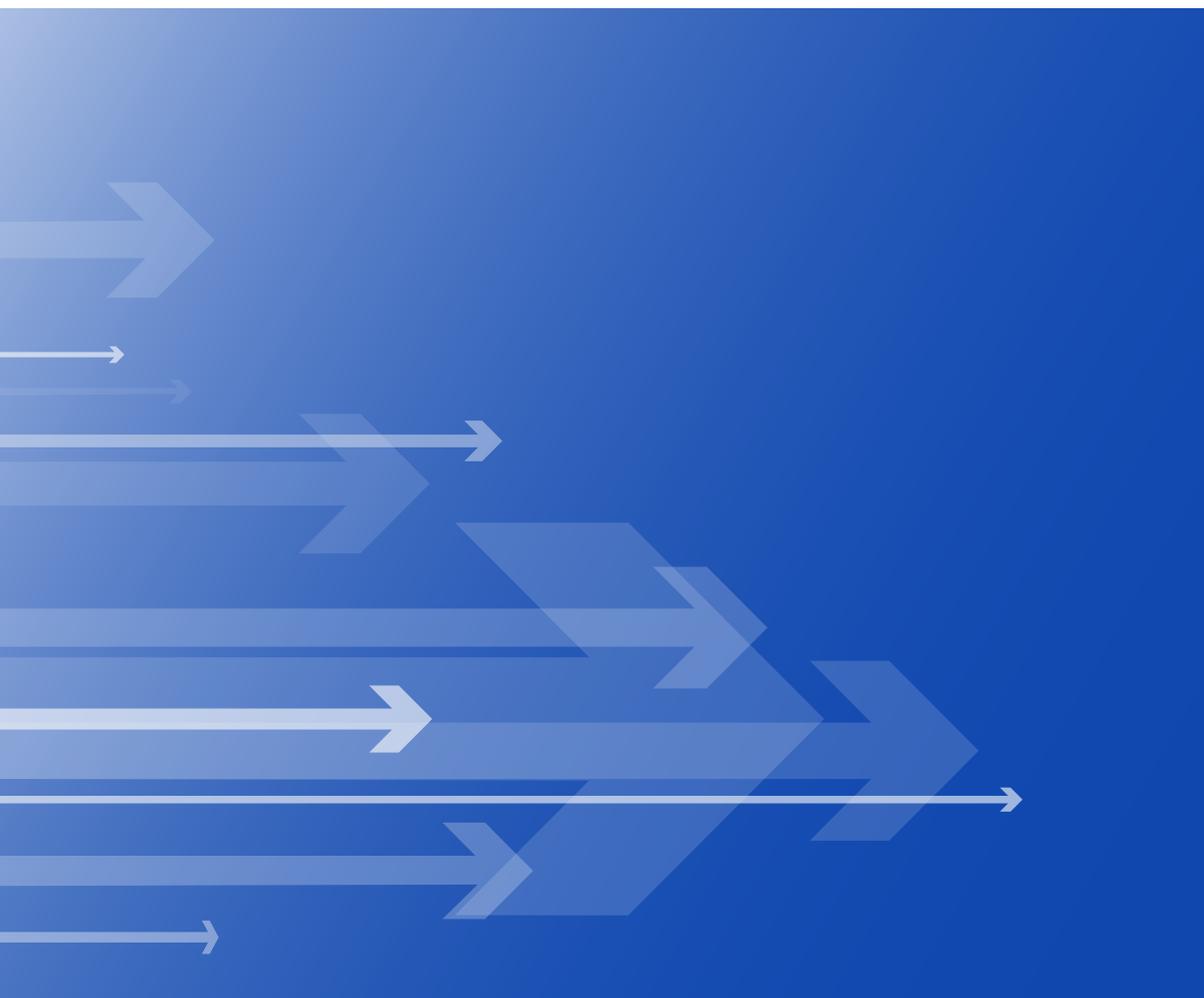


Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y
Política de Competencia

EL SALVADOR

2020



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



Por favor cite esta publicación como:

OCDE (2020) Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: El Salvador.

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretariado General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos esgrimidos en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de la OCDE, ni de los gobiernos de sus países miembros o de la Unión Europea.

Este documento y cualquier mapa incluido en él se entienden sin perjuicio de la condición o soberanía de ningún territorio, de la delimitación de fronteras o límites internacionales o del nombre de ningún territorio, ciudad o área.

La OCDE cuenta con dos idiomas oficiales; inglés y francés. La versión en inglés de este informe es la única versión oficial.

© OCDE 2020

Prefacio

La OCDE se ha dedicado activamente a promover la política de la competencia en los países de América Latina y el Caribe durante muchos años. La asociación entre la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha impulsado estos esfuerzos. El Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia (FLACC), que se celebra anualmente, ha sido la piedra angular de esta colaboración en materia de competencia. Se trata de un foro único que reúne a altos funcionarios de los países de la región para promover y apoyar la identificación y difusión de las mejores prácticas en materia de derecho y política de la competencia. Hasta la fecha se han celebrado 17 reuniones.

Los exámenes inter-pares de las leyes y políticas nacionales de competencia son un instrumento importante para ayudar a fortalecer las instituciones de la competencia y mejorar los resultados económicos. Asimismo, son un elemento básico de las actividades de la OCDE. Se basan en la voluntad de un país de someter sus leyes y políticas a un examen sustantivo por parte de otros miembros de la comunidad internacional. Este proceso proporciona una valiosa información al país objeto de estudio y promueve la transparencia y el entendimiento mutuo en beneficio de todos. Está surgiendo un consenso internacional sobre las prácticas óptimas de aplicación del derecho de la competencia y la importancia de una reforma favorable a la competencia. Los exámenes inter-pares son una parte esencial de este proceso. También constituyen un instrumento importante para fortalecer las instituciones de la competencia. A su vez, unas instituciones fuertes y eficaces pueden promover y proteger la competencia en toda la economía, lo que aumenta la productividad y el rendimiento económico general.

