiento

La iniciación de oficio implica, que no se requiere que ninguna persona realice un acto formal de presentación de alguna denuncia, sino que basta que la Superintendencia como entidad encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, tenga conocimiento de la comisión de cualquiera de las prácticas anticompetitivas.

¹⁷⁴ Resolución final de las doce horas del día veinticuatro de mayo de dos mil once, emitida en el proceso con referencia SC-009-S/C/R-2011 – América Móvil, S.A.B de C.V. y Amoviv, S.A. DE C.V.

En esta modalidad de iniciación del procedimiento, no existen las etapas explicadas en el apartado anterior, es decir, de realizar prevenciones, declarar inadmisibilidad, improcedencia, presentación de recursos de apelación, porque es la misma Superintendencia que inicia por voluntad propia la investigación, emitiendo el auto de instrucción de un solo.

3.4.5 Auto de Inicio de la Instrucción.

Posteriormente, conforme al Art. 43 de la Ley de Competencia se emite el auto de inicio de la instrucción, el cual deberá contener los elementos requeridos por dicha norma¹⁷⁵.

“El auto de inicio de la instrucción que regula claramente el Art. 43 de la LC es un acto administrativo, es decir, un acto de autoridad pública, totalmente distinto en su naturaleza a la acción particular de un demandante, en donde únicamente debe indicarse de manera motivada una exposición sucinta de los hechos que justifican la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar, pero en ningún momento el legislador prescribió, como requisito de iniciación del procedimiento, la incorporación u ofrecimiento de prueba alguna”¹⁷⁶.

En este auto de inicio de la instrucción, puede decirse, es donde se fija el rumbo del procedimiento, es decir, se delimita el objeto de investigación en cada caso.

¹⁷⁵ Art. 43.- La instrucción del procedimiento se ordenará mediante un auto de inicio, en el que se indique lo siguiente: a) El funcionario que ordena la instrucción con expresión de lugar y fecha de resolución; b) Nombramiento del instructor del procedimiento que actuará por delegación y del secretario de actuaciones que tendrá asimismo las atribuciones de notificador; c) La identificación de la persona o personas si la hubiere; d) La identificación de los agentes económicos presuntamente responsables; e) Exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la calificación preliminar de la infracción administrativa; así como de la sanción a la que pudiera dar lugar; f) Indicación del derecho de vista de las actuaciones, de conformidad a lo establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos, respetando los límites que la confidencialidad y reserva imponen en cada caso, de acuerdo con la Ley de Acceso a la Información Pública y demás leyes aplicables; y g) Indicación del derecho de alegar e invocar las leyes y demás motivaciones jurídicas que justifiquen lo actuado por el presunto infractor, a aportar prueba de descargo, a hacer uso de la audiencia y de las demás garantías que conforman el debido proceso legal.

¹⁷⁶ Resolución final de las diez horas del día catorce de octubre del dos mil quince, en el proceso con referencia SC-047-D/PS/R-2013 - Digicel, S.A. de C.V.; Telefónica, S.A. de C.V.; Cte, S.A. de C.V.; Personal, S.A. de C.V.; Telemovil, S.A. de C.V.

Ahora bien, también se puede dar que una vez presentado el escrito donde se evacue la o las prevenciones formuladas, se subsanen las mismas y en el plazo de quince días, se admita la denuncia y se emita el auto de inicio de instrucción.

Por último, también se puede dar que, una vez presentada la denuncia, se admita la misma y se emita el auto de inicio de la instrucción antes indicado, por considerarse que reúne todos los requisitos legales que se exigen y especialmente, porque se delimita bien la práctica anticompetitiva a investigar.

3.4.6 Emplazamiento

En ambas formas de iniciación del procedimiento administrativo sancionador del derecho de competencia, por denuncia o de oficio, que constituyen al final actos iniciales de investigación, conforme a lo que establece el Art. 45 de la Ley de Competencia, la resolución que ordene la investigación se notificará al presunto infractor, donde se le entregará copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas, si las hubiere, y en caso de denuncia, también se le entregará asimismo copia de la misma.

El emplazamiento, en términos generales, debe entenderse como *“el acto procesal que posibilita el conocimiento de la existencia y contenido de una petición o pretensión, según se trate de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial, fija un plazo inicial para que el destinatario cumpla una actividad o declare su voluntad respecto de esta”*¹⁷⁷.

3.4.7 Alegaciones de Defensa.

En el inciso segundo del Art. 45 de la Ley de Competencia se relaciona que el presunto infractor dispondrá de un plazo de treinta días, a contar de la notificación a que se refiere el primer inciso de dicha norma para aportar las alegaciones, documentos e informaciones que estimen convenientes y propondrá los medios probatorios de los que pretenda hacer valer y señalará los hechos que pretenden probar. Esta circunstancia esta desarrollada en el inciso primero del Art. 67 del Reglamento de la Ley de

¹⁷⁷ Sentencia definitiva emitida el veintisiete de marzo de dos mil nueve, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso con referencia 37-2005.

Competencia, donde se establece que el presunto infractor deberá consignar en el escrito de contestación su defensa respecto de cada uno de los hechos expresados en la resolución de inicio del procedimiento sancionador, así como ofrecer los medios de prueba que considere pertinentes.

Es importante aclarar, que la Ley de Competencia va más allá de la Ley de Procedimientos Administrativos, por cuanto genera una etapa adicional, la de defensa de treinta días hábiles. Este periodo de tiempo es adicional a la etapa probatoria, pues el mismo artículo 45 de la Ley de Competencia, establece que precluido el período de alegaciones se abrirá a pruebas el procedimiento por el plazo de veinte días hábiles, lo que torna a este cuerpo normativo en más garantista.

El inciso segundo del Art. 67 del Reglamento de la Ley de Competencia, agrega un elemento importante a lo ya relacionado, que la contestación de la denuncia se podrá ampliar cuantas veces resulte necesario, siempre que tales actuaciones se realicen dentro del plazo de los treinta días, en otras palabras, si el presunto infractor ya ha presentado el escrito de contestación respecto de cada uno de los hechos atribuidos y los desea ampliar, incluso el ofertorio de medios de prueba, se puede hacer siempre cuando se encuentra dentro de los días ya relacionados.

En esta etapa del procedimiento, al igual que en el Proceso Civil y Mercantil. todas las pruebas que se ofrezcan se deberá relacionar el hecho o los hechos que se pretenden demostrar, también en este proceso correrá a cargo del presunto infractor la realización de los actos necesarios tendientes al oportuno descargo de las pruebas, para lo cual la Superintendencia proveerá lo conducente apoyando para la obtención de la misma.

Lo anterior no significa que se le traslade la función de la carga de la prueba al presunto infractor, porque es a la Administración Pública que incumbe la prueba de los hechos como único mecanismo para la destrucción de la presunción de inocencia.

Para Luciano Parejo Alfonso y otros: «(...) *el principio de presunción de inocencia no puede ser destruido mediante sospechas, y aún más, excluye la presunción inversa de culpabilidad atribuyendo la carga plena de la prueba a quien acusa y puede sancionar,*

cubriendo los hechos y la culpabilidad; la Administración, titular de la potestad sancionadora, tiene el deber legal de probar y demostrar rigurosamente la culpabilidad, la insuficiencia, a efectos del levantamiento de la carga de la prueba, de los actos de inspección, por carecer por sí solos de las características de veracidad y convicción o también por carecer de certeza y tener efecto puramente indiciario; en tanto que la carga de la prueba incumbe a la Administración, al imputado en modo alguno le corresponde prueba alguna de la no comisión de la infracción (..) a la Administración le compete la aportación de una prueba razonable tanto del hecho como de que este (sic) es atribuible al imputado a título de dolo o culpa (..) [Así que] (..) los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario (...)»¹⁷⁸

García de Enterría ha manifestado que *“la presunción constitucional de inocencia, con rango de derecho fundamental, supone que sólo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí, la propia Administración, en su fase instructora), podrá alguien ser sancionado”¹⁷⁹.*

“La carga de la prueba en el derecho procesal implica un rol activo de los involucrados, en aras de resultar favorecidos en la decisión del caso, pues los resultados de este no son neutrales sino que atienden a los elementos probatorios que vayan sumando o restando a la presunción de inocencia de los investigados, al grado de que ellos tienen también el derecho, y prácticamente también la necesidad, de aportar prueba de descargo a fin de desvirtuar la prueba que pueda obrar en su contra, toda vez que esta haya sido vertida en el procedimiento”¹⁸⁰.

Es importante ampliar el hecho que se ha entendido generalmente que la carga de probar los hechos constitutivos de infracción administrativa le corresponde a la

¹⁷⁸ Luciano Parejo Alfonso y otros, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994, página 326.

¹⁷⁹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. 1993, pág. 180.

¹⁸⁰ Resolución final de las doce horas y cinco minutos del día veintisiete de mayo de dos mil quince, en el proceso tramitado bajo la referencia SC-012-0/PS/R-2013 - Asesuiza Vida, Sociedad Anonima, Seguros de Personas.

Administración Pública. Con relación a este punto, en principio y por regla general, la Sala de lo Constitucional ha señalado: *“Las principales consecuencias del estado de inocencia se presentan en dos ámbitos: las posibilidades de restricción de derechos dentro del proceso o procedimiento y las exigencias probatorias de una eventual decisión sancionadora. Primero, los derechos de una persona libre o inocente no pueden ser limitados por medidas que, de acuerdo a las circunstancias, constituyan o se asemejen a penas o sanciones anticipadas, lo que representa un límite a las medidas cautelares y a las formas de tratamiento del supuesto infractor de parte de las autoridades. Segundo, ya que la inocencia no necesita prueba, el sujeto de la imputación no tiene que probar dicha condición, aunque, por eso mismo, la culpabilidad sí debe ser probada. Dado que el supuesto infractor no necesita probar su inocencia y, lógicamente, no le interesa probar su culpabilidad, **la carga de probar la imputación corresponde a quien acusa y, en el procedimiento administrativo sancionador, a la Administración titular de la potestad punitiva** (que por exigencia del principio de legalidad es la que debe establecer los presupuestos para la sanción, entre ellos la culpabilidad)”*¹⁸¹ El resaltado es propio.

Respecto al tema de la prueba, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha considerado que: *“Si bien este instituto jurídico opera en los diversos procesos, el mismo guarda diferentes connotaciones de conformidad a la materia que se trate; así, **cuando hace su efecto en materia administrativa, por regla general, su aplicación actúa conforme al estado de inocencia del investigado, por lo que, en este escenario corresponde a la administración la obligación de probar la imputación que efectúa. Sin embargo, luego de establecida la tesis incriminatoria, se traslada la verificación de los hechos al administrado en razón del ejercicio de su derecho de defensa, y de este modo, puede aportar toda la prueba de descargo con la que refute la hipótesis planteada por la administración y así desvirtuar posibles señalamientos, sin que ello signifique una obligación procesal, pero si en una***

¹⁸¹ Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las trece horas con cincuenta y seis minutos del dieciséis de octubre de dos mil quince, en el proceso de Inconstitucionalidad ref. 94-2013.

*medida de contraposición a la teoría de la administración, que además garantiza su actividad probatoria en el desarrollo de una investigación.”*¹⁸² El resaltado es propio.

Ahora bien, respecto de las cargas probatorias dinámicas, la Sala de lo Constitucional ha sostenido: *“En esta sentencia se partirá de la premisa de que las reglas dinámicas –con independencia de cómo se les titule: cargas probatorias dinámicas, principio de solidaridad probatoria, principio de facilidad de la prueba o principio de colaboración probatoria– **suponen un complemento a las reglas de distribución de la carga de la prueba** que atienden a la clase de hechos que se afirman como existentes. Estas **reglas complementarias** vendrían a sostener que **la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella posición procesal que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva**. Así lo ha sostenido esta sala, al afirmar que “... hay casos en los que la carga de la prueba debe desplazarse hacia aquella parte procesal que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. A esto se le conoce como cargas probatorias dinámicas”*¹⁸³ El resaltado es propio.

Por ultimo, en la etapa de los alegatos de defensa antes mencionado, puede darse que se acompañe documentación importante, sensible, vinculada al presunto infractor y la actividad económica, por lo que ese aspecto conlleva a que se pueda generar el incidente de confidencialidad en esta etapa, ya sea que el presunto infractor los solicite o el Superintendente de oficio lo haga, conforme a lo establecido en los Arts. 50 y 51 del Reglamento de la Ley de Competencia.

3.4.8 Apertura a Pruebas.

Después de esta etapa, el momento procesal que continúa es abrir a prueba por el plazo de no mayor de veinte días hábiles ni menor de ocho días hábiles, el cual es reconocido por el inciso tercero del Art. 45 de la Ley de Competencia, que es replicado

¹⁸² Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, en el proceso 210-2008.

¹⁸³ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día veinte de febrero de dos mil diecisiete, en la inconstitucionalidad 44-2011.

por el inciso primero del Art. 69 del Reglamento de la Ley de Competencia. Lo anterior esta en sintonía con lo establecido en la Ley de Procedimientos Administrativo, por cuanto dicho cuerpo normativo en el articulo 107 establece que se acordará la apertura a prueba por un plazo no superior a veinte días ni inferior a ocho, a fin que puedan ofrecerse y practicarse cuantas se juzguen legales, pertinentes y útiles.

En el procedimiento administrativo sancionador diseñado en la Ley de Competencia y su reglamento, no se puede presentar cualquier documento o informacion como prueba. Los medios de prueba tienen que estar directamente relacionados con el objeto de la investigacion, el cual se delimita en el auto de instruccion que se emite, ya sea de manera oficiosa o por denuncia presentada.

Incluso la Superintendencia de Competencia ya ha realizado la diferenciacion entre indicio y medios de prueba, en una aclaracion realizada a los apoderados de Asesuisa Vida, sosteniendo que *“incurrir en la confusion del significado de los terminos “indicios” y “medios probatorios”, siendo conceptos juridicamente diferentes (...) el segundo, se refiere a las herramientas a traves de las cuales podria constatarse la veracidad de los indicios y demas hechos pertinentes introducidos al proceso durante la investigacion, es decir, constatar su existencia o identidad con la realidad”*¹⁸⁴.

*“Los indicios, siempre y cuando sean plurales, concordantes e inequívocos, pueden conducir a dar por establecido un hecho”*¹⁸⁵.

El Tribunal Supremo de España, sobre la prueba indiciaria, ha señalado la especial significación incriminatoria cuando sostiene que *“la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección”*¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las quince horas treinta minutos del tres de marzo de dos mil dieciséis, en el proceso clasificado bajo la referencia 252-2009 promovido por Amate Travel, S.A. de C.V. contra el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo español, emitida el cuatro de octubre de dos mil seis, nº 949/2006.

“Lo que importa al derecho administrativo sancionador es que no se sancione a alguien con meros indicios. El citado derecho permite, además, que los indicios se conviertan en elementos probatorios luego de que han sido discutidos y controvertidos en el procedimiento, y esto es lo que resultó consumado en el caso que nos ocupa. En los procedimientos de prácticas anticompetitivas el ente regulador puede apoyarse en indicios a la hora de emitir el auto de instrucción -inicio de la investigación- y en evidencias indirectas a la hora de emitir la resolución final -análisis del fondo. En el presente caso, lo determinante fue que los indicios con los cuales se inició la investigación fueron debidamente comprobados a lo largo del procedimiento, respetando los derechos de audiencia y defensa de los investigados; y que la prueba generada estaba directamente relacionada con el objeto de la investigación”¹⁸⁷.

“En otros ambitos del derecho, como lo es el penal, los indicios normalmente habrán de ser plurales, pero se puede encontrar un único indicio de una singular fuerza acreditativa (como la identificación del autor de un delito mediante el análisis de los llamados marcadores genéticos del ADN, es decir, con la llamada “prueba de la huella genética”), cuando dicha prueba, en virtud de la razonabilidad probabilística, de manera autosuficiente ofrezca un resultado concluyente. No siendo pocos los casos en que esta –en su calidad de prueba indiciaria- ha constituido la prueba de cargo determinante para fundamentar una sentencia condenatoria”¹⁸⁸.

Sobre la prueba, también la Superintendencia acotó en la resolución final del veintisiete de mayo de dos mil quince, del proceso tramitado bajo la referencia SC-012-0/PS/R-2013 - ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA, SEGUROS DE PERSONAS, que la inexistencia de la prueba directa de una conducta no significa la inexistencia de esta, de ahí la importancia de la pruebas indirectas, que, en conjunto, son susceptible de hacer las veces de aquella.

¹⁸⁷ Resolución final de las doce horas y cinco minutos del veintisiete de mayo de dos mil quince, en el proceso con referencia SC-012-0/PS/R-2013 Asesuiza Vida, Sociedad Anonima, Seguros de Personas.

¹⁸⁸ En el Prólogo del libro “Prueba indiciaria: fundamentos para una formulación teórica en materia criminal”, así lo relaciona el Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, José María Casado Pérez, en enero de 2015.

La Superintendencia de Competencia dispone de diferentes medios probatorios para descubrir infracciones a la Ley de Competencia. Dentro de los medios para recolectar los elementos probatorios que se pueden mencionar están: estudios de mercado, documentos que contengan información empresarial, declaraciones testimoniales de consumidores afectados, competidores por la conducta ilícita, entre otros.

El artículo 106 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere, el Código Procesal Civil y Mercantil. Este Código establece en el artículo 330 que la prueba podrá producirse por cualquiera de los medios probatorios regulados en este código y que los medios no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciarán conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados.

En los procedimientos sancionadores desarrollados por la Superintendencia de Competencia, una vez reunidos todos los elementos probatorios, el sistema de valoración de prueba empleado es la sana crítica, artículo 45, inciso 3°, de la Ley de Competencia¹⁸⁹. En los mismos términos se pronuncia la Ley de Procedimientos Administrativos, en el inciso tercero del artículo 106, y el Código Procesal Civil y Mercantil, en el inciso primero del artículo 416, salvo con la diferencia que en estos dos últimos, en la prueba documental se estará a lo dispuesto sobre el valor tasado.

Ahora bien, en este procedimiento administrativo sancionador también es posible incorporar medios de prueba como la declaración de parte, medios de almacenamiento y reproducción de la imagen y el sonido, fotos, mapas, croquis, etc., conforme a lo establecido en los artículos 344, 396, 397 del Código Procesal Civil y Mercantil.

¹⁸⁹ Resolución final de las diez horas y treinta minutos del día uno de noviembre de dos mil once, emitido en el proceso con referencia SC-021-D/PS/NR/-2010 – Alimentos Globales, Sociedad Anónima de Capital Variable y Maya Cleaning, Sociedad Anónima de Capital Variable.