La OCDE y el BID incluyen exámenes inter-pares como parte habitual del Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia. En 2007, el Foro evaluó las repercusiones de los cuatro primeros exámenes inter-pares realizados en el FLACC (Brasil, Chile, Perú y Argentina) y el examen inter-pares de México, que se llevó a cabo en el Comité de Competencia de la OCDE. El Foro examinó a El Salvador en 2008, a Colombia en 2009, a Panamá en 2010 y a Honduras en 2011. En 2012 se llevó a cabo un seguimiento de los nueve exámenes inter-pares en el marco del décimo aniversario del FLACC. En 2014, Costa Rica se convirtió en el décimo país en el que se realizó un examen inter-pares de su régimen de competencia, y en 2018 Perú fue el undécimo país. En 2019, El Salvador se sometió a su examen inter-pares en la reunión del FLACC en Honduras, el último país en ser examinado. La OCDE y el BID, a través de su Sector de Integración y Comercio, están encantados de que esta exitosa asociación contribuya a la promoción de la política de la competencia en América Latina y el Caribe. Este trabajo es consistente con las políticas y objetivos de ambas organizaciones: el apoyo a las políticas procompetitivas y a las reformas regulatorias, que promoverán el crecimiento económico en los mercados de América Latina y el Caribe.

Ambas organizaciones desean agradecer al Gobierno de El Salvador por haberse ofrecido como voluntario para ser examinado por sus pares en la decimoséptima reunión del FLACC, celebrada en Honduras los días 24 y 25 de septiembre de 2019. Quisiéramos dar las gracias a Diego Petrecolla, el autor del informe, y a Pedro Caro de Sousa, de la Secretaría de la OCDE. También queremos agradecer a los examinadores principales, Juan Pablo Herrera Saavedra (Colombia); Alberto Lozano Ferrera (Honduras); y Jesús Espinoza (Perú). Agradecemos a Alberto Lozano Ferrera y su equipo de la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia (CDPC) de Honduras por haber acogido al FLACC y a los numerosos funcionarios de la competencia cuyas presentaciones escritas y orales al Foro contribuyeron a su éxito. Tanto nosotros como el autor también deseáramos dar las gracias específicamente a Gerardo Henríquez Angulo,

Rebeca Hernández, Regina Vargas, Evelyn Olmedo y Jeannette Portillo por sus valiosas aportaciones, su disponibilidad para responder a las preguntas y su apoyo en la facilitación de las entrevistas, a Lynn Robertson, de la OCDE, por supervisar el examen inter-pares y planificar el debate en el FLACC, y a Erica Agostinho y Angélique Servin por su asistencia en ambas actividades.

Este informe se realizó a petición del Gobierno de El Salvador. Queremos dar las gracias al Gobierno de El Salvador por haberse ofrecido voluntariamente a ser objeto de un examen inter-pares, y a todos los participantes que tuvieron la amabilidad de aceptar participar en las reuniones que tuvieron lugar durante la misión de investigación que se celebraron en San Salvador durante la semana del 25 de marzo de 2019.

Table of Contents

Prefacio.....	3
Resumen ejecutivo.....	9
1. Contexto y antecedentes.....	13
1.1. Contexto histórico.....	13
1.2. Establecimiento de la política de competencia.....	14
1.3. Objetivos de la política.....	17
2. Marco institucional.....	18
2.1. Instituciones de la política de competencia.....	18
2.1.1. La Superintendencia.....	18
2.1.2. Otros organismos públicos.....	25
2.2. Marco jurídico sustantivo.....	26
2.2.1. Ámbito de aplicación de la Ley de Competencia.....	26
2.2.2. Disposiciones sustantivas en materia de competencia.....	26
2.3. Potestades y procedimientos coercitivos.....	29
2.3.1. Potestades de investigación.....	29
2.3.2. Allanamientos y clemencia.....	30
2.3.3. Procedimiento de investigación.....	30
2.4. Sanciones y medidas correctivas.....	35
2.4.1. Multas.....	35
2.4.2. Medidas correctivas.....	37
2.4.3. Medidas cautelares.....	38
2.5. Revisión judicial.....	38
2.6. Aplicación privada.....	41
2.7. Cooperación internacional.....	41
3. Aplicación de la normativa de competencia en El Salvador.....	44
3.1. Acuerdos horizontales.....	44
3.1.1. El cártel de la harina de trigo.....	45
3.1.2. Manipulación de licitaciones para la contratación de seguros de pensiones.....	46
3.1.3. Cártel del arroz.....	47
3.2. Prácticas anticompetitivas entre no competidores.....	48
3.3. Abuso de posición dominante.....	49
3.3.1. El caso de los combustibles.....	50
3.3.2. El caso del azúcar.....	51
3.3.3. El caso de las telecomunicaciones.....	52
3.4. Control de concentraciones.....	53
3.4.1. Umbrales de notificación.....	53
3.4.2. Procedimiento de control de las concentraciones.....	54
3.4.3. Ejemplos de casos de control de concentraciones.....	56

3.4.4. Incumplimiento de las reglas de control de concentraciones	58
4. Competencia desleal, protección del consumidor y regulación sectorial.....	60
4.1. Competencia desleal	60
4.2. Protección del consumidor.....	60
4.3. Sectores regulados	61
4.3.1. Electricidad.....	61
4.3.2. Telecomunicaciones	62
4.3.3. Combustibles.....	63
4.3.4. Banca.....	63
4.3.5. Agricultura	64
5. Abogacía y promoción de una cultura de competencia.....	66
5.1. Abogacía de la competencia para el órgano judicial y los legisladores	67
5.1.1. Judicatura	67
5.1.2. Órgano legislativo	68
5.1.3. El público en general.....	68
5.2. Contratación y adquisición públicas	70
5.3. Convenios interinstitucionales.....	71
5.3.1. Convenios con otras instituciones públicas de El Salvador	71
5.3.2. Convenios con instituciones académicas	73
5.3.3. Convenios con otras autoridades de competencia.....	73
5.3.4. Convenios con asociaciones de consumidores	73
5.4. Opiniones, estudios de mercado y monitoreo de mercados	74
5.4.1. Estudios de mercado.....	74
5.4.2. Monitoreo de mercados.....	82
5.4.3. Opiniones	83
5.5. Estimaciones <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> del impacto.....	84
6. Conclusiones y recomendaciones	85
6.1. Diseño institucional	86
6.1.1. Reforzar la independencia y la autonomía de la Superintendencia	86
6.1.2. Velar por que se establezcan las condiciones de nombramiento y cese del Consejo Directivo con normas claras y transparentes.....	86
6.1.3. Velar por que los miembros del Consejo Directivo sean empleados a tiempo completo para asegurar la eficacia de la Superintendencia y la ausencia de conflictos de intereses	87
6.1.4. Separar claramente la función de investigación de la de decisión	87
6.2. Aplicación de la ley a prácticas anticompetitivas	87
6.2.1. Aplicar una estrategia eficaz para combatir los cárteles	87
6.2.2. Considerar la posibilidad de reasignar ciertos recursos de las investigaciones de abusos hacia los cárteles, sin por ello pasar por alto estas primeras	88
6.2.3. Centrarse en la lucha contra la colusión en licitaciones públicas.....	88
6.2.4. Considerar la posibilidad de trabajar con listas negras de empresas involucradas en colusión en licitaciones	88
6.2.5. Reformar el régimen de clemencia según las normas internacionales	88
6.2.6. Adoptar instrumentos de definición de mercado, poder de mercado y análisis de prácticas anticompetitivas de acuerdo con las prácticas internacionales	89
6.2.7. Eliminar el requisito de posición dominante para las acciones vinculadas a acuerdos verticales, y delimitar el marco legal de las prácticas abusivas	89
6.2.8. Preparar y publicar directrices cuando sea apropiado	89

6.3. Sanciones y medidas correctivas	90
6.3.1. Imponer multas disuasorias	90
6.3.2. Proporcionar orientaciones sobre cómo se imponen y se calculan las multas para garantizar una mayor transparencia y previsibilidad.....	90
6.3.3. Garantizar el cobro rápido de las sanciones	90
6.4. Cuestiones procesales	90
6.4.1. Velar por que la Superintendencia pueda establecer prioridades entre los casos que instruye.....	90
6.4.2. Considerar la posibilidad de ampliar los plazos de investigación	91
6.4.3. Utilizar las inspecciones y los allanamientos de manera más eficaz, aunque solo se notifique a la parte investigada después de que se hayan llevado a cabo dichas inspecciones y allanamientos.....	91
6.4.4. Proteger la información comercial sensible obtenida por la Superintendencia, y proporcionar orientaciones sobre qué se considera información sensible.....	91
6.4.5. Adoptar procedimientos de compromiso y de acuerdo	91
6.4.6. Ofrecer las debidas garantías procesales:.....	92
6.4.7. Adoptar medidas para agilizar los recursos judiciales	92
6.5. Control de concentraciones.....	92
6.5.1. Modificar los umbrales de control de las concentraciones.....	92
6.5.2. Considerar la posibilidad de cobrar tasas de notificación adecuadas y razonables en el caso de concentraciones notificables.....	93
6.5.3. Modificar el proceso de control de las concentraciones, de acuerdo con las prácticas internacionales.....	93
6.5.4. Plantearse sanciones más elevadas en caso de incumplimiento de las reglas de control de concentraciones	94
6.6. Aplicación privada.....	94
6.6.1. Prever la aplicación privada ante los tribunales	94
6.6.2. Velar por que la aplicación privada apoye las medidas coercitivas públicas.....	94
6.7. Abogacía.....	94
6.8. Promoción de programas de cumplimiento	95
Referencias	97

Tables

Tabla 1. Presupuesto de los organismos públicos de El Salvador.....	22
Tabla 2. Umbrales de notificación de concentraciones	29
Table 3. Denuncias relativas a prácticas anticompetitivas (2008-.....	32
Tabla 4. Denuncias y procedimientos de investigación de oficio de prácticas anticompetitivas (2013-2018).....	32
Tabla 5. Importe y total de multas (enero de 2006-marzo de 2019).....	36
Table 6. Estado de las multas impuestas (enero de 2006-marzo de 2019).....	37
Tabla 7. Recursos administrativos presentados ante el Consejo de la Superintendencia contra decisiones por prácticas anticompetitivas (2013-2018).....	39
Tabla 8. Recursos judiciales interpuestos contra decisiones relacionadas con la infracción de las normas de defensa de la competencia (2006-2018).....	40
Tabla 9. Promedio de meses de duración de los procesos judiciales finalizados, por tipo de proceso e infracción.....	40