“En materia administrativa sancionadora, en relación a los medios de prueba, éstos no presentan un “peso” o “valor” predeterminado, la apreciación de los mismos debe serlo en el marco de un análisis con base en las reglas de la sana crítica, sistema de apreciación probatoria que deviene de la aplicación de las reglas del pensamiento humano, el cual está conformado por tres tipos de reglas: la lógica, la experiencia y la psicología”¹⁹⁰.

“La lógica se ocupa de examinar los diversos procedimientos teóricos y experimentales que se utilizan del conocimiento científico y de analizar la estructura de la ciencia misma, es decir, estudia los procesos del pensamiento, para descubrir los elementos racionales que los constituyen y las funciones que los enlazan, por lo que está compuesta de diversos principios... La experiencia o máximas de experiencia, han sido definidas como aquellos: “juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”... En cuanto al análisis psicológico, se requiere examinar el contenido de la versión de los hechos: 1) Si es lógica (no contrariarse entre sí, ser precisa, consistente), 2) si se cuenta con corroboraciones periféricas objetivas (declaraciones de otros, pericias, etc.); asimismo, se debe considerar la persistencia acusatoria, esto es, si la declaración carece de ambigüedades y/o contradicciones”¹⁹¹.

La Superintendencia de Competencia ha establecido que *“con base en el sistema de valoración de la sana crítica todos los medios probatorios recopilados durante la tramitación del procedimiento deben ser examinados de manera integral y en la resolución final deberán constar aquellos elementos que -luego de haber sido analizados en su conjunto- serán consecuentes y coherentes con el objeto de la investigación, y que*

¹⁹⁰ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las doce horas veinte minutos del trece de noviembre de dos mil diecisiete, con referencia 190 - 2013

¹⁹¹ Ibid.

*lleven a determinar si ha existido o no ese concierto de voluntades entre dos o más competidores para limitar la competencia*¹⁹².

En esta etapa del proceso, ante la presentación de documentos o cualquier tipo de prueba que podrían no ser generalmente conocidos ni fácilmente accesibles para personas que normalmente utilizan ese tipo de información, y que serían de valor comercial por ser propios de la actividad empresarial que desarrollan los agentes económicos involucrados, se vuelve también importante generar el incidente de confidencialidad, ya sea a petición de parte o de oficio por parte de la Superintendencia de Competencia, conforme al art. 50 y 51 del Reglamento de la Ley de Competencia.

Aquí es importante acotar que mientras el expediente no haya sido integrado, el Superintendente puede solicitar al Consejo Directivo la ampliación del plazo, para lo cual deberá enunciar todas las circunstancias que justifiquen dicha ampliación, ya sea que estas estén relacionadas con las propias atribuciones que le compete realizar, como es la tramitación de la instrucción, así como aquellas que es menester hacerlas del conocimiento a efecto que el Consejo Directivo, al momento de resolver la ampliación del plazo, considere un período de tiempo razonable para emitir su resolución final.

Luego de esto se emite auto o resolución por medio del cual el Superintendente de Competencia integra el expediente, conforme lo establece el Art. 71 del Reglamento de la Ley de Competencia e inciso cuarto del artículo 45 de la Ley de Competencia.

El art. 110 de la LPA, la Superintendencia de Competencia, una vez que haya instruido los expedientes e inmediatamente antes de la resolución o, en su caso, del informe de los órganos consultivos, deberá darles audiencia a las partes poniendo las actuaciones a disposición de los interesados para su consulta y les concederá un plazo común, no superior a quince días ni inferior a diez, para que hagan sus alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

¹⁹² Resolución final de las doce horas y veinte minutos del día veintidós de octubre del dos mil catorce, emitida en el proceso SC-039-0/PS/NR-2012 – Hoteles y Desarrollos S.A. de C.V.; Hoteles e Inversiones, S.A. de C.V.; Hoteles de Centro América, S.A. de C.V.; y Compañía Hotelera Salvadoreña, S.A.

“Esta oportunidad procesal no se encontraba antes, sin embargo, a raíz de que la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó vulneración de los derechos fundamentales de audiencia y defensa, en el proceso administrativo sancionador instruido contra U TRAVEL SERVICE, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia U TRAVEL SERVICE, S.A. DE C.V, es que se incorporó”¹⁹³.

La Sala de lo Contencioso estimó que por el principio al debido proceso los administrados tienen derecho a ofrecer y producir pruebas, presentar material probatorio, exigir que la Administración produzca las pruebas ofrecidas, así como a contradecir aquellas que, otro administrado o la misma Administración considere relevante para resolver el asunto. En el mismo sentido, sostuvo, que comprende la facultad de controlar el ofrecimiento y la producción de la prueba, tanto suya como de la Administración, otorgándole en base a dicho principio el derecho de acceder en cualquier momento, de manera directa, a la información que obra en el expediente, salvo aquella que se haya considerado confidencial.

Siguió relacionando la Sala de lo Contencioso que denegar al administrado titular del procedimiento la información contenida en el expediente administrativo equivale a vulnerar el debido proceso, pues desde la perspectiva del derecho de defensa consagrado tanto en la Constitución como en la ley, produciría indefensión a los administrados cuyos derechos e intereses legítimos están en juego.

Por último, sostuvo que el problema no radica en si se le respetó al administrado el derecho de acceso al expediente administrativo, entendiéndose la parte pública, sino que el punto medular es ubicar el momento adecuado para permitir el ejercicio del derecho de acceso al mismo, sin afectar los intereses del administrado que se encuentran en discusión. En otras palabras, cuando se integra el expediente y antes de la decisión final, es el momento adecuado para permitir al administrado el acceso a dicho

¹⁹³ Sentencia definitiva emitida, a las ocho horas dieciocho minutos del dieciocho de junio de dos mil trece, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso con referencia 254-2009.

expediente, para que haga las ultimas alegaciones inmediando previamente todo el contenido del expediente.

El procedimiento administrativo sancionador esta diseñado para que después de las alegaciones, abrir a prueba, conceder audiencia una vez integrado el expediente se proceda a concluir la investigacion realizada y enviar el expediente al Consejo Directivo, quien conforme a lo que establece el Art. 14 literal a) y d) de la Ley de Competencia es la unica autoridad que tiene la potestad de imponer sanciones y ordenar el cese de las practicas anticompetitivas.

3.4.9 Decisión final del Consejo Directivo.

El Consejo Directivo deberá emitir la resolucioin dentro de un plazo no mayor de veinticuatro meses contados a partir de la emision del auto de inicio, plazo que podra ser suspendido, de acuerdo con lo contemplado en la Ley de Procedimientos Administrativos. Este plazo es superior al contenido en la Ley de Procedimientos Administrativos, en vista que en el inciso segundo del articulo 89 establece que el procedimiento administrativo deberá concluirse por acto o resolución final en el plazo máximo de nueve meses posteriores a su iniciación.

El plazo para decidir sobre el fondo del asunto es más amplio el de la Ley de Competencia que el de la Ley de Procedimientos Administrativo, como ya se indicó, lo cual es así, en vista que en el derecho de competencia se busca lograr una economía más competitiva y eficiente, promoviendo la transparencia y accesibilidad, fomentando el dinamismo y el crecimiento de la misma para beneficiar al consumidor, por lo que toda aquellas prácticas que vayan en contra de lograr ese objetivo, deberán sancionarse, aunado a ello, existe una prohibición normativa expresa de acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico.

La identificación de dichas prácticas anticompetitivas que impiden eso que se busca en el derecho de competencia, más la forma compleja en las que se desarrollan

estas prácticas, la naturaleza y dinámica de los diferentes mercados y lo difícil que en ocasiones representa obtener elementos de prueba, hace que el plazo que establece la Ley de Procedimientos Administrativos sea insuficiente para la toma final de una decisión en estos procedimientos sancionadores.

Antes la Superintendencia de Competencia había dejado claro, bajo una interpretación integral del anterior artículo 45 de la LC, que debía entenderse que, *“a partir de iniciada la investigación o hecha la denuncia, podrán transcurrir hasta veinticuatro meses como máximo para obtener la resolución final del Consejo Directivo, con lo cual la ampliación estaba referida no solo para este último propósito, sino que también para concluir todas las etapas de la investigación, porque todas las fases del procedimiento (inicio, desarrollo, conclusión) están incluidas dentro del comentado Art. 45 de la Ley de Competencia”*¹⁹⁴. Sin embargo, ahora el legislador ha dejado claro que la resolución final debe emitirse dentro de un plazo no mayor de veinticuatro meses contados a partir del auto de inicio.

En esta resolución a la que hace referencia la Ley de Competencia y su reglamento, puede llevar a dos decisiones, la primera que sería de condena, es decir, de tener por acreditado que existe la práctica anticompetitiva investigada, que uno o varios agentes económicos no solicitaron la autorización de concentración cuando debían hacerlo o que se haya determinado el incumplimiento de las condiciones que se le habían impuesto en virtud de una solicitud de concentración. La segunda sería a la inversa, de absolución, es decir, que no se acreditó lo antes señalado.

En todo caso, ya sea que se emita una resolución de condena o de absolución, esta deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la decisión¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Resolución final de las diez horas del día catorce de octubre de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-047-D/PS/R-2013 - Digicel S.A de C.V; Telefónica S.A de C.V; Cte S.A de C.V; Personal S.A de C.V; Telemovil S.A DE C.V.

¹⁹⁵ Reglamento de la Ley de Competencia Art. 72.- La resolución que decida sobre la existencia o no de prácticas anticompetitivas, la resolución que determine que uno o varios agentes económicos no solicitaron la autorización de concentración cuando debían hacerlo, así como la resolución que determine que un

En el caso de que sea condenatoria la decisión, es decir, que se ha comprobado la práctica anticompetitiva, a parte de contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la decisión, el legislador ya estableció los elementos de la parte dispositiva de la decisión, que en resumen es la orden de cese de la práctica anticompetitiva, la imposición de condiciones u obligaciones y la imposición de las sanciones que prevé la Ley¹⁹⁶.

De igual forma, previo procedimiento, el Consejo Directivo impondrá a los agentes involucrados las sanciones que prevé la Ley, cuando se compruebe que un agente económico incumplió las condiciones que se le hayan impuesto en virtud de una solicitud de concentración, de conformidad a lo establecido en el Art. 72-B del Reglamento de la LC

3.4.10 Recursos de reconsideración y de revisión.

El Art. 75 del reglamento de la LC, establecen que el acto que resuelva definitivamente el procedimiento, admitirá el recurso de revisión, el cual deberá de interponerse dentro del término de cinco días. No obstante, mediante las reformas que tuvo la LC en el mes de noviembre de dos mil veintiuno, se dejó claro que el régimen de los recursos se sujetara a las disposiciones de la LPA, por lo que los recursos que proceden ante la resolución final es el de reconsideración, conforme a lo establecido en el Art. 132 y 133 de dicho cuerpo normativo, de los cuales se extrae que este recurso se presenta ante la misma autoridad que emitió el acto, que si el acto fuera expreso, el plazo para interponer el recurso de reconsideración será de diez días. Si se tratase de un acto presunto, el plazo será de un mes y se contará a partir del día siguiente en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. Por último, el plazo para resolver el

agente económico incumplió las condiciones que se le hayan impuesto en virtud de una solicitud de concentración, deberán contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen la decisión.

¹⁹⁶ Reglamento de la Ley de Competencia Art. 72-A.- En caso de comprobarse la existencia de prácticas anticompetitivas, la resolución que se emita podrá contener los siguientes aspectos: a) La orden de cese de la práctica anticompetitiva o prácticas anticompetitivas en un plazo determinado; b) La imposición de cualesquiera condiciones u obligaciones, sean éstas estructurales o de comportamiento que se consideren apropiadas, aptas y necesarias para restablecer las condiciones de competencia y/o evitar la continuación de la práctica comprobada; y, c) La imposición de las sanciones que prevé la Ley.

recurso y notificar la resolución será de un mes; contra lo resuelto no podrá interponerse nuevo recurso de reconsideración.

También se puede presentar el recurso extraordinario de revisión, la cual reconoce en un primer momento, que dicho recurso se puede presentar ante el superior jerárquico, si lo hubiera, o ante el propio órgano que los dictó. El Art. 136 establece los supuestos específicos en los cuales procede este recurso¹⁹⁷.

El plazo para la interposición este recurso es variado, así lo reconoce el Art. 137 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en caso de error de hecho, dentro del año siguiente al de la notificación del acto impugnado; en caso de documentos con valor esencial que hubiesen sido ignorados, dentro de los tres meses contados desde el descubrimiento de los documentos o desde que exista la posibilidad de aportarlos; y, en los demás casos establecidos en el artículo anterior, dentro del año posterior al conocimiento de la Sentencia firme respectiva.

Al igual que el recurso de reconsideración, la resolución del recurso de revisión deberá ser dictada y notificada en el plazo de un mes, contado desde la fecha de su presentación.

Ambos recursos, el de reconsideración, así como el extraordinario de revisión, son potestativo, conforme al Art. 124 de la Ley de Procedimientos Administrativos, los cuales, si se opta por la impugnación judicial, ya no podrán interponerse los recursos administrativos, al contrario, si se opta por interponer los recursos administrativos, el

¹⁹⁷ Objeto Art. 136.- Podrá interponerse recurso extraordinario de revisión contra los actos firmes en la vía administrativa ante el superior jerárquico, si lo hubiera, o ante el propio órgano que los dictó, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: **1. Si al dictar el acto se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho que aparezca de los propios documentos incorporados al expediente; 2. Cuando aparezcan documentos con valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse la resolución, o de imposible aportación entonces; 3. En el caso que para la emisión del acto hayan influido esencialmente documentos, peritajes o testimonios declarados falsos por Sentencia Judicial firme anterior o posterior al acto, siempre que, en el primer caso, el interesado desconociera la declaración de falsedad; y, 4. Cuando el acto se hubiese dictado como consecuencia de cohecho, violencia u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de Sentencia Judicial firme.**

interesado podrá desistir de éstos en cualquier momento, con el fin de acudir al Contencioso-Administrativo.

3.5. De las medidas provisionales.

En el Art. 41-A de la Ley de Competencia establece la facultad de que el Superintendente pueda decretar medidas provisionales, en los siguientes supuesto: 1) Exista un riesgo inminente para el mercado que pudiera tener como consecuencia la limitación de la competencia; 2) El acceso de un agente económico al mercado de que se trate o el desplazamiento de un agente económico; 3) La conducta detectada pudiera producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos.

Dicha disposición está conectada con lo regulado en el Art. 13 de la Ley de Competencia, que establece las competencias del Superintendente, y específicamente la contenida en el literal s), la cual reconoce que dicha autoridad puede adoptar, confirmar, modificar o levantar las medidas provisionales que estime oportunas y necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final. Especialmente reconoce que las mismas se podrán decretar de oficio o a petición de interesado al inicio de un procedimiento administrativo y se pueden mantener mientras persistan las causas que dieron origen a su adopción. Conforme al art. 46 de la LC, esta decisión que se adopte deberá emitirse de forma razonada.

La decisión razonada es aquella que se motiva, de allí que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que la motivación tiene como finalidad que: *“el juez o autoridad administrativa, plasme las razones que lo impulsaron objetivamente a resolver en determinado sentido, a fin de hacer posible el convencimiento de los ciudadanos del porqué de las mismas. Es por tal razón, que el incumplimiento con la obligación de motivación adquiere connotación constitucional, pues su inobservancia incide negativamente en la seguridad jurídica y defensa en un*

*proceso judicial o procedimiento administrativo. Sin los argumentos en que una decisión está fundamentada, se inobserva el sometimiento de las autoridades a la ley*¹⁹⁸.

Bajo esa misma línea, la Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió que *“cuando un acto de autoridad administrativa tiene injerencia en derechos fundamentales, es exigible su adecuada motivación, cuya ausencia trae aparejada la ilegalidad del acto administrativo”*¹⁹⁹.

La referida Sala de lo Contencioso también sostuvo que: *“la doctrina ha otorgado a la motivación del acto administrativo como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda; con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido”*²⁰⁰.

A parte de una resolución motivada, conforme lo establece el inciso primero del artículo 78 de la Ley de Procedimientos Administrativos, para la adopción de las medidas cautelares deberá existir apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y el peligro, lesión o frustración por demora o *periculum in mora*.

“El primero de ellos hace alusión a la apariencia fundada del derecho, su concurrencia en el caso concreto, se obtiene analizando los hechos alegados, junto con las restantes circunstancias que configuran la causa, lo que permite formular una respuesta jurisdiccional afirmativa a la viabilidad jurídica de estimar la pretensión, sin que ello signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. El segundo hace alusión al riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo real

¹⁹⁸ Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de noviembre de dos mil dos, en el proceso de amparo con referencia 516-2001.

¹⁹⁹ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, en el proceso con referencia 218-2014.

²⁰⁰ Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo emitida el día veintinueve de enero de dos mil nueve, en el proceso con referencia 41-2005.

*para la materialización efectiva de las consecuencias derivadas de una eventual sentencia estimatoria*²⁰¹.

El inciso último del literal s) del Art. 13 de la Ley de Competencia establece los tipos de medidas provisionales que se pueden emitir, entre estas: a) La suspensión temporal de actividades; b) sujetar determinados productos o servicios a condiciones en particular.

El legislador también deja abierta la posibilidad que se pueda emitir cualquier otra de las contenidas en las normas vigentes y que pudieren ser aplicables al caso, verbigracia, las contenidas en el Art. 436 del Código Procesal Civil y Mercantil, que reconoce ocho tipos de ellas²⁰². La adopción de una medida provisional específica de las ocho que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, dependerá del caso en concreto, pudiéndose adoptar, por la naturaleza del derecho de competencia, verbigracia, la orden de cesar provisionalmente una actividad, abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación.

Por último, en el mismo literal s) se establece que las medidas se mantendrán mientras persistan las causas que dieron origen a su adopción.

La anterior regulación normativa está relacionada con una de las características de las medidas cautelares señaladas por la doctrina procesal y que es adecuada a nuestra jurisprudencia y legislación: La Provisionalidad, ya que su función concluye en

²⁰¹ Auto de sustanciación, emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas cinco minutos del día treinta de abril de dos mil dieciocho, en el proceso con referencia 364-2017.