Tabla 10. Sanciones de acuerdos horizontales (2013-2018)	44
Tabla 11. Sanciones por abuso de posición dominante (2013-2018)	50
Tabla 12. Concentraciones en el sector financiero	63
Tabla 13. Seguimiento de las recomendaciones para el sector de los seguros	64
Tabla 14. Abogacía de la competencia (Intendencia Económica e Intendencia de Abogacía de la Competencia) y presupuesto para la capacitación del personal (2014-2018).....	66
Tabla 15. Porcentaje del presupuesto de la Superintendencia asignado a la abogacía de la competencia (2014-2018).....	67
Tabla 16. Acuerdos interinstitucionales en vigor	72
Tabla 17. Estudios de mercado.....	76
Tabla 18. Situación actual de la implementación de las recomendaciones formuladas en el estudio del sector de las tarjetas de crédito y de débito en El Salvador realizado en 2011.....	78
Tabla 19. Ejercicios de monitoreo llevados a cabo por la Superintendencia	83
Tabla 20. Opiniones de la Superintendencia (2006-2018)	84

Figures

Gráfico 1. Estructura de la Superintendencia de Competencia de El Salvador.....	18
Gráfico 2. Número de multas por prácticas anticompetitivas, por agente económico (2007-2018)	36
Gráfico 3. Proceso judicial: cártel de la harina de trigo	46

Resumen ejecutivo

La Ley de Competencia de El Salvador contempla los tres ámbitos habituales de las prácticas contrarias a la competencia —acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y concentraciones anticompetitivas— y emplea las pruebas sustantivas usuales para cada uno de estos tres tipos de conducta. Los pilares básicos de la Ley de Competencia de El Salvador están en consonancia con las prácticas óptimas internacionales y las recientes propuestas de reforma muestran los esfuerzos que se están haciendo para incrementar la eficacia de esta legislación.

La agencia de la competencia de El Salvador, la Superintendencia, tiene el mandato de promover y proteger la competencia para incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Es una autoridad seria con las limitaciones típicas de una agencia de competencia pequeña experimentan en América Latina. Al mismo tiempo, todas las instituciones y entes públicos de El Salvador tienen la responsabilidad de promover y proteger la competencia.

El personal de la Superintendencia está comprometido y es profesional, y observa los postulados básicos del Derecho de competencia. Entre 2006 y 2018, la Superintendencia hizo hincapié en las medidas coercitivas: emitió resoluciones sancionadoras por prácticas anticompetitivas en más de 57 investigaciones, e impuso multas que superaron los 16,6 millones de dólares estadounidenses (USD) por infracciones de la Ley de Competencia. Sin embargo, en los últimos cinco años, el número de resoluciones ha ido a la baja de forma clara. La Superintendencia mantiene buenas relaciones con otras agencias estatales y agencias de competencia, particularmente dentro de su misma región.

El mecanismo actual para nombrar a los miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia tiene margen de mejora. Por ejemplo, ahora el superintendente renuncia cada vez que hay un cambio de gobierno, una práctica que no se considera adecuada para un órgano técnico independiente. Asimismo, el superintendente y los otros miembros del Consejo Directivo son elegidos directamente por el presidente, sin un mecanismo de selección formal que vele por los conocimientos especializados y las cualidades necesarias de los cargos. Además, el hecho de que se nombre a todos los miembros al mismo tiempo crea riesgos por la repentina pérdida de experiencia y la percepción de que la Superintendencia está politizada.

Como sucede en otras zonas de Centroamérica, la agencia dispone de escasos recursos en comparación con otros reguladores económicos de El Salvador. El presupuesto de la Superintendencia está entre los más bajos de las instituciones que se ocupan de asuntos económicos. Además, los miembros del Consejo Directivo son nombrados a tiempo parcial, salvo el superintendente, que trabaja a tiempo completo y responde prácticamente de todos y cada uno de los aspectos relacionados con el cumplimiento de la competencia. Uno de los problemas que esto plantea es que el superintendente, al menos formalmente, está implicado tanto en la fase investigativa como en la fase decisoria. Si se mejora la independencia y el diseño institucional, se reducirán los riesgos relacionados con la imparcialidad de las resoluciones, la no separación de roles con respecto a la investigación y a la decisión, y los conflictos de intereses que pudieren surgir porque el puesto de algunos miembros del Consejo Directivo es solo a tiempo parcial.

Las medidas de abogacía de la competencia en El Salvador son muy pertinentes: se proponen generar un cambio cultural e institucional en la sociedad, velando por que se interiorice el valor de la competencia sana. Los esfuerzos que está haciendo la Superintendencia se hacen evidentes, por ejemplo, en el número de recomendaciones reglamentarias a favor de la competencia o en los convenios firmados

por la Superintendencia con entidades educativas para llevar a cabo actividades académicas y promocionales en relación con la Ley de Competencia y temas conexos.

Desde su creación, la Superintendencia ha firmado convenios con otras agencias de la competencia y organizaciones internacionales que también trabajan con políticas de competencia. Los convenios de colaboración con agencias de la competencia de América Latina tienen por objeto fortalecer la capacidad técnica de estas agencias a nivel regional y subregional.

Además, la Superintendencia ha suscrito convenios interinstitucionales con otros entes públicos de El Salvador, órganos académicos y asociaciones de consumidores. Todo ello con vistas a permitir y promover la cooperación y la colaboración en temas de interés común.