²⁰² Art. 436.- Podrá solicitarse la adopción de las siguientes medidas cautelares: 1ª. El embargo preventivo de bienes; 2ª. La intervención o la administración judiciales de bienes productivos; 3ª. El secuestro de cosa mueble; 4ª. La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga; 5ª. La anotación preventiva de la demanda, y otras anotaciones registrales; 6ª. La orden judicial para cesar provisionalmente en una actividad, para abstenerse temporalmente de alguna conducta o para no interrumpir o cesar, también de manera temporal, una prestación; 7ª. La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda; 8ª. El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción y la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

cuanto se ha alcanzado el fin a favor de la cual fueron dictadas o la situación fáctica que las sustenta ha dejado de existir.

Otras características que ha señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo de las medidas cautelares, a parte de la provisionalidad, son: “1) **La Instrumentalidad**, en tanto que no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran vinculadas al fin principal en virtud del cual se desarrolla el proceso y del cual se encuentran en dependencia: asegurar el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. 2) **Sumariedad o celeridad**, como característica que se atribuye a la finalidad que persiguen, no requieren de mayor trámite y sus términos procesales son cortos, ello en vista de que no existe una certeza, sino una probabilidad sobre la existencia del derecho en discusión dentro de la causa principal y están diseñadas para asegurar que el desarrollo de esta discusión tenga una solución que sea eficaz. 3) **Flexibilidad**, las medidas cautelares no son decisiones pétreas; en general son modificables ya sea sustituyéndolas por otra que convenga más a la finalidad perseguida o suprimiéndolas en caso de desaparecer las circunstancias que dieron lugar a que se tomara la medida”²⁰³.

El literal s) del Art. 13 y 41-A de la Ley de Competencia son desarrollados prácticamente en el inciso primero del Art. 60–A del Reglamento de dicha Ley. En esta última disposición se reitera que en cualquier momento durante la instrucción del procedimiento sancionatorio y con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final, la Superintendencia podrá dictar, mediante resolución motivada, las medidas provisionales.²⁰⁴ que estime convenientes cuando exista un riesgo inminente para el mercado que pudiera traer como consecuencia que se limite o restrinja la competencia, el acceso de un agente económico a un mercado, el desplazamiento de un agente

²⁰³ Interlocutoria emitida el día treinta de marzo de dos mil dieciséis, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso con referencia 126-2016.

²⁰⁴ Esta norma no se ha actualizado conforme a la Ley de Competencia, porque ahora son denominadas medidas provisionales.

económico, o que la conducta investigada pudiera producir daños a terceros o a intereses públicos o colectivos.

El inciso segundo del Art. 60–A del Reglamento de la Ley de Competencia, viene siendo un tipo de norma amplificadora del inciso último del literal s) del Art. 13 de la Ley de Competencia, porque en esta solo se dice que las medidas se mantendrán mientras persistan las causas que dieron origen a su adopción, en cambio en aquella disposición del reglamento, se establece abiertamente que la resolución que se pronuncie sobre la adopción de una medida cautelar podrá revocarse en cualquier estado del procedimiento sancionatorio, incluso, se menciona, siempre que la Superintendencia lo estime procedente, habiéndose comprobado que las causas que la motivaron han desaparecido.

Ahora bien, las medidas cautelares ya han sido definidas, en el sentido de que “*es el acto emitido por el Superintendente de Competencia mediante resolución motivada, en cualquier etapa del procedimiento sancionador, cuya función es asegurar la eficacia de la resolución final, cuando exista un riesgo inminente para el mercado, que pudiera tener como consecuencia la limitación de la competencia, el acceso de un agente económico al mercado de que se trate o el desplazamiento de un agente económico o que, la conducta detectada pudiera producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos*”²⁰⁵.

Es importante aclarar que la Ley de Competencia entró en vigencia el día uno de enero de dos mil seis y en esa oportunidad no venía regulada la competencia de emitir medidas cautelares, ahora denominadas medidas provisionales, sino que fue mediante reforma de la ley²⁰⁶ en octubre de dos mil siete, que se confirió dicha competencia.

3.6. Registros o allanamientos.

Al igual que en el caso de la facultad de medidas cautelares, ahora provisionales, la Ley de Competencia no traía contemplada la posibilidad de realizar registros y

²⁰⁵ Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009. https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/.

²⁰⁶ Mediante Decreto Legislativo número 436 de fecha dieciocho de octubre de dos mil siete, publicado en el Diario Oficial número 204, Tomo 377 de fecha uno de noviembre de dos mil siete.

allanamientos cuando entró en vigencia el uno de enero de dos mil seis, si no que esta facultad se incorporó mediante la misma reforma que se hizo en octubre de dos mil siete, cuando se incorporaron las medidas cautelares al procedimiento.

Mediante ese Decreto 436 se dijo que se sustituiría el literal r) del Art. 13 de la Ley de Competencia, quedando dentro de las competencias del Superintendente de la manera siguiente: *“Llevar a cabo registros o allanamientos, para lo cual el Superintendente deberá presentar la solicitud correspondiente al Juez de Primera Instancia con competencia civil o mercantil de la localidad en donde se encuentra el inmueble o inmuebles que se pretenden registrar o allanar”*

No obstante lo anterior, esta competencia del Superintendente fue modificada²⁰⁷ y en el considerando contenido en el romano III del mencionado Decreto se sostuvo que la Ley de lo Contencioso Administrativo, aprobada por Decreto Legislativo 760 de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, la cual entraría en vigencia el treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, en el artículo 12 inciso tercero atribuye como competencia de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, otorgar los registros con prevención de allanamiento, en aquellos casos en que la autoridad administrativa haciendo uso de su atribución expresamente otorgada por la ley especial, necesite ingresar al domicilio, residencia, establecimiento, local, agencia y cualquier otro similar de la persona investigada para probar una infracción administrativa.

Esa modificación llevó a que hora dicha competencia este regulada de la siguiente manera: *“Llevar a cabo registros o allanamientos, para lo cual el Superintendente deberá presentar la solicitud al Juzgado de lo Contencioso Administrativo con competencia en la circunscripción territorial de la localidad en donde se encuentre el inmueble o inmuebles que se pretende registrar o allanar”*, art. 13 literal r) de la LC.

²⁰⁷ Mediante el Decreto Legislativo número 819 de fecha uno de noviembre de dos mil diecisiete, publicado en el Diario Oficial número 221, Tomo 417 de fecha veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Esta solicitud debera contener²⁰⁸, entre otras cosas, la direccion del inmueble donde se realizara la diligencia, elemento importante para no violentar al derecho fundamental a la intimidad de otras personas que no tengan nada que ver con la investigacion; los elementos probatorios que se pretende recabar con el objeto del procedimiento; las razones que justifique que el registro y allanamiento es el medio idoneo y necesario para recabar los elementos probatorios, manifestacion clara del principio de proporcionalidad, entre otros requisitos.

El Juez deberá de resolver lo solicitado y notificar al Superintendente la orden de registro o allanamiento concedida en un plazo de ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud. La ejecución del registro o allanamiento será realizada por el Superintendente y las personas autorizadas para ese efecto quienes podrán auxiliar de la Policía Nacional Civil. Diligencia que deber a de iniciar en horas hábiles, lo que implica que no está prohibido que pueda continuar o terminar de noche, todo conforme a lo establecido en el penúltimo e ultimo inciso del art. 44 de la LC.

En el inciso cuarto del Art. 46 del Reglamento de la Ley de Competencia, se dice que la información obtenida, producto de un registro o allanamiento, deberá ser relacionada en el acta que se levante para tales efectos, a fin de hacer constar las circunstancias o hechos relevantes que ocurrieron en su obtención.

De igual forma, en el literal d) del Art. 47 del Reglamento, donde se establecen potestades de la Superintendencia, se dice que se pueden llevar a cabo en la instrucción los registros y allanamientos, que la solicitud se presentará en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, del lugar donde se encuentra el inmueble o inmuebles que se pretenden registrar o allanar. Se reitera que el juez tendrá un plazo no mayor de

²⁰⁸ a) El objeto del procedimiento en el que se desarrollaría la diligencia solicitada; b) La indicación de las personas que participarán en el registro o allanamiento; c) La dirección del inmueble o inmuebles en donde se realizará la diligencia; d) La fecha y hora en las que se realizaría la misma; e) Los elementos probatorios que pretenden recabarse a través de la diligencia; f) La relación de los elementos probatorios que pretenden recabarse con el objeto del procedimiento; g) Las razones que justifiquen que el registro o allanamiento es el medio idóneo y necesario para recabar los elementos probatorios.

veinticuatro horas para resolver²⁰⁹, contadas a partir del momento en el que la solicitud es presentada a la sede del tribunal o a la secretaría receptora y distribuidora de demandas, según el caso.

La anterior disposición también prevé la situación de que los inmuebles se encuentran en municipios o departamentos diferentes, para lo cual mandata que el Superintendente tendrá que presentar simultáneamente las solicitudes de allanamiento o registro correspondiente, a fin de lograr decisiones convergentes en el tiempo.

Por último, normativamente hablando en el inciso segundo del Art. 69 del Reglamento de la Ley de Competencia se establece una regla, en los casos de los registros con prevención de allanamiento no se notificará al interesado la realización de la diligencia, como si se hace en las restantes diligencias probatorias, que se tiene que hacer con veinticuatro horas de anticipación.

El Registro con Prevención de Allanamiento se conecta con el inciso primero del Art. 20 de la Constitución que reconoce el derecho a la inviolabilidad de la morada, el cual implica que nadie puede entrar en la morada de una persona sin su consentimiento o sin mandato judicial, salvo ciertas excepciones. Derecho que se encuentra reconocido en los arts. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“El contenido de este derecho (la inviolabilidad de la morada) se formula desde una perspectiva negativa, en el sentido que, por regla general, el titular tiene la facultad de excluir a otros, sean estos particulares o poderes públicos, de ese ámbito reservado, así como impedir o prohibir la entrada o permanencia en él de cualquier persona”²¹⁰.

“La morada o domicilio debe entenderse como la prolongación espacial de la personalidad, ya que es en ese lugar físico donde se desarrolla principalmente la vida privada o íntima del individuo. Se trata de un espacio aislado con relación al mundo

²⁰⁹ Mediante reforma del art. 44 de la Ley, realmente son ocho horas las que tiene para resolver.

²¹⁰ Sentencia de amparo emitida a las doce horas y treinta minutos del día veinticuatro de octubre de dos mil catorce, en el proceso clasificado bajo la referencia 206-2012, pág. 16.

exterior en el cual la persona no se encuentra sujeta a los usos y convenciones sociales y respecto del cual es irrelevante, para efectos constitucionales, el título jurídico del sujeto y la estabilidad o habitualidad de su residencia”²¹¹.

El Art. 20 de la Constitución de El Salvador establece que la morada es inviolable, sin embargo, establece las excepciones, siendo estas el consentimiento de la persona que la habita, por mandato judicial, por flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, o por grave riesgo de las personas.

*“Pese a que el derecho a la inviolabilidad de la morada o domicilio tiene como fundamento la protección de la intimidad y la vida privada de los sujetos, su titularidad no se reconoce únicamente a las personas físicas... en el caso de las personas jurídicas es preciso aclarar que no existe una estrecha vinculación de estas con un ámbito de intimidad en el sentido originario de resguardo de la vida personal y familiar —solo predicable a las personas físicas—, por lo que se trata de un espacio que goza de una menor intensidad de protección... **debe entenderse que la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas —como las sociedades mercantiles—, solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que estas puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, ya sea por constituir su centro de dirección o un establecimiento de su dependencia, o por servir para la custodia de los documentos u otros soportes de sus operaciones o de su establecimiento que quedan reservados del conocimiento de terceros**”²¹².*

La diligencia de registro de una morada o domicilio es una medida coercitiva que permite el ingreso de extraños a un recinto privado, con la finalidad de revisar si se encuentra aquellos objetos que previamente se han identificado en la solicitud registro o allanamiento o en general, que tengan relación, para el caso, con la infracción que se investiga.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid. Pág. 16-17.

“El Allanamiento supone el franqueamiento compulsivo de un lugar cerrado, y más detalladamente un acto policial ordenado judicialmente -y excepcionalmente sin ella- que recae sobre un obstáculo material el cual cierra el ambiente, y al que se requiere transponer compulsivamente sin consentimiento del morador”²¹³.

La regulación del registro o allanamiento en el procedimiento administrativo sancionador contenido en la Ley de Competencia y su reglamento, fortalece la eficiencia de las investigaciones realizadas por la Superintendencia de Competencia, en especial las relacionadas con las prácticas anticompetitivas entre competidores, de allí que constituye un instrumento que permite recopilar información veraz de una manera ágil y eficaz.

²¹³ Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional a las ocho horas y treinta minutos del día seis de mayo de dos mil ocho, en el proceso con referencia 59-2006.

CAPITULO IV

CASUISTICA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL SALVADOR Y SU EFICACIA EN LA DEFENSA DEL MERCADO

4. 1 Historia de los Programas de Clemencia.

4.1.1 Estados Unidos de Norte América.

Se puede considerar que el aforismo que resume la esencia de los programas de clemencia, es: *“No hay honor entre ladrones”*

Estados Unidos de Norte América fue el primer país del mundo en instaurar el sistema de clemencia. En mil novecientos setenta y ocho, la División Antitrust del Departamento de Justicia implementó un programa de inmunidad, el cual concedía inmunidad solo frente a determinadas sanciones criminales.

Dicho avance, *“la Corporate Leniency Policy, tenía un alcance limitado pues de un lado, sólo admitía las denuncias presentadas antes del comienzo de la investigación y, de otro, no implantaba una concesión de inmunidad automática ya que había sido conferido un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades antitrust”*²¹⁴.

*“El alcance de este primer instrumento no era muy extenso, ya que únicamente eran admitidas aquellas denuncias que se presentaban con anterioridad al inicio de la investigación. Además, la concesión de los privilegios que la denuncia conllevaba, era una potestad discrecional de las autoridades. Por estos motivos esta primera política de clemencia no contó con el éxito esperado, puesto que las empresas no estaban dispuestas a delatar sin que previamente tuvieran asegurada una concesión de inmunidad”*²¹⁵.

“El programa no tuvo éxito, fue por eso que en 1993 este fue modificado procurándose que fuera más flexible y que contara con mayor seguridad y certeza. Se

²¹⁴ García Cachafeiro, Fernando; Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español, Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia. No. 227, Madrid. 2003. Pág. 17.

²¹⁵ Puente Guerra, German: Ob. Cit. pág. 13.

*introdujeron substanciales cambios en la ley que entre otras cosas permite que la amnistía sea otorgada ya sea antes o después que el Departamento de Justicia comience una indagación sobre el cartel y puede garantizar inmunidad automática a la primera firma que confiese el delito si ciertas condiciones se cumplen*²¹⁶.

Actualmente Estados Unidos de América tiene los siguientes programas de clemencia:

a. “*La Corporate Leniency Policy, política de clemencia corporativa o política de inmunidad corporativa*, es la política de otorgar indulgencia a las corporaciones que informan sobre su actividad antimonopólica ilegal. Dicha indulgencia se otorgará cuando se informe sobre la actividad ilegal antes que haya comenzado una investigación, siempre y cuando se cumplan seis condiciones²¹⁷, dentro de las cuales destaca que la corporación reporte la actividad ilegal cuando la División Antimonopolio del Departamento de Justicia no ha recibido información sobre la actividad ilegal, que la corporación brinda una colaboración total etc.

En el supuesto hipotético que la corporación no cumpla con las seis condiciones antes mencionadas y ya sea que se presente antes o después que haya comenzado una investigación, se le otorga la indulgencia si cumple siete condiciones²¹⁸, dentro de las

²¹⁶ Galleguillos Smart, Enrique José: “Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia”, Universidad Finis Terrae, año 2013. Pág. 33.

²¹⁷ 1. En el momento en que la corporación se presenta para reportar la actividad ilegal, la División no ha recibido información sobre la actividad ilegal reportada de ninguna otra fuente; 2. La corporación, al descubrir la actividad ilegal de la que se informa, tomó medidas rápidas y efectivas para poner fin a su participación en la actividad; 3. La corporación informa la infracción con franqueza e integridad y brinda una cooperación total, continua y completa a la División durante toda la investigación; 4. La confesión de irregularidades es verdaderamente un acto corporativo, a diferencia de las confesiones aisladas de ejecutivos o funcionarios individuales; 5. Cuando sea posible, la corporación restituirá a las partes lesionadas; y 6. La corporación no obligó a otra parte a participar en la actividad ilegal y claramente no era el líder ni el autor de la actividad. Véase <https://www.justice.gov/atr/corporate-lenieny-policy>.

²¹⁸ 1. La corporación es la primera en presentarse y calificar para la indulgencia con respecto a la actividad ilegal que se denuncia; 2. La División, en el momento en que entra la corporación, aún no tiene pruebas contra la compañía que puedan resultar en una condena sostenible; 3. La corporación, al descubrir la actividad ilegal de la que se informa, tomó medidas rápidas y efectivas para poner fin a su participación en la actividad; 4. La corporación informa la infracción con franqueza e integridad y brinda una cooperación total, continua y completa que hace avanzar a la División en su investigación; 5. La confesión de irregularidades es verdaderamente un acto corporativo, a diferencia de las confesiones aisladas de ejecutivos o funcionarios individuales; 6. Cuando sea posible, la corporación restituirá a las partes lesionadas; y 7. La División determina que otorgar indulgencia no sería injusto para los demás,

cuales destaca que la corporación sea la primera en presentarse y calificar para la indulgencia, también que al momento en que entra la corporación, la División Antimonopólica aún no tiene pruebas contra la compañía que puedan resultar en una condena sostenible.

“Si una corporación califica para la indulgencia antes que inicie una investigación, donde se exigen las seis condiciones ya mencionadas, todos los directores, funcionarios y empleados de la corporación que admitan su participación en la actividad antimonopolio ilegal como parte de la confesión corporativa recibirán indulgencia, en la forma de no ser acusados penalmente por la actividad ilegal, si admiten su irregularidad con franqueza e integridad y continúan ayudando a la División a lo largo de la investigación. Si una corporación no califica para la indulgencia antes que inicie una investigación, donde se exigen las seis condiciones, los directores, funcionarios y empleados que se presenten con la corporación serán considerados para inmunidad de enjuiciamiento criminal sobre la misma base que si se hubieran acercado a la División individualmente”²¹⁹.

“El procedimiento que se sigue es que, si el personal que recibe la solicitud de indulgencia cree que la corporación califica y se le debe conceder indulgencia, debe enviar una recomendación favorable a la Oficina de Operaciones, exponiendo las razones por las que se debe conceder la indulgencia. El personal no debe demorar en hacer tal recomendación hasta que se prepare un memorando de hechos recomendando el enjuiciamiento de otros. El Director de Operaciones revisará la solicitud y la remitirá al Secretario de Justicia Auxiliar para que tome una decisión final. Si el personal recomienda no ser indulgente, los abogados corporativos pueden solicitar una cita con el Director de Operaciones para dar a conocer sus puntos de vista. Los abogados no tienen derecho a una reunión de este tipo por derecho, pero generalmente se les brindará la oportunidad”²²⁰.

considerando la naturaleza de la actividad ilegal, el papel de la corporación confesora en ella y cuándo la corporación se presenta. Véase <https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy>.

²¹⁹ <https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy>.

²²⁰ Ibid.

b. La *Leniency Policy for Individuals*, es una política de clemencia para las personas que se acercan a la División Antimonopólica en su propio nombre, no como parte de una oferta o confesión corporativa, para buscar clemencia por denunciar una actividad antimonopolio ilegal de la que la División no ha sido informado previamente. Se otorgará indulgencia a la persona que informe una actividad antimonopolio ilegal antes de que haya comenzado una investigación, siempre y cuando cumpla tres condiciones²²¹, dentro de la cual destaca que cuando el individuo reporta la actividad ilegal la División no ha recibido ningún tipo de información sobre la misma.

“Cualquier individuo que no califique para la indulgencia antes mencionada, será considerado para inmunidad legal o informal de procesamiento penal. La División tomará esas decisiones sobre inmunidad caso por caso en el ejercicio de su discreción procesal. El procedimiento que se sigue es que, el personal recibe la solicitud de indulgencia y estos creen que la persona califica y se le debe conceder indulgencia, debe enviar una recomendación favorable al Subprocurador General Adjunto de Litigios, exponiendo las razones por las que se debe conceder la indulgencia. El personal no debe demorar en hacer tal recomendación hasta que se prepare un memorando de hechos recomendando el enjuiciamiento de otros. El Secretario de Justicia Auxiliar Adjunto para Litigios revisará la solicitud y la remitirá al Fiscal General Adjunto para una decisión final. Si el personal recomienda no ser indulgente, es posible que la persona y su abogado deseen solicitar una cita con el Subprocurador General Adjunto de Litigios para dar a conocer sus puntos de vista. Los individuos y sus abogados no tienen derecho a tal reunión por derecho”²²².

c. *El Amnesty Plus*, el cual es un programa que consiste en otorgar una reducción a las multas administrativas cuando un miembro no puede calificar en los otros dos programas de clemencias. Sin embargo, solo podrá ser otorgado si el miembro cartelista

²²¹ 1. En el momento en que el individuo se presenta para reportar la actividad ilegal, la División no ha recibido información sobre la actividad ilegal que se reporta de ninguna otra fuente; 2. El individuo informa la infracción con franqueza e integridad y brinda una cooperación total, continua y completa a la División durante toda la investigación; y 3. El individuo no obligó a otra parte a participar en la actividad ilegal y claramente no era el líder ni el creador de la actividad. Véase <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>.

²²² <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>.

expone a un segundo cartel, obteniendo reducción tanto en el primero como en el segundo. No obstante, si el solicitante omite exponer otro cartel que tenga conocimiento o vuelve a infringir las normas de competencia, las sanciones venideras serán más severas.

4.1.2 La Unión Europea.

El primer programa de clemencia se desarrolla en la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas, donde básicamente se regulan las condiciones para no imposición de una multa o reducción muy importante de su importe, regulándose cinco supuestos²²³. Para estos cinco supuestos se gozará de una reducción del 75 %, como mínimo, del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación, pudiendo llegarse incluso a una exención total de la misma²²⁴.

Se regula la posibilidad también de una reducción del 50 al 75 % del importe de la multa, cuando la empresa reúna las últimas cuatro condiciones y que denuncie el acuerdo secreto después de que la Comisión haya realizado una comprobación, sin que dicha comprobación haya aportado motivos suficientes para justificar la incoación del procedimiento con vistas a la adopción de una decisión. Cuando una empresa coopere sin que se reúnan todas las condiciones establecidas en los dos casos anteriores, gozará de una reducción del 10 al 50 % del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación, si cumple con dos supuestos, que antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción; o tras recibir el pliego de

²²³ Siendo estos los siguientes: a) denuncie el acuerdo secreto a la Comisión antes de que ésta haya realizado una comprobación por vía de decisión, en los locales de las empresas que participan en el acuerdo y sin que disponga todavía de la suficiente información para probar la existencia del acuerdo denunciado; b) sea la primera en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo; c) haya puesto fin a su participación en la actividad ilícita, a más tardar, en el momento de denunciar el acuerdo; d) facilite a la Comisión toda información que considere útil, así como todos los documentos y elementos de prueba de que disponga en relación con dicho acuerdo y mantenga con ella una cooperación permanente y total mientras dure la investigación; e) no haya obligado a otra empresa a participar en el acuerdo ni haya sido la instigadora o haya desempeñado un papel determinante en la actividad ilícita.

²²⁴ Véase [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718(01)&from=EN).

cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones²²⁵.

En el año dos mil dos se emitió Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel, que regula la dispensa del pago de la multa, la reducción del importe de la multa y el procedimiento. Dicha dispensa solo operaba en dos supuestos, el primero cuando la empresa sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, le permitan adoptar una decisión por la que se ordene una verificación en relación con un presunto cartel que afecte a la Comunidad, o cuando la empresa sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, le permitan comprobar una infracción al artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en relación con un presunto cartel que afecte a la Comunidad²²⁶.

Por último, en el año dos mil seis se emitió Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel ²²⁷, donde se reguló la dispensa del pago de multa, la reducción del importe de la multa, el procedimiento, la declaración de la empresa a efecto de la aplicación de dicha Comunicación que se hacía la Comisión y las consideraciones generales. Para obtener la dispensa, un agente económico debe cumplir ciertos requisitos, los cuales se extraen de dicha comunicación y se pueden sintetizar de la manera siguiente: a. Ser el primero en solicitar a la Comisión; b. Presentar información y pruebas que permitirán a la Comisión: (i) llevar a cabo una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel, o (ii) para establecer una infracción del cártel; c. Cooperar en todo procedimiento de investigación de la Comisión; d. Poner fin a su participación en la infracción, y e. No haber coaccionado a otras empresas para unirse al cartel.

Para la reducción del importe de la multa, se regula en esa Comunicación de la Comisión del dos mil seis, que una empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte a la Comunidad y no cumpla los requisitos establecidos para la dispensa

²²⁵ Ibid.

²²⁶ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219(02)&from=EN).

²²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC1208%2804%29>.

de la multa, podrá beneficiarse de una reducción del importe de la multa que de otro modo le habría sido impuesta, por lo que la empresa deberá facilitar a la Comisión elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo²²⁸ con respecto a los elementos de prueba de que ya disponía la Comisión y deberá cooperar completa y permanentemente durante todo el proceso administrativo de la Comisión.

Se dejó claro que la primera empresa que aporte valor añadido significativo, la reducción sería 30 %-50 %, la segunda empresa que aporte valor añadido significativo: una reducción del 20 %-30 % y la tercera, que aporte valor añadido significativo: una reducción de hasta el 20 %.

4.1.3 En México.

“En México, el intervencionismo estatal encuentra un impulso importante en la década de los ochenta durante el gobierno de Miguel de la Madrid, quien realiza una serie de reformas constitucionales importantes, regulando el sistema de planificación estatal y economía mixta, sin embargo, y contradictoriamente al mismo tiempo, aplica políticas de apertura comercial y privatización. En este periodo podemos ubicar el surgimiento del derecho de la competencia en México, ya que las reformas constitucionales, que estructuran el sistema de economía mixta, dan lugar a una importante cantidad de normas que se enmarcan dentro del derecho económico”²²⁹.

El fundamento constitucional en México se encuentra en los artículos 5, 25, 131 y 133, pero principalmente el 28, todos de la Constitución Federal de México; en donde éste último establece en sus primeros dos incisos: *“En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las condonaciones de impuestos y las exenciones de impuestos en los términos y*

²²⁸ Según dicha Comunicación, alude a la medida en que los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos.

²²⁹ Witker, J. Derecho de la competencia económica en México. ed. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2003. 408 p. Disponible en: <https://elibro.net/es/ereader/biblioteca/74396?page=68>. Consultado en: 18 Oct 2022

*condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social*²³⁰.

La Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y dos, es el instrumento principal en materia de practica restrictiva, y conforme a lo establecido en el artículo 1, es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica. Y conforme al artículo 2, tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios²³¹.

Dicha Ley Federal fue reformada y en algunos casos, se adicionaron disposiciones las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha veintiocho de junio de dos mil seis. En esa oportunidad se adicionó el Artículo 33 bis 3 que establecía: Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando: I. Sea el primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta, en aportar los elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer

²³⁰ <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

²³¹ https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfce/LFCE_abro.pdf.

y que a juicio de la Comisión permitan comprobar la existencia de la práctica; II. Coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y III. Realice las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley²³².

Se incorporó también que los agentes económicos que no cumplieran con lo establecido en la fracción I anterior, podrían obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 o 20 por ciento del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción en la investigación adicionales a los que ya tenga la Comisión y cumplan con los demás requisitos previstos en este artículo. Para determinar el monto de la reducción la Comisión tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados²³³.

El Artículo 33 bis 3 de la Ley Federal de Competencia Económica, fue reformada y estos cambios fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación de fecha diez de mayo de dos mil once, regulándose de la manera siguiente: Cualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas morales; y el agente económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando: I. Sea el primero, entre los agentes económicos o individuos involucrados en la conducta, en aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio de la Comisión permitan comprobar la existencia de la práctica; II. Coopere en forma plena y continua con la Comisión en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y III. Realice las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley. ²³⁴

²³² https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4912926&fecha=28/06/2006#gsc.tab=0

²³³ Ibid

²³⁴ https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5188624&fecha=10/05/2011#gsc.tab=0

En dicha reforma se establecieron algunas precisiones respecto de aquellos que no sean los primeros en solicitar el beneficio, relacionándose que: Los agentes económicos o individuos que no cumplan con lo establecido en la fracción I anterior, podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 ó 20 por ciento del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción en la investigación, adicionales a los que ya tenga la Comisión y cumplan con los demás requisitos previstos en este artículo. Para determinar el monto de la reducción la Comisión tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados²³⁵.

Lo nuevo que se incorpora en la tan mencionada reforma es la siguiente regulación: Los individuos que hayan participado directamente en prácticas monopólicas absolutas, en representación o por cuenta y orden de los agentes económicos que reciban los beneficios de la reducción de sanciones, podrán verse beneficiados con la misma reducción en la sanción que a éstos correspondiere siempre y cuando aporten los elementos de convicción con los que cuenten, cooperen en forma plena y continua en la sustanciación de la investigación que se lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y realicen las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley.

En México entró en vigencia una nueva Ley Federal de Competencia Económica, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha veintitrés de mayo de dos mil catorce, que vino a derogar la Ley de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y dos, donde en el artículo 103 vino a regular: Cualquier Agente Económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas morales; y el Agente Económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley, siempre y cuando: I. Sea el primero, entre los

²³⁵ Ibid

Agentes Económicos o individuos involucrados en la conducta, en aportar elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio de la Comisión permitan iniciar el procedimiento de investigación o, en su caso, presumir la existencia de la práctica monopólica absoluta; II. Coopere en forma plena y continua en la sustanciación de la investigación y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y III. Realice las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley²³⁶.

El artículo 103 de dicha Ley también regula que: Los Agentes Económicos o individuos que no cumplan con lo establecido en la fracción I anterior, podrán obtener una reducción de la multa de hasta el 50, 30 ó 20 por ciento del máximo permitido, cuando aporten elementos de convicción en la investigación, adicionales a los que ya tenga la Autoridad Investigadora y cumplan con los demás requisitos previstos en este artículo. Para determinar el monto de la reducción la Comisión tomará en consideración el orden cronológico de presentación de la solicitud y de los elementos de convicción presentados. Los individuos que hayan participado directamente en prácticas monopólicas absolutas, en representación o por cuenta y orden de los Agentes Económicos que reciban los beneficios de la reducción de sanciones, podrán verse beneficiados con la misma reducción en la sanción que a éstos correspondiere siempre y cuando aporten los elementos de convicción con los que cuenten, cooperen en forma plena y continua en la sustanciación de la investigación que se lleve a cabo y, en su caso, en el procedimiento seguido en forma de juicio, y realicen las acciones necesarias para terminar su participación en la práctica violatoria de la Ley²³⁷.

Por último, el Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica de México, en acuerdo núm. CFCE-170-2015 de la 22ª sesión de veinticinco de junio de dos mil quince, emitieron “La Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de sanciones”, en cumplimiento del artículo 12 de la Ley, en su fracción XXII, tercer párrafo, inciso c), donde

²³⁶ https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_200521.pdf

²³⁷ Ibid.

señala que es atribución de la Comisión expedir directrices, guías, lineamientos y criterios técnicos, previa consulta pública, en los términos del artículo 138 de la Ley²³⁸.

4.2 Definición de los programas de clemencia.

Existe una idea esencial en el derecho de competencia y es que es difícil detectar y probar las conductas anticompetitivas. Aquellos agentes económicos que realizan esas prácticas anticompetitivas, procuran ejecutarlas obviamente de forma clandestina, disfrazándolas de diversas formas y que tienen como objeto la eliminación o restricción injustificada de la competencia en un determinado mercado.

Se le añade el hecho de que “gran parte de las conductas reguladas por el Derecho de Defensa de la Competencia no se encuentra sujeta a comunicación alguna a la correspondiente autoridad competente, no hallándose por ello registradas o controladas por la misma. Como es sabido, nuestro sistema no parte de un modelo de autorización (con excepción del control de concentraciones) sino que el Derecho Antitrust presenta un carácter puramente sancionador respecto de determinadas conductas concurrenciales. Nos situamos, por tanto, ante un escenario en el que sólo se tiene noticia de una práctica anticompetitiva una vez ha pasado un determinado tiempo desde su realización”²³⁹.

“Estos componentes difícilmente contribuyen a facilitar la función de las correspondientes autoridades de competencia e implican su lógica preocupación por reforzar la labor de búsqueda o investigación en orden al descubrimiento de las prácticas anticompetitivas”²⁴⁰.

Las dificultades con el descubrimiento de las prácticas anticompetitivas, llevó a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisara que la Comisión Europea, a la hora de fijar el importe de una multa, pudiera “*tener en cuenta la ayuda que le prestó la*

²³⁸ https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0032015_programa_inm.pdf

²³⁹ Vega García, F. D. L. (2017). La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust).. Dykinson. <https://elibro.net/es/lc/biblioteca/tec/titulos/58882>.

²⁴⁰ Ibid.

*empresa afectada para apreciar la existencia de la infracción con menor dificultad y, en particular, la circunstancia de que una empresa haya reconocido su participación en la infracción*²⁴¹. Posteriormente, la Unión Europea fue incentivando la cooperación de las propias empresas implicadas en ese tipo de conductas.

Ahora bien, los programas de clemencia no corresponden a una figura propiamente tal del derecho de competencia, sino que es una institución que deviene o está inspirada en el ámbito penal (La oportunidad de la acción penal pública o criterios de oportunidad, Art. 18 del Código Procesal Penal). La utilidad de los criterios de oportunidad ha servido, ante el perfeccionamiento de la delincuencia en los delitos de droga, homicidios, crimen organizado, etc., para identificar, procesar y sancionar a todas las personas que han participado en esos delitos.

Es por eso que la eficacia que en cierta medida se ha obtenido en el ámbito penal y ante el perfeccionamiento también de los carteles económicos en el mercado, llevó a considerar que la simple coerción se volvía ineficaz para la detención y desarticulación de los carteles, siendo necesario la utilización de una herramienta parecida a los criterios de oportunidad, para lograr identificar, procesar y sancionarlos, siendo estos los programas de clemencia.

Es importante acotar que los programas de clemencia deben mantenerse como una herramienta complementaria en la lucha contra los carteles económicos y en ningún momento tenerse como la única herramienta, dado que reflejaría la imposibilidad de las autoridades que salvaguardan la competencia de poder detectar los carteles.

“Dichos programas son conocidos por una variedad de nombres en diferentes países, tales como programas de clemencia, programas de delación, immunity program, Criminal Immunity. La definición de los términos varía según el país, en Estados Unidos el término “amnistía” e “indulgencia” se utilizan indistintamente para referirse a la inmunidad completa de la condena penal y de las multas anticompetitivas. En la Unión

²⁴¹ Sentencia de 14 de julio de 2005, (ThyssenKrupp/Comisión), C-65/02 P y C-73/0 EU:C:2005:454, apartado 51.

*Europea, el término “clemencia” se utiliza para referirse a cualquier reducción de las multas hasta un ciento por ciento*²⁴².

Se puede definir la política de clemencia, en el marco de la aplicación de la normativa anticompetitiva, como *“la concesión de inmunidad frente a las multas administrativas o bien la reducción de tales sanciones que se pudieran imponer, tanto a la empresa en sí como a los directivos individualmente, a cambio de la cooperación con la autoridad pública competente”*²⁴³.

*“La política de clemencia constituye una estrategia orientada a superar la situación de impotencia de los responsables de la defensa de la competencia en su intento de erradicar los acuerdos colusorios entre competidores”*²⁴⁴. La política de clemencia es un concepto más amplio, que abarca una serie de reglas e instrumentos que definen los programas de clemencia.

*“Los programas de clemencia o programas de inmunidad es el beneficio que se otorga al agente económico que reconoce, ante la autoridad de competencia, su participación en un acuerdo entre competidores, y que consiste en no aplicar o reducir las sanciones estipuladas por las legislaciones de competencia o penales por este tipo de prácticas”*²⁴⁵.

El legislador ya definió al agente económico, conforme a lo establecido en el inciso último del artículo 2 de la Ley de Competencia, estableciendo que es toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad

²⁴² Icn, Subgroup 2.: "Enforcement Techniques, Anticartel Enforcement Manual. Chapter 2. Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy", ICN, mayo de 2009, pág. 2, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>., citado por Axcel Yuran Bolaños Rodríguez, en la tesis Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México D.F. pag.67.

²⁴³ Wils Wouter.: "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice". Law and Economics Review World Competition, London Vol. 30, num 1, march 2007. Pp. 25-64, citado por Axcel Yuran Bolaños Rodríguez, en la tesis Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México D.F. pag.68

²⁴⁴ Puente Guerra, German: "Los programas de clemencia en el Derecho de competencia", trabajo de fin de grado de la Universidad de Zaragoza, 2014 – 2015, pag. 9

²⁴⁵ Superintendencia de Competencia: "Clemencia e inmunidad" Políticas contra los carteles, año 2015. Pag. 7.

económica lucrativa o no. La inclusión de la denominación persona natural, implica cualquier tipo de individuo, directivo, representante o empleado; la denominación persona jurídica, abarca a las sociedades, empresas, grupo de personas con personalidad jurídica o las compañías.