La Superintendencia se relaciona asimismo con la opinión pública por distintas vías; entre otros, comunicados y conferencias de prensa, reuniones informativas y artículos que escriben los miembros de su personal.

En lo referente a la aplicación de la ley de competencia, si bien todos los agentes económicos están sujetos a la Ley de Competencia, esta ley no cubre las actividades económicas que son competencia exclusiva del Estado o de los municipios cuando son proveedores directos de servicios.

Uno de los desafíos a que se enfrenta la Superintendencia con el cumplimiento, habitual en la región, es que siempre que se cumplan los requisitos legales, está obligada a investigar todas las denuncias recibidas. Eso le impide establecer prioridades en sus esfuerzos de aplicación de la ley y optimizar la asignación de recursos. Igual que sucede en otros países de la región, el mecanismo desarrollado por la Superintendencia para abordar este problema es introducir una «investigación preliminar», previa al inicio de la investigación formal. En la práctica, se dedican muchos recursos a revisar denuncias que, en general, se acaban desestimando.

Otra de los desafíos de la Superintendencia con respecto a la aplicación efectiva tiene que ver con las medidas correctivas y las sanciones. La Superintendencia tiene la potestad de imponer multas, pero las multas que impone son bastante reducidas, pues deben ser un múltiplo de salarios mínimos. En realidad, puede imponer multas basadas en la facturación para «infracciones de particular gravedad», pero se ha hecho muy poco (en dos ocasiones, como mucho), y no se dispone de directrices para decidir cuándo una infracción debe considerarse de particular gravedad. El principal problema con las multas bajas es que no cumplen su función disuasoria para que los agentes económicos renuncien a las prácticas anticompetitivas.

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

En lo que se refiere a los recursos judiciales, entre 2006 y 2018 los juzgados solo revocaron dos decisiones y, en cambio, se desestimaron 32 recursos. Si bien las resoluciones de la Superintendencia son confirmadas en la mayoría de los casos por los tribunales, los retrasos en la emisión de las sentencias constituyen uno de los principales obstáculos para aplicar la Ley de Competencia. Una sentencia firme puede tardar años desde la fecha de interposición del recurso, aunque sea en única instancia. Las recientes reformas de la Ley de Procedimiento Administrativo fijan plazos de obligado cumplimiento para resolver los recursos más rápido, pero aún no se tienen datos sobre la eficacia de estas reformas.

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

La versión original de la Ley de Competencia contenía una disposición que permitía que una parte garantizara al superintendente el cese o la modificación de la conducta presuntamente anticompetitiva para que se recuperara la competencia en el mercado en cuestión. A cambio, no habría sanción (es decir, un procedimiento de compromiso). Esta posibilidad no está abierta para acuerdos anticompetitivos entre competidores, aunque la legislación de El Salvador no prevé ningún procedimiento de acuerdo para esas prácticas contrarias a la competencia. Las reformas consiguientes substituyeron el beneficio de no ser sancionado por la garantía de que no se multara por infracciones de particular gravedad, que son excepcionales y ni siquiera parecen abarcar toda la tipología de cárteles que constituyen restricciones especialmente graves. Esto significa que, si bien la Superintendencia puede aceptar garantías en los casos no relacionados con cárteles, el proceso sancionador no se detiene, como sucede en otras jurisdicciones. No está claro cuándo estará disponible un procedimiento de este tipo ni cuándo las partes podrían tener interés en hacer uso de él. Además, actualmente no existen procedimientos relativos a las garantías.

En cuanto al cumplimiento real de la normativa contra las prácticas horizontales, el diseño del régimen de clemencia plantea un reto importante. En El Salvador, la clemencia solo puede conllevar una reducción de la multa administrativa para el primer solicitante, y siempre a discreción de la Superintendencia. Las solicitudes de clemencia no implican la inmunidad del primer solicitante, y los solicitantes posteriores no se benefician de reducción alguna en las multas. Habida cuenta de los pocos incentivos existentes, particularmente cuando se combinan con el bajo efecto disuasorio de las multas, no es de extrañar que no haya habido ni una solicitud de clemencia en los doce años desde que se introdujo esa posibilidad. Además, la Superintendencia todavía no ha formalizado el procedimiento que hay que seguir en caso de que alguien quiera acogerse a la clemencia.

Con respecto a los acuerdos verticales, igual que en otros países de la región, la legislación prevé que solo se prohíban si una de las partes tiene una posición dominante. Esto pone el umbral muy alto para las acciones vinculadas a prácticas anticompetitivas de acuerdos verticales, y lleva a una superposición con el abuso unilateral de la posición dominante. En consecuencia, parece que no se ha sancionado ni un solo acuerdo vertical y que algunos casos de abuso sancionados por la Superintendencia podrían potencialmente calificarse de acuerdos verticales. En efecto, en los primeros años, la mayoría de las investigaciones y resoluciones sobre prácticas anticompetitivas tenían que ver con abuso de posición dominante.

Con respecto al procedimiento, la legislación concede a la Superintendencia los típicos poderes de investigación de las agencias de la competencia. Es algo habitual entre este tipo de agencias, pero en El Salvador no es nada común para otros reguladores administrativos. Entre otros, la Superintendencia puede requerir información, llevar a cabo inspecciones y proceder a allanamientos. Sin embargo, no existe claridad sobre la eficacia real de todo ello. Por ejemplo, si bien la Superintendencia está formalmente facultada para llevar a cabo allanamientos, hasta la fecha se ha utilizado este método una sola vez para recabar elementos probatorios.

En cuanto al control de concentraciones, los umbrales están en un nivel demasiado alto, aparentemente, para una economía como la de El Salvador. Esto hace que a la Superintendencia le lleguen muy pocos casos relacionados con concentraciones.

A diferencia de la práctica internacional habitual, existe un procedimiento único que se aplica a todas las concentraciones notificadas. Esto significa que no existe un sistema simplificado de notificación o revisión y que todas las concentraciones se someten al mismo tipo de análisis estandarizado, sin atender a gradaciones en su potencial contrario a la competencia.

Además, la Superintendencia no puede comunicarse con las partes notificantes durante el proceso de revisión —ni para comunicarles algo sobre competencia ni para discutir posibles soluciones— hasta que el Consejo Directivo se pronuncie. Esto significa que las medidas correctivas en caso de concentración suelen ser impuestas por el Consejo Directivo, sin que las partes puedan proponer compromiso alguno; de hecho, las partes disponen de un plazo muy corto para aceptar o rechazar las condiciones propuestas. En la práctica internacional esto es muy diferente.

Finalmente, la Superintendencia puede llevar a cabo estudios de mercado, procesos de monitoreo y también puede emitir opiniones. Estas herramientas se han utilizado mucho. Entre 2006 y agosto 2018, la Superintendencia emitió 184 opiniones sobre regulaciones del mercado, lo que ocasionalmente se traduce en reformas que favorecen la competencia y en una mayor cooperación entre la Superintendencia y los reguladores pertinentes.

1. Contexto y antecedentes

1.1. Contexto histórico

La República de El Salvador, situada en el océano Pacífico y rodeada por Guatemala y Honduras, es el país con menor superficie de Centroamérica¹. Gran parte del territorio es montañoso y tiene numerosos volcanes. El país es vulnerable a desastres naturales y los más graves ocurridos recientemente fueron un huracán en 1998, dos terremotos en 2001, un huracán en 2013 y evacuaciones por actividad volcánica. La mayor parte de la población vive en una meseta central en la que se encuentra la capital, San Salvador. Una estrecha llanura costera bordea el océano Pacífico. El clima de El Salvador es tropical y las temperaturas varían en función de la altitud². Su población asciende aproximadamente a 6 375 000 personas, lo que lo convierte en el tercer país más poblado de Centroamérica excluido México³.

El Salvador, junto con Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua, se independizaron de España en 1821. Los cinco países formaron brevemente las Provincias Unidas del Centro de América, pero la federación se disolvió en 1838, tras lo cual El Salvador se convirtió en una república independiente.

En los siglos XIX y principios del XX, la evolución social y política condujo a la difusión de la democracia y a la modernización de la economía de la región. En El Salvador, los gobiernos militares desempeñaron un importante papel en las reformas económicas y sociales. Un momento especialmente importante fue la Revolución de 1948, cuando varios sectores de las fuerzas militares y la sociedad civil tomaron el relevo de la dictadura anterior e iniciaron una serie de cambios rápidos y radicales en las estructuras políticas y económicas del país.

La década de 1950 se conoció como la «Edad de Oro» debido al auge económico que se produjo en ese momento. El Salvador tenía una economía dependiente de la agricultura y, con la subida internacional del precio del café, su renta nacional aumentó gracias a las exportaciones de ese producto. El algodón y el azúcar de caña contribuían a la renta nacional en cantidades más pequeñas.

En ese momento, el Gobierno llevó a cabo una serie de proyectos de infraestructuras que dependían de la financiación generada por la exportación de productos agrícolas. Cuando disminuyeron los precios internacionales de estos productos, los proyectos se interrumpieron. Sin embargo, la caída de los precios de los productos agrícolas que generaban la mayor parte de la renta nacional del país (por ejemplo, el café, el algodón y el azúcar de caña) impulsó los esfuerzos de industrialización del Gobierno.

En 1976, como consecuencia del inicio de la reforma agraria, las instituciones democráticas incipientes se deterioraron con rapidez. La reforma trataba de corregir los desequilibrios en la propiedad de la tierra en beneficio de los trabajadores, lo que dio lugar a protestas generalizadas. Los intentos de represión no lograron controlar la creciente oposición al Gobierno y, en cambio, aceleraron el deterioro del panorama democrático.

Esos disturbios finalmente desembocaron en una guerra civil, que creció en intensidad y alcance durante la década de 1980. En 1984 llegó al poder el presidente José Napoleón Duarte (1984-1989) tras la celebración de elecciones populares. Su Gobierno llevó a cabo una reforma agraria que expropió a los terratenientes, aprobó una estrategia de sustitución de importaciones para estimular la industria nacional e inició conversaciones para poner fin al conflicto armado en curso. En 1989 Alfredo Félix Cristiani Burkard

¹ Se considera que Centroamérica incluye los países de Belice, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y El Salvador.

² Ver <http://countrystudies.us/el-salvador/19.htm>.

³ Ver <http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=1&idioma=e>.

(1989-1994) ganó las elecciones presidenciales. Su gabinete formalizó los diálogos entre el Gobierno y el movimiento guerrillero, una iniciativa puesta en marcha por el Gobierno anterior, que desembocó en los acuerdos de paz conocidos como Acuerdos de Chapultepec⁴.