*“Se conoce como programa de **inmunidad o exención** cuando el beneficio otorgado es la eliminación del pago de la multa o posible no persecución del agente económico en el caso de ser una conducta castigada penalmente. Cuando el beneficio otorgado es una reducción de la sanción dependiente del orden de llegada o el grado de colaboración del solicitante, se suele denominar **programa de clemencia**”²⁴⁶.*

Ambos programas, el de inmunidad o exención y el de clemencia, la extensión de sus efectos en su implementación, por ejemplo, al ámbito penal, dependerá de la legislación de cada país²⁴⁷, sin embargo, en El Salvador no es el caso, tal como se desprende del contenido normativo del artículo 39-A de la Ley de Competencia

Estos programas fueron diseñados para recompensar al primer miembro de un cartel que "delata" a sus colegas conspiradores. Quienquiera que pase un dato a una agencia y presente evidencias de la actividad del cartel se beneficiará de una reducción o eliminación de su sanción. Para que los programas de clemencia funcionen, la autoridad de competencia debe tener reputación en cuanto a su rigor y fuerza para hacer cumplir la ley²⁴⁸.

En El Salvador, en un primer momento solo se contemplaba la Clemencia como una reducción de la multa administrativa, al primer agente económico que lo solicitara, a nadie más, y no existía la posibilidad de la inmunidad o exención. Sin embargo, mediante

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ En México, según la Guía del Programa de Inmunidad y Reducción de Sanciones, dentro de los beneficios que puede obtener es que las personas naturales no tendrán responsabilidad penal ni serán inhabilitados. Incluso, al ver el contenido del artículo 254 bis del Código Penal Federal de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931 dice “No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión Federal de Competencia Económica o del Instituto Federal de Telecomunicaciones que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables”

²⁴⁸ C Joekers, Susan y Evans, Phil, “Competencia y desarrollo, el poder de los mercados competitivos, IDRC 2008.

reformas que tuvo la Ley de Competencia en el mes de noviembre de dos mil veintiuno, ahora si se contempla la denomina inmunidad, exención o exoneración de la multa.

4.3 Regulación de los programas de clemencia en El Salvador.

Se ha manifestado que la Ley de Competencia en El Salvador entró en vigencia en enero de dos mil seis, sin embargo, en dicha oportunidad no contemplaba la herramienta de los programas de clemencia.

4.3.1 Aparición normativa de los programas de clemencia.

Ahora bien, mediante las reformas que surgieron en el dos mil siete a la Ley de Competencia²⁴⁹, se modificó el sentido del Art. 39 que estaba formado sólo por un párrafo que antes decía: *“Durante los trámites de la investigación, el Superintendente podrá ordenar la suspensión o terminación de la misma cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la presunta práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. En este caso no habrá imposición de sanciones. Lo anterior no será aplicable cuando el infractor sea reincidente”*

Después dicho párrafo fue regulado así: *“Durante los trámites de la instrucción del procedimiento para la investigación de las prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el artículo 25 de esta Ley, el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga”*

Lo importante de esa reforma no fue esa modificación del sentido del ahora inciso primero del Art. 39 de la Competencia, sino, la introducción de los programas de clemencia a partir del inciso segundo en delante de dicha disposición.

El legislador salvadoreño les dio vida jurídica a estos programas a partir del uno de noviembre de dos mil siete, estableciendo que cualquier agente económico que haya

²⁴⁹ Mediante Decreto Legislativo número 436 de fecha dieciocho de octubre de dos mil siete, publicado en el Diario Oficial número 204, Tomo 377 de fecha uno de noviembre de dos mil siete.

incurrido o este incurriendo en una práctica anticompetitiva entre competidores podría reconocerla ante el Superintendente²⁵⁰.

El legislador desde un inicio fijó, como ya se dijo en el desarrollo de la figura de los carteles, que los programas de clemencia se pueden aplicar en El Salvador a las prácticas anticompetitivas, pero sólo a las realizadas entre competidores, es decir, a las contenidas en el art. 25 de la Ley de Competencia, conocidas como acuerdos horizontales, practicas absolutas o carteles.

De la regulación que se hacía en el inciso segundo del Art. 39 se desprendían dos ideas fundamentales, la primera de ellas es que el agente económico debía de hacer un reconocimiento de la realización de la práctica anticompetitiva entre competidores. La segunda es que, ese reconocimiento se debía hacer ante el Superintendente, es decir, se reconocía explícitamente que la autoridad es él ante quien se debía formular esa manifestación.

En ese reconocimiento que realizaba el agente económico ante el Superintendente, según la regulación del Art. 39 de la Ley de Competencia, el Superintendente debía verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) que el agente económico sea el primero entre los demás agentes involucrados y que aporte los elementos de convicción para probar la existencia de la práctica anticompetitiva y la participación de los agentes económicos; 2) La cooperación plena y continua del agente económico; y 3) Realizar acciones para determinar su participación²⁵¹.

La Ley de Competencia de El Salvador era clara, exigía “ser el primero” de los agentes económicos, no regulaba la oportunidad para dos o más de los agentes económicos que puedan reconocer haber o estar realizando prácticas anticompetitivas,

²⁵⁰ Art. 39 inciso segundo de la Ley de Competencia.

²⁵¹ Los literales a), b) y c) del Art. 39 de la Ley de Competencia establece literalmente lo siguiente: a) Sea el primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta y aporte los elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio del Superintendente permitan comprobar la existencia de la práctica y la participación del resto de agentes económicos; b) Coopere en forma plena y continua con la Superintendencia en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo; c) Realice las acciones necesarias para determinar su participación en la práctica violatoria de la Ley.

a diferencia de la Unión Europea, que en los casos de clemencia realiza una graduación, como ya se indicó de, para la primera empresa que aporte valor añadido significativo, la reducción sería 30 % - 50 %, la segunda empresa que aporte valor añadido significativo: una reducción del 20 % - 30 % y la tercera, que aporte valor añadido significativo: una reducción de hasta el 20 %.

En esa regulación, era de resaltar la importancia de ser el primero de los agentes, en los casos que todavía ni existía ninguna investigación en curso sobre la realización de determinada practica anticompetitiva entre competidores.

Sobre el aporte de los elementos de convicción para probar la existencia de la práctica anticompetitiva y la participación de los agentes económicos, era un aspecto esencial, en el caso que antes del procedimiento o en el mismo procedimiento en curso, se reconociera una práctica anticompetitiva, en vista que, si no hubiera sido así, quedaba a nivel de una mera especulación, sin fundamento, que no pudiera motivar por lo menos valorar otorgar un programa de clemencia.

El legislador requería que esos elementos fueran suficientes, ello implicaba que fueran de tal entidad que permitiera al Superintendente arribar a un estado de certeza de la configuración de la práctica anticompetitiva y la participación del resto de los agentes económicos.

También se requería por el legislador una cooperación plena y continua del agente económico, no sólo era reconocer la práctica anticompetitiva y presentar los elementos de convicción suficientes, sino que el agente económico mostrara una actitud activa en el proceso, que vislumbrara al interés de facilitar a la Superintendencia las condiciones para que se probara plenamente la práctica anticompetitiva que el delataba. Esta participación activa no se esperaba que solo fuera al inicio del procedimiento, sino en cada una de las etapas, en las diferentes formas de participación que le requiriera el Superintendente.

Tomando en cuenta el literal c) del Art. 39 de la Ley de Competencia, esta cooperación plena y continúa contenida en el literal b) del mismo artículo, estaba

enfocada más en probar la participación de los demás agentes económicos y de la misma práctica anticompetitiva.

Lo último que se requería, era el hecho de realizar acciones para determinar su participación. Este componente era parte integrante del requisito anterior, en el sentido del lado cooperativo que debía mostrar el agente económico, con la diferencia que aquí estaba enfocada en acreditar la participación del delator.

La solicitud de un programa de clemencia se catalogaba como un incidente en el procedimiento, se agregaba en una pieza por separado hasta que se resolviera definitivamente, conforme a lo establecido en el inciso segundo del Art. 58 del Reglamento de la Ley de Competencia. Por ello es que el mismo Art. 39 de la Ley de Competencia establecía que la Superintendencia mantendría con carácter confidencial la identidad del agente económico que pretendiera acogerse a los programas de clemencia.

Los programas de clemencia tenían un límite temporal para solicitarse, podían plantearse hasta antes que se ordenara la remisión del expediente al Consejo Directivo, donde en caso que se hiciera, precluía la oportunidad procesal del agente económico para hacerlo. El Superintendente debía elaborar resolución motivada en la cual podía negar o aceptar el beneficio relacionado a la aceptación de la práctica competitiva, es decir, del programa de clemencia, la cual se notificaría a todos los agentes económicos involucrados en la investigación, la cual se emitía, como ya se relacionó, hasta antes de integrar el expediente y remitirlo al Consejo Directivo, todo conforme a lo establecido en el Art. 39 de la Ley de Competencia y 59 de su Reglamento.

Es importante relacionar, que los programas de clemencia, conforme al inciso último del Art. 39 de la Ley de Competencia, sólo podía ser concedido una vez por cada agente económico. Eso tenía un sentido, permitir que cada agente económico se le pueda estar favoreciendo con programas de clemencia cada vez que confiese una y otra vez una práctica anticompetitiva, sería estar fomentando indirectamente la reiteración de dichas prácticas, trasladando a los agentes económicos, que, si vuelven a realizar otra

práctica contenida en el art. 25 de la Ley de Competencia, estaba la posibilidad de reconocerla y ser beneficiado con una reducción de la multa.

Finalmente, los programas de clemencia no constituían una exención total del pago de la multa, sino una reducción. Incluso, el legislador contemplaba de eximirlo de la aplicación del criterio de gravedad que establece el inciso segundo del Art. 39 de la Ley de Competencia²⁵².

4.3.2 Regulación actual de los programas de clemencia.

Mediante reformas del mes de noviembre de dos mil veintiuno²⁵³, se modificaron varias disposiciones de la Ley de Competencia y la regulación normativa de los programas de clemencia tuvo un cambio significativo.

En primer lugar, el Art. 39 de la Ley de Competencia ahora se limita al abordaje del supuesto cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva distinta de las contempladas en el Art. 25, es decir, en los casos donde no se brinda un programa de clemencia²⁵⁴.

Entre el Art. 39 y 40 de la Ley de Competencia se ha intercalado el Art. 39-A, que viene básicamente a cambiar todo lo que se tenía regulado desde el año dos mil siete, en la temática de los programas de clemencia.

Lo primero que hace el legislador, que se desprende de la forma como está estructurada dicha disposición, es la introducción del beneficio de la clemencia en su

²⁵² En ambos casos, el Consejo Directivo, al momento de emitir la resolución final correspondiente, no aplicará al solicitante el criterio establecido en el artículo 38 inciso 2 de esta ley.

²⁵³ Decreto Legislativo número 207 de fecha 17 de noviembre de 2021, publicado en el Diario Oficial número 225, Tomo 433, de fecha 25 de noviembre de dos mil veintiuno.

²⁵⁴ "Art. 39.- Durante los trámites de la instrucción del procedimiento para la investigación de las prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el artículo 25 de esta ley, el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes de que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. El Consejo Directivo, al momento de emitir la resolución final correspondiente, no aplicará el criterio establecido en el artículo 38, inciso 2º de esta ley. El ofrecimiento de garantías suficientes de que el investigado suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga, podrá plantearse hasta antes que se ordene la remisión del expediente al Consejo Directivo. El beneficio regulado en este artículo podrá ser concedido una sola vez por cada agente económico"

vertiente de la exoneración de la multa que le correspondería al primer agente económico que reconociera cualquiera de las prácticas anticompetitivas que contempla el Art. 25 de la Ley, que ha incurrido o se encuentra incurriendo, haciendo un desarrollo de la misma. En un segundo momento, la misma disposición, regula el abordaje de la clemencia, en su vertiente de la reducción de la multa.

En ambos casos, en la exoneración y la reducción, el legislador en el primer inciso de dicha disposición vuelve a reconocer los siguientes aspectos que ya estaban regulados anteriormente: a) Que estas formas de clemencia se pueden brindar solamente ante la concurrencia de las prácticas anticompetitivas realizada entre competidores, es decir, a las contenidas en el art. 25 de la Ley de Competencia; b) Que la clemencia opera no solo ante las prácticas anticompetitivas que se estuvieron dando, sino también a las que se encuentren incurriendo; c) Que el agente económico debe de hacer un reconocimiento por escrito de la realización de la práctica anticompetitiva entre competidores; d) Que ese reconocimiento se debe hacer ante el Superintendente; e) Que ese reconocimiento puede ser previo al inicio de un proceso sancionatorio o hasta antes que se ordene la apertura a pruebas dentro de un procedimiento sancionatorio; y f) Que aporte elementos de convicción suficientes que obren en su poder o de los que se pueda disponer, que permita comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva informada y sus participantes.

4.3.2.1 Programas de clemencia, en su vertiente de exoneración de multa.

El legislador cambió el sentido de la regulación anterior, mientras antes sólo al primero se le podía brindar clemencia, en su vertiente de reducción de la posible multa a imponer, y que no existía la posibilidad de la exoneración, ahora en el inciso segundo del Art. 39-A, incorpora que al primero que reconozca la práctica anticompetitiva que estuvo realizando o que se encuentren incurriendo, lo que se le puede otorgar es la exoneración de la multa.

Anteriormente, la regulación se limitaba a requerir elementos de convicción suficientes que obraren en poder del agente económico delator o de los que se pueda

disponer, que permitiera comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva informada y sus participantes. Ahora, el Art. 39-A establece que el Superintendente debe verificar que la solicitud contenga información precisa, relevante y veraz para presumir la existencia de una infracción al Art. 25 de la Ley de Competencia, lo cual determinará por medio de elementos que permitan identificar al solicitante, a los participantes de la práctica revelada y los detalles de la práctica anticompetitiva, su naturaleza, su duración, los productos (bienes o servicios) afectados y la dimensión geográfica.

Cuando se presente una solicitud de un agente económico solicitando una clemencia, el Superintendente podrá prevenir al solicitante cuando en la solicitud falten los anteriores elementos, lo cual, si no subsana, se declarará inadmisibile.

Algo novedoso es el hecho que, en caso que el Superintendente considera que el aplicante ha aportado elementos suficientes para el inicio de un procedimiento sancionatorio o, en su caso, para coadyuvar a la comprobación de las prácticas anticompetitivas en el curso del mismo, convocará al aplicante al acto de suscripción de un acuerdo-compromiso.

En dicho acuerdo-compromiso, en resumen, se debe contemplar el alcance de la cooperación, el deber de colaborar, el compromiso de no seguir participando en la práctica anticompetitiva, el compromiso de mantener en reserva y la confidencialidad la información del aplicante, el compromiso del Superintendente de otorgar el visto bueno para el otorgamiento del beneficio etc.²⁵⁵

²⁵⁵ El inciso quinto del Art. 39-A de la Ley de Competencia establece que, entre otros, los aspectos que debe contener el acuerdo – compromiso son: (i) los alcances y detalles de la cooperación del aplicante; (ii) el deber de colaborar con la Superintendencia de forma plena, continua y de buena fe, desde su aplicación al beneficio, hasta el momento en que el Consejo Directivo emita su decisión final, en el marco del procedimiento sancionatorio respectivo; (iii) el compromiso de no seguir participando en la práctica anticompetitiva y de realizar inmediatamente las acciones necesarias y efectivas que conduzcan al cese de la misma; (iv) no haber revelado directa o indirectamente, a terceros distintos de la superintendencia, su intención de acogerse al beneficio del presente artículo; (v) no incurrir en negaciones, directas o indirectas, acerca de su participación en la conducta; (vi) el compromiso por parte de la Superintendencia, de mantener en reserva y garantizar la confidencialidad de la identidad del aplicante; y, (vii) el compromiso adquirido por el Superintendente de otorgar el visto bueno para el otorgamiento del beneficio correspondiente, condicionado al cumplimiento íntegro del acuerdo-compromiso. El Superintendente dará seguimiento y verificará el cumplimiento del acuerdo-compromiso durante toda la investigación.

Es novedoso, porque en la reforma de la Ley de Competencia del dos mil siete, que le dio vida a los programas de clemencia, no estaba regulado este acuerdo-compromiso entre el agente económico que busca acogerse a este beneficio.

Este acuerdo - compromiso es un símil del acta de acuerdo que se suscribe entre el imputado y el representante de la Fiscalía General de la República, en el caso que se brinde un criterio de oportunidad, lo cual se desprende del contenido del Art. 20 del Código Procesal Penal.

En dicha acta de acuerdo, se debe contemplar el resumen de las negociaciones previas, relación de los hechos en los que ha participado el imputado, determinación de declarar en los hechos respecto de los cuales se haya acordado el criterio de oportunidad y redacción completa del acuerdo, comprendiendo los beneficios solicitados por el imputado, los ofrecidos por la Fiscalía y los acordados.

La reforma delimita los dos supuestos que deben concurrir cuando el Consejo Directivo está obligado a otorgar el beneficio del programa de clemencia, en su vertiente de la exoneración: Cuando el Superintendente informe acerca del cumplimiento del acuerdo-compromiso²⁵⁶ y cuando el Consejo Directivo llegase a determinar la existencia de la práctica anticompetitiva²⁵⁷.

La norma de competencia plantea el supuesto negativo, cuando el solicitante del beneficio, por los motivos que fueren, se aleja del cumplimiento de cualquiera de los elementos que conforman el acuerdo-compromiso. El legislador prevé esta posibilidad y regula que, en ese caso, el Superintendente le informará esta circunstancia para subsanar el incumplimiento, bajo apercibimiento de informar lo pertinente al Consejo Directivo.

²⁵⁶ En base a la parte última del inciso quinto del Art. 39-A de la Ley de Competencia: El Superintendente dará seguimiento y verificará el cumplimiento del acuerdo-compromiso durante toda la investigación.

²⁵⁷ Inciso sexto del art. 39-A de la Ley de Competencia: En el caso que el Superintendente informe acerca de su cumplimiento y el Consejo Directivo llegase a determinar la existencia de la práctica anticompetitiva este no podrá denegar dicho beneficio.