El dólar estadounidense es la moneda oficial del país, tras convertirse en moneda de curso legal en 2001. En los años posteriores a la guerra civil, el Gobierno llevó a cabo varias reformas basadas en el mercado. Se eliminaron los controles de precios y se privatizaron varios sectores, como la banca, las telecomunicaciones, partes del sector eléctrico y las pensiones. La política fiscal ha sido conservadora; la carga tributaria del país es una de las más bajas de la región. El Salvador fue el primer país que aplicó el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos de América (CAFTA-DR)⁵, cuyas partes son los Estados Unidos, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana, y ha celebrado acuerdos de libre comercio con otros países de la región. La economía salvadoreña es una de las más abiertas de América Latina⁶.

Desde el restablecimiento de la paz en 1992, se han puesto en marcha procesos democráticos que han garantizado la elección de diferentes gobiernos y la transferencia pacífica del poder entre varios partidos políticos. Entre estos partidos se incluyen ARENA, que estuvo en el poder hasta 2009; el FMLN, que fue el partido gobernante entre 2009 y 2019; y la Gran Alianza por la Unidad Nacional (GANU), cuyo candidato, Nayib Bukele, ganó las elecciones presidenciales en 2019.

En la actualidad, El Salvador se divide en 14 departamentos y 262 municipios. A nivel nacional, el poder ejecutivo está encabezado por un presidente elegido por separado. El poder legislativo recae en la Asamblea Legislativa. La tercera rama, el poder judicial, es independiente.

La economía de El Salvador se ha basado principalmente en la agricultura, aunque en los últimos tiempos se ha diversificado más. El crecimiento del producto interno bruto real de El Salvador alcanzó el 2,3 % en 2017. La agricultura, la ganadería, la silvicultura y la pesca, la industria manufacturera y la minería, y el comercio, la restauración y la hostelería representaron aproximadamente dos tercios del crecimiento observado. El país también experimentó una mejora en la cuenta corriente gracias a los importantes flujos de remesas de los trabajadores.

Sin embargo, El Salvador sigue sufriendo bajos niveles de crecimiento persistentes. Entre 2010 y 2016, el crecimiento real del producto interno bruto fue de un 2,6 % de media, lo que convierte al país en uno de los de menor crecimiento de la región de Centroamérica. El bajo crecimiento del país ha dado lugar a una reducción modesta de la pobreza, pero la pobreza rural sigue siendo elevada⁷.

1.2. Establecimiento de la política de competencia

Las reformas económicas que se llevaron a cabo tras los Acuerdos de Chapultepec en 1992 previeron, entre otras cosas, un compromiso con la competencia y los consumidores. En los 60 días siguientes a la firma de los Acuerdos, el Gobierno presentó a la Asamblea Legislativa una ley de protección al consumidor, que incluía algunas disposiciones relativas a la competencia⁸. Si bien el Código Penal era aplicable a algunos tipos de conducta anticompetitiva —en particular los abusos de posición

⁴ Ver https://www.mined.gob.sv/descarga/cipotes/historia_ESA_TomoI_0_.pdf.

⁵ Ver http://www.sice.oas.org/tpd/usa_cafta/usa_cafta_s.asp.

⁶ Ver <https://www.bcr.gob.sv/bcrsite/uploaded/content/category/2016875237.pdf>.

⁷ Banco Mundial, <https://www.bancomundial.org/es/country/elsalvador/overview>.

⁸ La ley de 1992 se sustituyó por una nueva ley en 1996 y nuevamente en 2005 (Decreto Legislativo n.º 776), 2013 (Decreto Legislativo n.º 286), 2018 (Decreto Legislativo n.º 51) y 2019 (Decreto Legislativo n.º 282).

dominante, como la imposición de los precios de compra o venta, la imposición de condiciones discriminatorias y el reparto de mercados, entre otros—⁹, no hubo enjuiciamientos penales.

Al mismo tiempo, las autoridades empezaron a estudiar la posibilidad de aprobar una Ley de Competencia, pero estos esfuerzos tardaron mucho más tiempo en dar sus frutos que la Ley de Protección al Consumidor. En 1994 se presentó un primer proyecto de Ley de Competencia a la Asamblea Legislativa, pero no se promulgó. En los diez años siguientes se hicieron varias propuestas, pero ninguna se convirtió en ley.

En 2004 fue elegido un nuevo presidente, Elías Antonio Saca, que incorporó en su plan de gobierno la promulgación de la Ley de Competencia. Los expertos llevaron a cabo un estudio de las experiencias internacionales relacionadas con la aplicación de la legislación sobre competencia en otras jurisdicciones, entre ellas España, México, Brasil y la Unión Europea. Se logró un amplio consenso, que incluyó a la comunidad empresarial y a los principales partidos políticos, a favor de la promulgación de una ley¹⁰.

La nueva ley (denominada en adelante «Ley de Competencia») se promulgó en noviembre de 2004 y entró en vigor el 1 de enero de 2006. Desde entonces, la ley se ha reformado dos veces: en 2007 para atribuir nuevas potestades a la Superintendencia y elevar las multas máximas por conductas de particular gravedad¹¹, y en 2017 para mantener su coherencia con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se aprobó ese año.

La Superintendencia comenzó a funcionar en enero de 2006, con el mandato de promover y proteger la competencia para aumentar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor. En más de un decenio de funcionamiento, la Superintendencia ha realizado 28 estudios de las condiciones de competencia en distintos mercados como la electricidad, los medicamentos y los combustibles. Estos análisis, más la emisión de opiniones —relacionadas principalmente con proyectos de leyes, reglamentos y procedimientos de contratación públicos¹²—, las actuaciones previas e investigaciones¹³ o las actividades de abogacía de la competencia, produjeron aproximadamente 500 recomendaciones destinadas a promover una mayor eficiencia y transparencia en los mercados.