Lo anterior abre dos posibilidades, la primera es que el solicitante reconsidere el incumplimiento en el que estaba incurriendo y continúe con la colaboración y finalice el proceso administrativo sancionador con el cumplimiento pleno de los diferentes componentes del acuerdo-compromiso. En ese caso, todo finalizará con la decisión del Consejo Directivo de otorgar el beneficio de exoneración de la multa.

La segunda posibilidad es que el aplicante persista en el incumplimiento que se le ha advertido, por lo que el Superintendente no tendrá más que informar lo pertinente al Consejo Directivo, en la fase de remisión del expediente. Lo anterior genera que el Consejo Directivo, al momento de emitir la resolución final, deba valorar si el incumplimiento informado amerita la pérdida del beneficio para el aplicante.

En caso que el aplicante pierda el beneficio, la información aportada por este no le será devuelta y podrá ser usada para iniciar un procedimiento sancionador o para ser valorada por el Consejo Directivo en la resolución definitiva de uno ya instruido.

Esto último abre la posibilidad de analizar algún grado de incidencia a la luz de la garantía de la presunción de inocencia, en la vertiente que nadie está obligado a declarar contra si mismo o auto incriminarse.

Toda persona acusada de cometer un ilícito, de cualquier índole, goza de la garantía procesal de ser presumida inocente hasta que no se demuestre lo contrario en un juicio previo y diligenciado con base en los principios y garantías que le permitan ejercer plena y efectivamente su defensa. Esta garantía suele invocarse con mayor frecuencia en el proceso también es aplicable a todo acto del poder público, sea judicial o administrativo, mediante el cual se castiga una conducta definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico.

Una de las garantías constitucionales que se encuentra relacionada a la presunción de inocencia, en la tramitación de un procedimiento, es la que posee toda persona a no ser obligada a declarar en la causa promovida en su contra, contemplada en el artículo 12 inciso 2° de la Constitución. Pese a que esta garantía suele invocarse

con mayor frecuencia en el ámbito penal, *“puede afirmarse que esta también es aplicable en el ámbito del derecho administrativo sancionador, atendiendo a las peculiaridades de la materia a la que haya de ser aplicada”*²⁵⁸

La Sala de lo Constitucional ha sostenido que *“la garantía constitucional en cuestión no se extiende a aquellos casos en los que se exige de parte del sujeto sólo una participación pasiva en la realización de determinada práctica procesal –por ejemplo, en materia penal, en el reconocimiento de rueda de reos, la extracción de muestra de sangre o cabello para efectuar alguna pericia–, ya que, en esos supuestos esta figura como objeto de prueba, no así como el sujeto que debe reproducirla. Tampoco ampara aquellos materiales que existan con independencia de la voluntad del acusado, pese a que se hayan obtenido por medio de métodos conminatorios, tales como los documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, entre otros. La garantía en mención tampoco es aplicable a la obtención de cierto tipo de soportes físicos o electrónicos que, si bien requieren de la participación activa del sujeto para su existencia, son documentos con los que debe contar la persona –natural o jurídica– dedicada a determinada actividad económica –sobre todo, si se trata de la prestación de un servicio público–, la cual tiene la obligación de suministrar a los entes reguladores, en cuanto ello representa uno de los compromisos que adquirió al ser autorizada por la administración para operar en determinado rubro del mercado nacional; por ejemplo: los balances, los libros contables, las declaraciones de impuestos”*²⁵⁹.

La Sala de lo Constitucional concluyó en la sentencia que se viene relacionando, que se estará en presencia de una vulneración de la garantía constitucional a no ser obligado a aportar prueba en el procedimiento respectivo, cuando la autoridad sancionadora –salvo las excepciones antes referidas– conmine al encausado a participar activamente en alguna diligencia orientada a la obtención de información a partir de la cual sea posible establecer de manera concreta y directa que el infractor es culpable y responsable de los hechos que se le atribuyen.

²⁵⁸ Sentencia del trece de julio de dos mil once y del quince de diciembre de dos mil catorce, en los procesos de Amparos 16-2009.

²⁵⁹ Ibid

El supuesto que se viene valorando es cuando el aplicante pierda el beneficio y como consecuencia la información aportada por este no le será devuelta y podrá ser usada para iniciar un procedimiento sancionador o para ser valorada por el Consejo Directivo en la resolución definitiva de uno ya instruido. Es importante dejar claro que la información no es para sancionar directamente sino para iniciar un procedimiento y de esto último depende la vulneración de alguna garantía constitucional, que no es el caso.

Por otro lado, en la clemencia debe valorarse el deber constitucional que tiene la autoridad de competencia de velar por el cumplimiento de la ley, y al tener conocimiento pleno y contundente de la comisión de una conducta ilegal, no podría omitir su deber de iniciar un procedimiento o valorar la prueba en la etapa oportuna, por ser violatorio del principio de legalidad al que se encuentra sujeto, sobre todo en deber de protección de un interés superior: bienestar de los consumidores. Alertado el solicitante de clemencia, acerca de las consecuencias de su actuar en el marco del programa, se atiende a ellas, y actúa conforme al nivel de asimilación de responsabilidad que está dispuesto a asumir.

Casi en los mismos términos del programa de clemencia, en su vertiente de la exoneración de la multa, cuando el solicitante se aparta del acuerdo, el efecto del criterio de oportunidad en materia penal, cuando el imputado se retracta de colaborar u incumple los acuerdos alcanzados por la Fiscalía General de la República, conlleva que la acción no podrá extinguirse a favor del imputado, los acuerdos del procedimiento no serán considerados y se continúa con el proceso común.

4.3.2.2 Programas de clemencia, en su vertiente de reducción de multa.

En el inciso séptimo del Art. 39-A de la Ley de Competencia, es que el legislador regula los programas de clemencia en su vertiente de reducción de multa. En esta oportunidad, a diferencia como se reguló en el año dos mil siete, ahora si se contempla la oportunidad no solo para el segundo delator o solicitante del beneficio, sino incluso a un tercero, como se hace en la Unión Europea. Esta reforma viene a estar en sintonía con la normativa de la Unión Europea, en el sentido de que se regula una graduación de la multa y hasta una exoneración total, dependiendo del orden de prelación, que incluso

cuando son dos o más los solicitantes, el inciso cuarto del Art. 39-A antes mencionado, establece que se le hará saber en qué orden de prelación quedó y su código de prioridad, como garantía del lugar que ocupa respecto de otras solicitudes.

Para el programa de clemencia en su vertiente de la reducción de multa, se deben cumplir con todo lo señalado en su vertiente de la exoneración de multa, es decir, que debe presentar la solicitud ante el Superintendente de Competencia, que la solicitud contenga información precisa, relevante y veraz para presumir la existencia de una infracción al Art. 25 de la Ley de Competencia, que el Superintendente podrá prevenir al solicitante cuando en la solicitud falten elementos, lo cual, si no subsana, se declarará inadmisibile, que si el Superintendente considera que el aplicante ha aportado elementos suficientes para el inicio de un procedimiento sancionatorio o, en su caso, para coadyuvar a la comprobación de las prácticas anticompetitivas en el curso del mismo, convocará al aplicante al acto de suscripción de un acuerdo-compromiso, etc.

El beneficio de la reducción de la multa opera solamente para el segundo o el tercer solicitante, pero sólo aplica cuando se cumplen los requisitos ya indicados para el primer solicitante (exoneración), y a parte de ellos, cuando se aporten elementos probatorios relevantes y complementarios a los proporcionados al primer solicitante.

Esta exigencia normativa, de aportación de elementos relevantes y además complementarios, es lógica, primero porque no se puede presentar cualquier elemento probatorio, más bien esos elementos deben ser determinante, sino, pierde el sentido de lo que constituye un delator que hace del conocimiento a la Superintendencia de Competencia una práctica anticompetitiva, porque la información que trasladaría no tendría ningún sustento probatorio. Lo complementario de los elementos probatorios también tiene sentido, de nada sirve que se apersona a la Superintendencia un segundo agente económico a solicitar el programa de clemencia, si este incorpora los mismos elementos del primer delator o cualquier información que no abona a lo que se tiene ya en el expediente.

Para el segundo solicitante, la nueva regulación establece que, partiendo de la incidencia de la colaboración prestada, se le puede brindar el beneficio del programa de clemencia de la reducción de la multa que le correspondería, hasta en un cincuenta por ciento (50%). Para el tercer solicitante, hasta en un treinta por ciento (30%).

El legislador en materia de competencia reguló en ambos casos (segundo y tercer solicitante) un límite máximo del porcentaje a rebajar (50% y 30%), pero no dijo claramente el límite mínimo, entendiéndose que al utilizar la partícula “hasta”, se debe concluir que puede ser desde uno por ciento hasta el cincuenta por ciento para el segundo solicitante, y para el tercero, desde uno por ciento hasta el treinta por ciento. Todo a propuesta del Superintendente.

En principio, para imponer las multas, el Superintendente tenía que tomar en cuenta los criterios objetivos que devienen del Art. 37 de la Ley de Competencia²⁶⁰, y como no se aplica el criterio de gravedad antes relacionado, el agente económico que reconocía la práctica anticompetitiva, la reducción de la multa era sobre el máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, que establece el inciso primero del Art. 38 de la Ley de Competencia. La reducción puede ser significativamente.

Conforme al penúltimo inciso del Art. 39-A de la Ley de Competencia, la solicitud de un programa de clemencia, en cualquier de las dos regulaciones actuales, todavía es catalogado como un incidente en el procedimiento, así como estaba regulado hasta antes de la reforma de noviembre de dos mil veintiuno, el cual se tramitará por separado, sujeto al régimen de confidencialidad y reserva. Lo anterior implica, que como incidente que es, es tramitado bajo los lineamientos de la Ley de Competencia y no bajo la Ley de Procedimientos Administrativos, especialmente porque es un trámite especial y adicional. Aunado a ello no debe confundirse la clemencia con lo que desarrolla la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de reducción de multa, porque el primero es una herramienta de investigación y no un criterio de sanción.

²⁶⁰ La gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre los terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia.

Por último, según el inciso último del Art. 39-A de la Ley de Competencia, todo lo relacionado al programa de clemencia en sus dos vertientes, podrá ser desarrollado con más detalles en el Reglamento de la Ley de Competencia.

4.4 Programas de Clemencia aplicados en El Salvador.

4.4.1 Resultados de la primera regulación de los programas de clemencia.

Los programas de clemencia desde su entrada en vigencia hasta que se reformaron en noviembre del dos mil veintiuno, tenían su propio diseño normativo, verbigracia, como se solicitan, que requisitos se exigían, hasta qué momento se podían presentar etc., de allí la necesidad de analizar, en base a datos objetivos que pudiera proporcionar la Superintendencia de Competencia, cuál era la eficacia de estos programas, tomando en cuenta que constituye una herramienta importante en la prevención y combate a los carteles que realizan prácticas anticompetitivas horizontales.

De allí que el día dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno, se solicitó vía la Ley de Acceso a la Información Pública a la Superintendencia de Competencia, informara: **1)** Detalle del total de beneficios otorgados (contemplado en el art. 39 de la Ley de Competencia y desarrollados en los arts. 57, 58 y 59 del Reglamento de dicha Ley, denominados como programas de clemencia), a agentes económicos durante los años dos mil ocho hasta el dos mil veinte; **2)** Detalle por cada año, desde el dos mil ocho hasta el dos mil veinte, cuáles fueron las prácticas anticompetitivas en donde se han aplicado los programas de clemencia; **3)** Detalle por cada año, desde el desde el dos mil ocho hasta el dos mil veinte, en qué etapa o fase del procedimiento administrativo se habían otorgado los programas de clemencia; **4)** Detalle por cada uno de los años comprendidos desde el desde el dos mil ocho hasta el dos mil veinte, de los porcentajes de multa que se le redujo a cada uno de los agentes económicos que fueron favorecidos con el programa de clemencia; **5)** Detalle de los sectores económicos o de mercado (ejemplo de telefonía, de farmacia, de harina etc) en el que se otorgaron los programas de clemencia en cada uno de los años comprendidos desde el desde el dos mil ocho hasta el dos mil veinte; **6)** Detalle por cada año, desde el desde el dos mil ocho hasta el dos mil veinte, cuantas solicitudes hubieron de otorgamiento del beneficio contenido en

el art. 39 de la Ley de Competencia y desarrollados en los arts. 57, 58 y 59 del Reglamento de dicha Ley, denominado como programas de clemencia, que fueron rechazados por no cumplir los requisitos para su otorgamiento.

Dicha solicitud de acceso a la información pública fue admitida en la Superintendencia de Competencia, asignándosele el número de referencia SC-2021-006, la cual finalmente mediante resolución de acceso a la información pública de fecha veintidós de septiembre de dos mil veintiuno, suscrita por la Licda. María Alejandra Arce Juárez, en su calidad de Oficial de Información, se resolvió que la información solicitada era inexistente, respecto de los programas de clemencia que se hayan solicitado y otorgado por parte de la Superintendencia durante los periodos de los años dos mil ocho al dos mil veinte.

Sobre este aspecto, agregó la Superintendencia de Competencia que “Al respecto de la información solicitada sobre la aplicación del beneficio contemplado en el art 39, inciso 2” de la Ley de Competencia -LC-, para el periodo en alusión, se informa que no se ha otorgado ni tampoco rechazado dicho beneficio, en tanto no se ha recibido ninguna solicitud de clemencia por parte de algún agente económico que haya incurrido en la comisión de la práctica anticompetitiva de acuerdos entre competidores, tipificada en el art. 25 de la L.C”

En la solicitud de acceso a la información pública antes relacionada, también se solicitó copia simple del proyecto de reforma o reformas que se hayan presentado hasta septiembre de dos mil veintiuno, de los artículos de la Ley de Competencia o de su Reglamento, que hasta ese momento no se hubiere aprobado por la Asamblea Legislativa.

En la resolución de acceso a la información pública de fecha veintidós de septiembre de dos mil veintiuno, se resolvió sobre ese último aspecto que *“el único proyecto de reformas que ha sido presentado por esta Superintendencia en compañía del Ministerio de Economía, en la Asamblea Legislativa, cual no fue aprobado. que data*

de 2013; dicho proyecto será enviado por medio de correo electrónico proporcionado por el solicitante”.

En definitiva, como lo informó la Superintendencia de Competencia no había recibido ninguna solicitud de clemencia por parte de algún agente económico que haya incurrido en la comisión de la práctica anticompetitiva de acuerdos entre competidores, tipificada en el art. 25 de la L.C, no obstante que la figura de estos programas fue introducida en reforma a la Ley de Competencia que data desde noviembre de dos mil siete, en otras palabras, dicha regulación normativa hasta diciembre de dos mil veinte, tenía trece años de estar vigente y nunca había sido aplicada.

La ineficacia que se ha determinado de esta figura es preocupante, invita al análisis técnico de las razones por las cuales no se volvía atractivo para los agentes económicos buscar acogerse a un programa de clemencia cuando han incurrido o está incurriendo en una práctica anticompetitiva horizontal.

Lo primero que debe señalarse es que sólo se regula una reducción de la multa administrativa, no se admitía la inmunidad absoluta, exención o exoneración de la multa, siendo esto último un aspecto más atractivo para los agentes económicos, como condición para reconocer la práctica anticompetitiva.

En materia penal, los criterios de oportunidad contemplados en el Art. 18 del Código Penal, le legislador permite que, de acuerdo a los elementos recabados en la investigación, se pueda prescindir total o parcialmente de la persecución penal de uno o de varios de los hechos imputados como delito.

La posibilidad de que, si una persona a cometido delito se le pueda prescindir totalmente de la persecución penal, constituye objetivamente una circunstancia que pudiera considerarse trascendental para aceptar se le otorgue el criterio de oportunidad. El punto es que, así como en los criterios de oportunidad se necesita la exoneración de la pena de prisión en el ámbito penal, igual se requiere la exoneración de la sanción económica con los programas de clemencia.

En este aspecto es importante reiterar que la Superintendencia de Competencia presentó proyecto de reformas a la Asamblea Legislativa, en marzo de dos mil trece, donde señaló que la experiencia de los cinco primeros años de funcionamiento había demostrado la necesidad de precisar y ampliar el régimen de conductas anticompetitivas que resultaban nocivas para el mercado y para los intereses del consumidor; de agilizar su actividad procedimental tanto en sus prácticas de actuaciones previas como en las de procedimientos sancionatorios; de reconsiderar el régimen de beneficios en los casos de cooperación sustancial que puedan prestar las personas naturales o los agentes económicos en la investigación de una práctica, e, igualmente, la necesidad de fortalecer su régimen patrimonial de manera que el costo de los servicios que presta a los agentes económicos no descansa exclusivamente en el Presupuesto General del Estado.

En ese pliego de reforma que no se aprobaron se desprende que la Superintendencia de Competencia tenía claro que se debía habilitar la posibilidad de la inmunidad absoluta o exención de la sanción, porque proponía reformar el inciso cuarto del artículo 39 de la Ley de Competencia, de la siguiente forma: *“En ambos casos, el Consejo Directivo no impondrá sanciones a quien se le haya otorgado este beneficio”*

Un segundo aspecto es el hecho que la legislación de competencia no desarrollaba de forma clara o abierta la posibilidad de la concurrencia de un segundo o un tercer agente económico, que, sobre los mismos hechos, quisieren acogerse, ante el reconocimiento de la práctica anticompetitiva, a una reducción de la multa.

Igual, en materia penal, en los criterios de oportunidad, este no se limita al otorgamiento de una sola persona, pueden ser dos o más, siempre y cuando la información se complemente o refuerce, que permita acreditar los diferentes delitos y la participación de todos los imputados.

Este segundo aspecto que se señala, la reforma que presentó la Superintendencia de Competencia no lo contemplaba, siempre hacía alusión a ser el primero entre los involucrados. Por lo que incluir en la Ley de Competencia esta posibilidad, más la

inmunidad absoluta o exención de la sanción al primero de los agentes económicos que reconociere la práctica anticompetitiva, sería de mayor atractivo este beneficio.

Un tercer aspecto es que, en la normativa de Competencia, no se establecía rangos mínimos y máximos de porcentajes de la multa que se le podía reducir al agente económico que solicitaba el programa de clemencia, en los mismos términos como el segundo y el tercero que quiera acogerse a este beneficio en la Unión Europea.

Dentro de la reforma que pretendió la Superintendencia de Competencia en marzo de dos mil trece, se desprende una idea que la regulación que estuvo hasta noviembre de dos mil veintiuno no estaba abordada, sobre el requisito contenido en el literal a) del Art. 39 de la Ley de Competencia, y es que a dicho literal se buscaba reformar, incluyendo lo siguiente: *“El beneficio no se otorgará cuando la Superintendencia disponga de elementos de prueba suficientes para comprobar la existencia de la práctica”*

La experiencia adquirida por la Superintendencia y la lógica indicaba que, no tiene sentido otorgar un beneficio, en este caso, un programa de clemencia, cuando de las diligencias practicadas o elementos de prueba obtenidos, se puede probar aquello que el que solicita el beneficio está dispuesto a delatar. En este caso, la Superintendencia quería dejar claro, aunque normativamente no se diga, ese supuesto, pero finalmente no se logró.

El avance en materia de Competencia no se quedaba allí, con esa reforma que se pretendía, sino que buscaba incluir, para otorgar un programa de clemencia, tres requisitos más, los cuales dos de ellos estaban en sintonía con la regulación que la Unión Europea tiene actualmente. Esa reforma establecía agregar las letras d), e) y f) en el Art. 39 de la Ley de Competencia así: *“d) Se abstenga de continuar participando en las presuntas prácticas anticompetitivas a partir del ofrecimiento de su cooperación a la Superintendencia; e) Que no haya tomado medidas con objeto de coaccionar a otros para realizar acuerdos entre competidores o permanecer en ellos; f) Que no haya destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de este beneficio, ni haya*

revelado, directa o indirectamente a terceros, distintos de la Superintendencia, su intención de acogerse a los beneficios contenidos en el presente artículo”.

De los tres requisitos anteriores, el primero -literal d- está en sintonía con la regulación que tiene la Unión Europea, quien requiere para otorgar un programa de clemencia, poner fin a su participación en la infracción. Pero este requisito que se pretendía incorporar mediante la propuesta de reforma, también está en sintonía con el inciso primero del Art. 39 de la Ley de Competencia que estaba anteriormente y el Art. 57 de su reglamento, los cuales, en el supuesto de que se esté realizando prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el Art. 25 de la Ley de Competencia, el presunto infractor debe brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva.

A diferencia de la práctica anticompetitiva entre no competidores, la Ley de Competencia no se pronunciaba literalmente si suspender o no la práctica anticompetitiva entre competidores, y es que dentro de los requisitos el legislador no dijo nada al respecto, era el sentido de la reforma que se proponía en el año dos mil trece.

El segundo de los requisitos -literal e- también está en sintonía con la regulación que tiene la Unión Europea, quien requiere para otorgar un programa de clemencia, no haber coaccionado a otras empresas para unirse al cartel, solo que la idea de la reforma era amplificar ese supuesto, a que la coacción también hubiera sido para permanecer en el cartel.

El último requisito que se pretendía incluir, que no estaba en sintonía con los requisitos que exige la Unión Europea, estaba estructurado en dos apartados, el primero, que el solicitante del programa de clemencia no haya destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de este beneficio.

Lo que se buscaba incluir en la normativa vigente con esa reforma, es abarcar el supuesto donde reflejaba una contradicción, entre lo que solicita el agente económico, clemencia, con una conducta que pudiese exteriorizar, de destruir elementos de prueba.

Si el agente económico hacía eso, la destrucción, se infería que busca eliminar cualquier rastro de alguna circunstancia que le afectaría ante la Superintendencia, por lo que con dicho comportamiento en vez de mostrar arrepentimiento por la práctica anticompetitiva entre competidores que estaba o estuviere realizando, lo que evidenciaría es lo contrario, lo que motiva que justificaba la inclusión como requisito para adoptar el programa de clemencia.

El segundo apartado, que no haya revelado, directa o indirectamente a terceros, distintos de la Superintendencia, su intención de acogerse a los beneficios contenidos en el presente artículo, pudiere estar vinculado al hecho que esa revelación representara una posibilidad de que los restantes miembros del cartel, al tener conocimiento de esta información, pudieran destruir cualquier rastro de prueba que estuviera en su poder, evitando con ello lograr que no pudiera acreditarse su participación en la práctica anticompetitiva en el cartel.

4.4.2 Resultados de la nueva regulación de los programas de clemencia.

El día siete de junio de dos mil veintidós, se presentó solicitud de Acceso a la Información Pública a la Superintendencia de Competencia, requiriendo lo siguiente: 1) Detalle del total de beneficios otorgados (contemplado en el art. 39 de la Ley de Competencia y después de la reforma de noviembre de 2021, el Art. 39-A de la misma ley, denominados como programas de clemencia), a agentes económicos durante los años dos mil veintiuno y dos mil veintidós. 2) Detalle por cada año, desde el dos mil veintiuno y dos mil veintidós, cuáles fueron las prácticas anticompetitivas en donde se han aplicado los programas de clemencia. 3) Detalle por cada año, desde el dos mil veintiuno y dos mil veintidós, en qué etapa o fase del procedimiento administrativo se han otorgado los programas de clemencia. 4) Detalle por cada uno de los años comprendidos desde el dos mil veintiuno y dos mil veintidós, de los porcentajes de multa que se le redujo a cada uno de los agentes económicos que fueron favorecidos con el programa de clemencia. 5) Detalle de los sectores económicos o de mercado (ejemplo de telefonía, de farmacia, de harina etc) en el que se otorgaron los programas de clemencia en cada uno de los años comprendidos desde el dos mil veintiuno y dos mil

veintidós; 6) Detalle por cada año, desde el dos mil veintiuno y dos mil veintidós, cuantas solicitudes hubieron de otorgamiento del beneficio contenido en el art. 39 de la Ley de Competencia y después de la reforma de noviembre de 2021, el Art. 39-A de la misma ley, denominado como programas de clemencia, que fueron rechazados por no cumplir los requisitos para su otorgamiento.

Dicha solicitud de acceso a la información pública fue recepcionada en la Superintendencia de Competencia, asignándosele el número de referencia SC-2022-003, la cual finalmente mediante resolución de acceso a la información pública de fecha dieciséis de junio de dos mil veintidós, suscrita por la Licda. María Alejandra Arce Juárez, en su calidad de Oficial de Información, se resolvió que la información solicitada era inexistente, respecto de los programas de clemencia que se hayan solicitado y otorgado por parte de la Superintendencia durante los periodos de los años dos mil veintiuno al dos mil veintidós.

Sobre este aspecto, agregó la Superintendencia de Competencia que *“Al respecto de la información solicitada sobre la aplicación del beneficio contemplado en el art 39 y 39-A, inciso de la Ley de Competencia -LC-, para el periodo en alusión, se informa que no se ha otorgado ni tampoco rechazado dicho beneficio, en tanto **no se ha recibido ninguna solicitud de clemencia** por parte de algún agente económico que haya incurrido en la comisión de la práctica anticompetitiva de acuerdos entre competidores, tipificada en el art. 25 de la L.C”*

A ocho meses de la reforma de los programas de clemencia, donde ahora ya se regula la posibilidad de otorgar la inmunidad absoluta, exención o exoneración de la multa; donde se abrió la posibilidad a un programa de clemencia para dos y hasta tres agentes económicos que estuvieron o estén realizando una práctica anticompetitiva horizontal, que si colaboran se les puede rebajar la multa; donde ya se delimitó que si el primero colabora y cumple las exigencias normativas se le puede beneficiar con una exoneración total, si el segundo colabora se le puede reducir hasta el cincuenta por ciento y al tercero, hasta un treinta por ciento, el resultado ha sido el mismo, la Superintendencia

de Competencia no ha recibido ninguna solicitud de clemencia por parte de ningún agente económico.

En resumen, si consideramos los trece años, desde que entró en vigencia los programas de clemencia en el dos mil siete, hasta el año dos mil veinte que fue hasta el año que se solicitó la información a la Superintendencia de Competencia. Asimismo, el año dos mil veintiuno hasta el mes de junio de dos mil veintidós, que se solicitó la información, periodo que comprende los ocho meses que ha tenido vigencia la nueva regulación de los programas de clemencia, en su vertiente de exoneración y de reducción de la multa, esta herramienta no ha sido eficaz en el mercado de El Salvador.

Un segundo componente objetivo que nos permite arribar a esta conclusión de que los programas de clemencia no han sido eficaces, es el hecho que al confrontarlo con la información pública que maneja la Superintendencia de Competencia, respecto de las multas impuestas por tipo de infracción (información expuesta en el apartado 3.1.1.1 “La Multa”, específicamente en la página 64), en donde se detalla que en cincuenta y ocho prácticas anticompetitivas, se han impuesto multas por un monto de más de catorce millones de dólares.

La existencia de las prácticas anticompetitivas también se puede visualizar, en el detalle de todos los casos que la Superintendencia de Competencia ha publicado en su página www.sc.gob.sv, donde se encuentra el menú de “Protección”, luego la opción de “Prácticas anticompetitivas”, dentro de la cual se escoge la opción “Casos”.

En otras palabras, las prácticas anticompetitivas en el mercado de El Salvador se han venido suscitando, como se advierte de las dos fuentes antes relacionadas, incluso, la Superintendencia de Competencia las ha sancionado.

Como ultimo componente objetivo que pueda servir como parámetro que refuerce la conclusión de la ineficacia de los programas, es que, al haberse presentado solicitud de acceso a la información pública a la Superintendencia de Competencia, clasificada en la misma con la referencia No. SC-2022-004, solicitando la cantidad de actuaciones

previas que se hayan llevado a cabo en dicha Superintendencia desde el año dos mil siete hasta el año dos mil veinte, dicha entidad informó por medio de resolución de acceso a la información, emitida a las catorce horas y treinta y tres minutos del día diecinueve de octubre de dos mil veintidós, que *“Desde el año 2007 al 2020 se han realizado 41 actuaciones previas en materia de prácticas anticompetitiva”*.

Lo anterior refuerza la conclusión de que los programas de clemencia no han sido eficaces, porque no obstante haber entrado en vigencia desde noviembre de dos mil siete dicha herramienta, pero las prácticas anticompetitivas se han venido suscitando, incluso se han llevado a cabo actuaciones previas a los procedimientos administrativos sancionadores, y ningún agente económico se ha acogido a dichos programas.

La herramienta de los programas de clemencia no ha sido eficaz, como se ha reiterado, lo cual pudiera ser por varios factores, el primero de ellos es que, en la realidad nacional, no existe prohibición de la exoneración o reducción de multa, a los agentes económicos que pudiera asumir un rol de líder, autor mediato, instigador, o, en definitiva, aquellos que tienen el control del cartel. El reconocimiento normativo de esta prohibición, viniera a constituir un incentivo al agente económico para eludir un rol de liderazgo, dificultando la creación de los carteles.

Un segundo aspecto, dentro de la Ley de Competencia, es que existe una falencia de un programa de recompensa, por medio del cual se puedan ofrecer compensaciones económicas a personas que puedan tener información sobre las prácticas anticompetitivas aun cuando no haya participado directamente del planeamiento o realización., lo que vendría a ampliar el sistema de instrumentos premiales a disposición de la Superintendencia de Competencia.

Este sistema ya está siendo aplicado, tenemos el ejemplo de Perú, quien mediante Decreto Legislativo 1034, introducido mediante Decreto Legislativo 1396, introdujo modificaciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y en su artículo 26-B.1., regula lo siguiente *“La Secretaría Técnica podrá otorgar recompensas económicas a favor de aquellas personas naturales que le brinden información*

determinante para detectar, investigar y sancionar infracciones sujetas a la prohibición absoluta. La identidad del solicitante de recompensas se mantendrá bajo reserva según lo dispuesto en el literal c) del artículo 26.2 de la presente Ley”²⁶¹.

En la inclusión que se pudiera hacer en El Salvador a ese programa de recompensa, debiera considerarse también los lineamientos sobre los plazos, reglas, condiciones, excepciones y restricciones que resulten necesarias.

Hemos de acordarnos que al considerar la definición de agente económico, se incluye a la persona natural como a la persona jurídica, pero esta debe estar dedicada directa o indirectamente a una actividad lucrativa o no, no abarca, por tanto, a la persona que este participando en el cartel como colaborador o cooperador necesario o no, sin un rol central en el cartel, es decir, aquel que el agente económico le cubre su salario, en definitiva, que no es parte de la organización pero si conoce de sus operaciones, verbigracia, secretarias, trabajadores o extrabajadores del agente económico, familiares etc.

El aspecto anterior es relevante, porque no se le puede brindar una exoneración o reducción de multa si delata una práctica anticompetitiva, cuando no es una persona que se pueda enmarcar dentro de la definición de agente económico. En esos casos, pudiera operar el programa de recompensa.

Otro factor pudiera ser la necesidad de ampliar la diferencia entre la exención obtenida por el primer delator y la reducción de la multa para el segundo, dado que esto pudiera ser un punto de quiebre entre ambos. Actualmente la diferencia estriba en un 50%, la reducción de este porcentaje pudiere generar la motivación de querer ser el primer agente económico en delatar la práctica anticompetitiva entre competidores.

Por último, no se observa en la Ley de Competencia una regulación expresa y clara, de que, al ser el primer delator, por tanto, con derecho a la exoneración de multa,

²⁶¹https://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=3&xTipoBusqueda=4&xFechal=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=1396&xNormaF=

siempre y cuando cumpla los demás requisitos para su adopción, al agente económico no se le impondrán medidas correctivas de restitución en su contra, por la práctica anticompetitiva cometida o que estuviere cometiendo. Una regulación así pudiera venir a fortalecer el incentivo de ser el primero entre los involucrados.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Las conclusiones y recomendaciones que a continuación se presentan, se enfocan mediante el análisis del tema el cual es objeto de estudio de la presente investigación, las cuales han sido desarrolladas en base a los objetivos planteados dentro de la misma.

CONCLUSIONES.

- La aplicación de los programas de clemencia se hace basados en la colaboración del agente económico que ha realizado o está realizando las prácticas anticompetitivas entre competidores, mediante el aporte de los elementos de convicción que permite establecer la práctica y la participación del resto de agentes económicos que conforman el cartel. Los objetivos de los programas son facilitar la investigación y/o comprobación de las conductas anti competitivas para poder sancionar a aquellos otros agentes económicos, vista la colaboración de quien recibe la Clemencia u oportunidad.
- No se logró identificar en que práctica anticompetitiva horizontal se ha aplicado más los programas de clemencia en El Salvador, en vista que no se ha recibido en la Superintendencia de Competencia ninguna solicitud de clemencia.
- No se logró obtener datos objetivos que permitieran establecer la etapa más conveniente o pertinente para el otorgamiento del programa de clemencia, en vista que la Superintendencia de Competencia no ha recibido solicitud de clemencia, no obstante, se puede asegurar que dicha etapa sería previo al inicio del proceso sancionatorio, porque de esta manera constituiría una verdadera herramienta de combate, incluso de prevención contra los carteles, que permitiera acreditar la confianza que los agentes económicos que estuvieren participando en prácticas anticompetitivas horizontales tienen en el sistema instaurado contra dichas prácticas.

La herramienta de los programas de clemencia no ha sido eficaz en el mercado de El Salvador, en vista que considerando los trece años que van desde que entró en vigencia los programas de clemencia en el dos mil siete, hasta el año dos mil veinte que fue la delimitación temporal de la investigación, no se recibió en la Superintendencia de Competencia ninguna solicitud de clemencia. Y como plus en la investigación, se solicitó información de los años dos mil veintiuno hasta junio de dos mil veintidós, periodo que comprende los ocho meses que ha tenido vigencia la nueva regulación de los programas de clemencia, en su vertiente de exoneración y de reducción de la multa, y tampoco la herramienta de los programas de clemencia no ha sido eficaz en el mercado de El Salvador. Por último, no obstante haber entrado en vigencia desde noviembre de dos mil siete dicha herramienta, pero las prácticas anticompetitivas se han venido suscitando, incluso se han llevado a cabo actuaciones previas a los procedimientos administrativos sancionadores, y ningún agente económico se ha acogido a dichos programas.

RECOMENDACIONES

- A la Superintendencia de Competencia se le recomienda promover una reforma a la Ley de Competencia, que abarque los siguientes aspectos: **a)** La prohibición de la exoneración o reducción de multa, a los agentes económicos que pudiera asumir un rol de líder, autor mediato, instigador, o, en definitiva, aquellos que tienen el control del cartel; **b)** La inclusión de un programa de recompensa, por medio del cual se puedan ofrecer compensaciones económicas a personas que puedan tener información sobre las prácticas anticompetitivas aun cuando no haya participado directamente del planeamiento o realización, regulándose lineamientos sobre los plazos, reglas, condiciones, excepciones y restricciones que resulten necesarias; **c)** La inclusión clara, de que, al ser el primer delator, por tanto, con derecho a la exoneración de multa, siempre y cuando cumpla los demás requisitos para su adopción, al agente económico no se le impondrán medidas correctivas de restitución en su contra, por la práctica anticompetitiva cometida o que estuviere cometiendo; y **d)** Ampliar la diferencia entre la exención obtenida

por el primer delator y la reducción de la multa para el segundo, regulándose que a este último se le pudiera reducir hasta un 40% de la multa.

- Al Estado, mediante la Superintendencia de Competencia, se le recomienda brindar mayor publicidad a las sanciones económicas que impone en los casos de prácticas anticompetitivas entre competidores, en los procedimientos administrativos sancionadores que sigue, por cualquiera de los canales que fueran idóneos para llegar a la mayor cantidad de agentes económicos, a fin de que constituya una forma disuasoria para desistir de participar o seguir en un cartel.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS.

1. Baylos Carroza, Hermenegildo: Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial e intelectual. Derecho de la competencia económica. Derecho de la competencia desleal”, Madrid, 1993.
2. Bolaños Rodríguez, Axcel Yuran: “Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), México, 2015.
3. C Joekers, Susan y Evans, Phil, “Competencia y desarrollo, el poder de los mercados competitivos, IDRC 2008.
4. Connor, John M.: "Effectiveness of Antitrust Sanctions on Modern International Cartels", Journal of Industry, Competition, and Trade, Purdue University: American Antitrust Institute (AAI), Washington D.C., vol. 6, December 2006.
5. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel. Compendio de derecho administrativo, segundo curso. 2da edición, Porrúa, México, 2001.
6. Dromi, Roberto, —Tratado de Derecho Administrativoll, Ediciones Ciudad de Argentina, 1998.
7. Duran Orellana, Jeniffer Yamileth y otros, La efectividad de la política de competencia en El Salvador: Un análisis institucional. septiembre 2017.
8. Galleguillos Smart, Enrique José: “Eficacia de la delación compensada en materia de libre competencia”, Universidad Finis Terrae, año 2013.
9. García Cachafeiro, Fernando; Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español, Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia. No. 227, Madrid. 2003.
10. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. 1993.

11. Garrido Falla, Fernando. Tratado de derecho administrativo, Parte general. Volumen II, duodécima edición, edit. Tecnos, Madrid, España. 2005.
12. ICN, Subgroup 2.: "Enforcement Techniques, Anticartel Enforcement Manual. Chapter 2. Drafting and Implementing an Effective Leniency Policy", ICN, mayo de 2009, pág. 2, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/cartel/manual.aspx>., citado por Axel Yuran Bolaños Rodríguez, en la tesis Carteles Económicos y Leniency Program: Actualización jurisdiccionales (México-Nicaragua), Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México D.F.
13. Luciano Parejo Alfonso y otros, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1994.
14. Miranda Londoño, Alfonso: "Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolio en los Estados Unidos de Norteamérica", Revista de Derecho de la Competencia, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III, colección seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, reimpresión, Bogotá, 2002.
15. OCDE.: "Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels", OCDE, Council at its 921st Session on 25 March 1998. www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf Consulta: 03 abril de 2014, citado por Bolaños Rodríguez, Axel Yuran: Carteles Económicos y Leniency Program: Actualizaciones jurisdiccionales (México-Nicaragua), Universidad Iberoamericana, México, 2015.
16. Pérez Bustamante, Rogelio: "Fundamentos históricos y jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y España", en Cohen, Simón y Ortiz Blanco, Luis (coord): Derecho de la Competencia Europeo y Español, Dykinson, Madrid, Vol. XI, 1999.

17. Puente Guerra, German: “Los programas de clemencia en el Derecho de competencia”, trabajo de fin de grado de la Universidad de Zaragoza, 2014 – 2015.
18. Rafael Allendesalazar, “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, publicado en el libro Remedios y Sanciones en el Derecho de Competencia, Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbo Juan, Fundación San Rafael del Pino, Marcial Pons, España, 2008.
19. Ramires Torrado, María Lourdes. “Postura de la Corte Constitucional Colombiana en relación con el poder sancionador de la administración”. Revista de Derecho, numero 028. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. 2007.
20. Superintendencia de Competencia, Glosario de términos de competencia, República de El Salvador, año 2009.
https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/glosario/
21. Superintendencia de Competencia: “Clemencia e inmunidad” Políticas contra los carteles, año 2015.
22. Vega García, F. D. L. (2017). La clemencia (leniency) en el Derecho de la competencia (antitrust). Dykinson.
<https://elibro.net/es/lc/bibliotecautec/titulos/58882>.
23. Vid. Zullita Fellini, Gadulfo y Pérez Miranda, Rafael: “El derecho frente a los monopolios”. Estudios de derecho económico IV, 1 reimpresión, Universidad Autónoma de México, México D.F, núm. 11, 1983.
24. Witker, J. Derecho de la competencia económica en México. ed. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2003. 408 p. Disponible en: <https://elibro.net/es/ereader/bibliotecautec/74396?page=68>. Consultado en: 18 Oct 2022

LEGISLACION

25. Ley de Competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo 528 de fecha veintiséis de noviembre de dos mil cuatro, publicado en el Diario Oficial número 240, Tomo 365, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil cuatro. Reformada por última vez mediante Decreto Legislativo 207 de fecha diecisiete de noviembre de dos mil veintiuno, publicado en el Diario Oficial 225, Tomo 433, del veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno.
26. Reglamento de la Ley de Competencia, aprobado mediante Decreto Ejecutivo 126, de fecha cinco de diciembre de dos mil seis, reformado mediante Decreto Ejecutivo 169, de fecha trece de septiembre de dos mil trece, publicado en el Diario Oficial 169, Tomo 400, de fecha trece de septiembre de dos mil trece.
27. Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 1030, de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y siete, publicado mediante Diario Oficial 105, Tomo 335, de fecha diez de junio de mil novecientos noventa y siete.
28. Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 733, de fecha veintidós de octubre de dos mil ocho, publicado mediante Diario Oficial 20, Tomo 382, de fecha treinta de enero de dos mil nueve.
29. Ley de Procedimientos Administrativos, aprobada mediante Decreto Legislativo 856, de fecha quince de diciembre de dos mil diecisiete, publicado mediante Diario Oficial 30, Tomo 418, de fecha trece de febrero de dos mil dieciocho.
30. Decreto Ejecutivo número 10, publicado en el Diario Oficial número 129, Tomo número 432 de fecha siete de julio de dos mil veintiuno.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.

31. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional, a las quince horas del día veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, en el proceso con referencia 8-87.

- 32.** Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas y diez minutos del día tres de septiembre de mil novecientos noventa, con referencia 3-88.
- 33.** Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas del día veintiséis de julio de mil novecientos noventa y nueve, en el proceso con referencia 2-92.
- 34.** Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de noviembre de dos mil dos, en el proceso de amparo con referencia 516-2001.
- 35.** Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas del día once de noviembre de dos mil tres, en la inconstitucionalidad con referencia 16-2001.
- 36.** Sentencia de inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las diez horas y cuarenta minutos del día ocho de noviembre de dos mil cuatro, con el proceso con referencia 2-2002
- 37.** Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas y treinta minutos del día nueve de noviembre de dos mil cuatro, en el proceso con referencia 446-2003.
- 38.** Sentencia de Inconstitucionalidad emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas del día trece de diciembre de dos mil cinco, en el proceso con referencia 8-2004.
- 39.** Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las trece horas y cuarenta y siete minutos del día dieciséis de febrero de dos mil seis, en el proceso con referencia 391-2004, y reiterado en las sentencias de amparos de los procesos clasificados bajo las referencias 432-2005, 524-2005 y 66-2007.

40. Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional a las ocho horas y treinta minutos del día seis de mayo de dos mil ocho, en el proceso con referencia 59-2006.
41. Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas y cuarenta minutos del día nueve de junio de dos mil diez, en el proceso de amparo 753-2006.
42. Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve, en el proceso con referencia 26-2008.
43. Sentencia de amparo emitido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las once horas con treinta minutos del día trece de julio de dos mil once, en el proceso con referencia 16-2009 y acum.
44. Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las diez horas con veintisiete minutos del día veinticinco de junio de dos mil nueve, inconstitucionalidad 26-2008.
45. Sentencia Definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día veinte de febrero de dos mil diecisiete, en la inconstitucionalidad 44-2011.
46. Sentencia de amparo emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador, a las doce horas y treinta minutos del día veinticuatro de octubre de dos mil catorce, en el proceso clasificado bajo la referencia 206-2012.
47. Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las trece horas con cincuenta y seis minutos del dieciséis de octubre de dos mil quince, en el proceso de Inconstitucionalidad ref. 94-2013.

- 48.** Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas con diez minutos del día catorce de enero de dos mil dieciséis, en la inconstitucionalidad con referencia 109-2013.
- 49.** Sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día tres de febrero de dos mil dieciséis, en la inconstitucionalidad con referencia 175-2013.
- 50.** Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las once horas del día quince de noviembre de dos mil veintiuno, en el proceso con referencia 50-2018AC
- 51.** Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las diez horas con siete minutos del tres de abril de dos mil veinte, en el proceso de Habeas Corpus con referencia 98-2019
- 52.** Auto de admisión emitido por la Sala de lo Constitucional a las doce horas con siete minutos del cinco de octubre de dos mil veinte, en el proceso con referencia 1-2020.
- 53.** Sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, del veinticinco de agosto de dos mil tres y del trece de julio de dos mil nueve, en los procesos clasificados bajo la referencia 47-O-2002 y 174-2005 respectivamente.
- 54.** Sentencia definitiva emitida por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo el veintisiete de marzo de dos mil nueve, en el proceso con referencia 37-2005.
- 55.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, a las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia 450-2007.
- 56.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las catorce horas y tres minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia 451-2007.

- 57.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas y nueve minutos del día once de mayo de dos mil doce, en el proceso clasificado con la referencia 450-2007.
- 58.** Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de octubre de dos mil dieciséis, en el proceso 210-2008.
- 59.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas y quince minutos del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, en el proceso clasificado bajo la referencia 334-2008.
- 60.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas un minuto del día veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, en el proceso clasificado bajo la referencia 5-2009
- 61.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las quince horas treinta minutos del tres de marzo de dos mil dieciséis, en el proceso clasificado bajo la referencia 252-2009 promovido por AMATE TRAVEL, S.A. DE C.V. contra el CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA.
- 62.** Sentencia definitiva emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, a las ocho horas dieciocho minutos del dieciocho de junio de dos mil trece, en el proceso con referencia 254-2009.
- 63.** Sentencias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del trece de julio de dos mil once y del quince de diciembre de dos mil catorce, en los procesos de Amparos 16-2009 y 358-2012, respectivamente; criterio compartido por la jurisprudencia contencioso administrativa, entre varias, en la Sentencia de 29-IX-2014, Proceso 57-2010.

- 64.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, el día veintiocho de junio de dos mil dieciséis, en el proceso con referencia 131-2012.
- 65.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, emitida a las quince horas del día seis de julio de dos mil dieciséis, en el proceso con referencia 60-2012.
- 66.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de las doce horas veinte minutos del trece de noviembre de dos mil diecisiete, con referencia 190 – 2013
- 67.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las quince horas con cinco minutos del quince de octubre de dos mil diecinueve, en el proceso clasificado bajo la referencia 487-2016.
- 68.** Interlocutoria emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo el día treinta de marzo de dos mil dieciséis, en el proceso con referencia 126-2016.
- 69.** Auto de sustanciación emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas cinco minutos del día treinta de abril de dos mil dieciocho, en el proceso con referencia 364-2017.
- 70.** Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, en el proceso con referencia 218-2014.
- 71.** Resolución emitida por la Superintendencia de Competencia de las catorce horas del día dieciocho de enero de dos mil siete, en el proceso con referencia SC-017-D/PA/R-2006 SALAZAR ROMERO Y BOSS VISION MUVIE CABLE y AMNET TELECOMUNICATIONS.
- 72.** Resolución de trámite emitida por la Superintendencia de Competencia, de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, emitida en el proceso SC-

009-O/PA/R/-2007 – COMPAÑIA DE ALUMBRADO ELECTRICO DE SAN SALVADOR, S.A de C.V; DISTRIBUIDORA ELECTRICA DEL SUR S.A de C.V; y AES-CLESA Y COMPAÑIA S. en C. de C.V.

- 73.** Resolución de trámite emitida por la Superintendencia de Competencia, de las diez horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en el proceso con referencia SC-008-O/PA/R-2007, DISTRIBUIDORA ELECTRICA DEL SUR S.A de C.V.
- 74.** Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las doce horas y cuarenta y cinco minutos del día quince de noviembre de dos mil siete, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-011-D/PA/NR-2007 – MIDES, SEM DE CV.
- 75.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las catorce horas y quince minutos del día doce de septiembre de dos mil siete, en el proceso con referencia SC-018-D/PA/NR-2007 TELECOMMUNICATIONS.
- 76.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las quince horas del día tres de julio de dos mil siete en el proceso con referencia SC-016-D/PA/NR-2007 – ASOCIACION SALVADORENA DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES S.A de C.V (ASOTEL).
- 77.** Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día ocho de mayo de dos mil siete, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-012-S/C/R-2007 - CITIBANK OVERSEAS INVESTMENT CORPORATION (COIC) - INVERSIONES FINANCIERAS CUSCATLAN S.A
- 78.** Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las dieciséis horas del día uno de abril de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-005-O/NR-2008 – MOLSA, S.A. DE C.V - HARISA S.A DE C.V.
- 79.** Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de competencia a las nueve horas del día catorce de octubre de dos mil ocho, en el proceso clasificado

bajo la referencia SC-005-O/NR-2008 – MOLSA, S.A. DE C.V - HARISA S.A DE C.V.

- 80.** Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas del día veinticinco de marzo de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-002-S/C/R-2008 AES NEJAPA GAS, LTDA DE C.V y BIOENERGIA S.A DE C.V.
- 81.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las doce horas del día cuatro de septiembre de dos mil ocho, en el proceso clasificado con la referencia C-005-0/NR-2008 - Molinos de El Salvador, S.A. de C.V. (MOLSA) - HARISA, S.A. de C.V. (HARISA)
- 82.** Resolución final emitida por la Superintendencia de competencia a las diez horas y treinta minutos del día treinta de septiembre de dos mil ocho, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-016-S/C/R-2008 - MILLICOM CABLE N.V. - CENTRAL AMERICAN CAPITAL GROUP, INC - CA CABLE INVESTMENT GROUP LIMITED.
- 83.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las catorce horas y veinte minutos del día cuatro de febrero de dos mil diez, en el proceso SC-034-D/PA/NR-2009 – Distribuidora de Productos Médicos S.A de C.V.
- 84.** Resolución de trámite emitida por la Superintendencia de Competencia, a las nueve horas del día tres de mayo de dos mil diez, en el proceso con referencia SC-009-D/PS/R-2010 FARMACIAS EUROPEAS S.A. DE C.V.
- 85.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, a las diez horas del treinta de agosto de dos mil once, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-031-D/PS/R-2010 SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE

- 86.** Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de Competencia el día diecisiete de marzo de dos mil diez, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-009-D/Ps/R-2010 - FARMACIAS EUROPEAS S.A de C.V
- 87.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, a las diez horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, en el proceso con referencia SC-017-0/PS/R-2010 - TELEFÓNICA MÓVILES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE; TELEMÓVIL EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA; INTEL FON, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE; Y DIGICEL SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE
- 88.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, en el caso con referencia SC-010-O/PS/R-2010
- 89.** Resolución emitida por la Superintendencia de Competencia, a las diez horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, en el procedimiento administrativo con referencia número SC-017-0-/PS/R-2010.
- 90.** Resolución de tramite emitido por la Superintendencia de Competencia el día diez de noviembre de dos mil once, en el proceso con referencia SC-023-D/PS/R-2011 – BEST CELULAR SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE Y DIGICEL SA DE CV.
- 91.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia de las doce horas del día veinticuatro de mayo de dos mil once, emitida en el proceso con referencia SC-009-S/C/R-2011 - AMÉRICA MÓVIL, S.A.B. DE C.V. Y AMOV IV, S.A. DE C.V.
- 92.** Resolución emitida por la Superintendencia de Competencia el día tres de abril de dos mil trece, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-014-O/PS/NR-

2012/ SUMINISTRO INDUSTRIAL DE EQUIPO Y FERRETERIA, SA de C.V y
AGUA Y TECNOLOGIA S.A de C.V

- 93.** Resolución de tramite emitida por la Superintendencia de Competencia el día diecinueve de abril de dos mil trece, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-12-O/PS/R-2013 SISA VIDA, SOCIEDAD ANONIMA SEGUROS DE PERSONAS; ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANONIMA SEGUROS DE PERSONAS Y CHARTIS VIDA, SOCIEDAD ANONIMA SEGUROS DE PERSONAS.
- 94.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia a las catorce horas y veinticinco minutos del día diecisiete de abril de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-012-O/PS/R-2013 - ASESUIZA VIDA S.A, SEGUROS DE PERSONA; SISA VIDA S.A, SEGUROS DE PERSONAS Y CHARTIS VIDA, S.A SEGUROS DE PERSONAS.
- 95.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia a las diez horas del día veinticuatro de abril de dos mil doce, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-010-O/PS/R-2010 – DIZUCAR, S.A. DE C.V.
- 96.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia a las diez horas del día catorce de octubre de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo la referencia SC-047-D/PS/R-2013-DIGICEL, S.A. DE C.V.; TELEFONICA S.A. DE C.V.; CTE S.A. DE C.V.; PERSONAL S.A. DE C.V.; TELEMÓVIL S.A. DE C.V.
- 97.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las diez horas del día catorce de octubre del dos mil quince, en el proceso con referencia SC-047-D/PS/R-2013-DIGICEL, S.A. DE C.V.; TELEFÓNICA, S.A. DE C.V.; CTE, S.A. DE C.V.; PERSONAL, S.A. DE C.V.; TELEMÓVIL, S.A. DE C.V.
- 98.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las diez horas del día catorce de octubre de dos mil quince, en el proceso clasificado bajo

la referencia SC-047-D/PS/R-2013 - DIGICEL S.A DE C.V; TELEFONICA S.A DE C.V; CTE S.A DE C.V; PERSONAL S.A DE C.V; TELEMovil S.A DE C.V.

- 99.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las doce horas y cinco minutos del día veintisiete de mayo de dos mil quince, en el proceso tramitado bajo la referencia SC-012-0/PS/R-2013 - ASESUISA VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA, SEGUROS DE PERSONAS.
- 100.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, de las nueve horas y doce minutos del día cinco de febrero de dos mil catorce, en el proceso con referencia SC-002-D/PS/R-2014 –EDESAL S.A de C.V EMPRESA TRANSMISORA DE EL SALVADOR S.A de C.V.
- 101.** Resolución final emitida por la Superintendencia de Competencia, a las quince horas y cuarenta minutos del veintinueve de junio de dos mil quince, en el proceso con referencia SC-020-D/PI/NR-2015-AQUACORPORACIÓN DE EL SALVADOR, S.A. DE C.V.

PAGINAS WEB

- 102.** <https://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted>.
- 103.** <http://blogs.eleconomista.net/competencia/2015/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razon-en-la-ley-de-competencia-de-el-salvador/> Portillo, Jeannette. “Regla per se y regla de la razón en la Ley de Competencia de El Salvador”.
- 104.** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:11997E/TXT>.
- 105.** <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>.
- 106.** https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm
- 107.** <https://www.sc.gob.sv/index.php/actuaciones-previas/>.
- 108.** <http://www.cdc.org.sv/index.php/cdc/quienes-somos>.

109. <https://www.sc.gob.sv/index.php/procedimiento-sancionador-de-practicas-anticompetitivas/>.
110. <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/2752129.pdf>.
111. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=79408,55409,6397,3422,71416,68467,10217,14015&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True.
112. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003D0002>.
113. <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:100:0001:0042:ES:PDF>.
114. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=22412104-f255-886e-178f-8b32bf5bce06&groupId=252038. Resico, Marcelo.: Introducción a la Economía Social de Mercado. Konrad Adenaur Stiftung, Buenos Aires, 2010, p. 94
115. <https://www.justice.gov/atr/corporate-leniency-policy>.
116. <https://www.justice.gov/atr/individual-leniency-policy>.
117. [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718(01)&from=EN).
118. [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219(02)&from=EN)
119. <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC1208%2804%29>.
120. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
121. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lfce/LFCE_abro.pdf

122. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4912926&fecha=28/06/2006#gsc.tab=0
123. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5188624&fecha=10/05/2011#gsc.tab=0
124. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFCE_200521.pdf
125. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0032015_programa_inm.pdf
126. https://www.leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=3&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=1396&xNormaF=