Entre 2006 y 2018, la Superintendencia emitió resoluciones sancionadoras en más de 57 investigaciones de prácticas anticompetitivas e impuso multas que superaron los 16,6 millones de dólares estadounidenses (USD) por infracciones de la Ley de Competencia. Sin embargo, solo se ha pagado el 49 % de las multas, lo que significa que el 51 % no se ha pagado. Se ha suspendido el pago del 27 % de las multas por los recursos admitidos en la Corte Suprema de Justicia (incluidos recursos de amparo en la Sala de lo Constitucional), mientras que el 24 % está pendiente de cobro en la Fiscalía General de la República (FGR), a pesar de que los recursos se han desestimado o no han sido objeto de medidas cautelares.

Los problemas relacionados con el cobro de las multas pueden explicar en cierta medida por qué la Superintendencia afirma en su sitio web que urge llevar a cabo una reforma legal que supere las deficiencias normativas existentes, y que se necesita una nueva visión sobre la política nacional de competencia¹⁴. El intento más reciente de reforma de la ley data de 2015, cuando la Superintendencia puso

⁹ Artículo 232 (Monopolio) del Código Penal. Esta disposición se derogó en 2004.

¹⁰ El CAFTA se encontraba en proceso de ratificación en ese momento. En el Tratado no se exigía una ley de competencia, pero parecía darle un impulso indirecto a la ley, ya que el país estaba llevando a cabo otras reformas jurídicas para ajustarse a los requerimientos del Tratado.

¹¹ Decreto Legislativo n.º 436.

¹² Véase el artículo 14, letras l) y m), de la Ley de Competencia de El Salvador.

¹³ Véase el artículo 14, letra h), de la Ley de Competencia de El Salvador.

¹⁴ Ver <https://www.sc.gob.sv/index.php/historia/>

en marcha un proceso transparente y participativo de consulta pública para formular una propuesta de reforma. El objetivo de la consulta era tener en cuenta las contribuciones de los consumidores, las asociaciones y las cámaras empresariales, los bufetes de abogados, el sector público, el mundo académico y cualquier parte interesada en participar en el proceso. En el primer trimestre de 2018, la Superintendencia envió una propuesta de reforma a la Secretaría para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República. En febrero de 2019, esta propuesta se estaba modificando para armonizarla con la Ley de Procedimientos Administrativos que entró en vigor en ese momento.

La propuesta de 2018 contiene reformas que se consideran necesarias para una mayor eficacia de la Ley de Competencia, entre las que se incluyen las siguientes:

- Reformulación y aclaración de determinadas descripciones de las prácticas anticompetitivas y las sanciones.
- Mejora del desarrollo del programa de clemencia.
- Mejora de la eficiencia del control de las concentraciones y los procedimientos [enforcement] coercitivos. Con respecto al control de las concentraciones, la propuesta pretende aclarar la definición de concentración económica y que el control puede lograrse a través de diversos mecanismos de hecho o de derecho.
- Con respecto a la aplicación de las normas de competencia, la propuesta se centra en las actuaciones previas, que son las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios de la Superintendencia para determinar si puede haber problemas de competencia o infracciones de la Ley de Competencia antes de abrir una investigación formal conducente a un posible procedimiento sancionador¹⁵.
- Agilizar trámites para el inicio de estudios e investigaciones.
- Reducción de los umbrales de control de las concentraciones para adaptarlos a la realidad de El Salvador a la luz del análisis y la evaluación de los umbrales actuales realizados por la Superintendencia. El tamaño relativamente pequeño de la economía nacional implica que la mayoría de las transacciones con posibilidades de afectar a la competencia en el mercado de El Salvador no alcanzan los umbrales actuales establecidos en la Ley de Competencia.
- Establecimiento de una renovación gradual del Consejo Directivo de la Superintendencia.
- Fortalecimiento de la Superintendencia mediante la regulación de las circunstancias en las que puede suplirse a los miembros del Consejo Directivo, incluido el superintendente, y el establecimiento del proceso que debe seguir esta suplencia.
- Establecimiento de un artículo específico que explicita el contenido de las actividades de abogacía de la competencia como atribución específica de la Superintendencia. Las disposiciones legales vigentes sobre la abogacía de la competencia describen atribuciones específicas del superintendente y el Consejo Directivo en el ejercicio de sus competencias.

¹⁵ Las actuaciones previas son el conjunto de acciones llevadas a cabo por la Superintendencia, con anterioridad al inicio de una investigación formal, para compilar indicios que fundamenten la hipótesis de la existencia de una o varias prácticas anticompetitivas.

1.3. Objetivos de la política

La política de competencia se basa en la Constitución de El Salvador, que se aprobó en 1983. El artículo 101 exige que el Estado promueva el desarrollo económico y social, entre otras cosas mediante el incremento de la productividad, la racional utilización de los recursos y la defensa del interés de los consumidores. El artículo 102 garantiza la libertad económica y el artículo 110 prohíbe la creación de monopolios salvo a favor del Estado o de los municipios, e incluso estos solo pueden establecerse cuando el interés social lo haga imprescindible. El artículo 110 prohíbe además las prácticas monopolísticas, a fin de garantizar la libertad empresarial y la protección de los intereses del consumidor.

La Ley de Competencia se basa en lo que hoy han pasado a ser objetivos universalmente aceptados de la política de competencia: la mejora de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. El artículo 1 de la ley dispone lo siguiente:

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

Varios regímenes regulatorios complementarios promueven objetivos similares y conexos en sus respectivos sectores. Se examinan más adelante en la sección 4.

2. Marco institucional

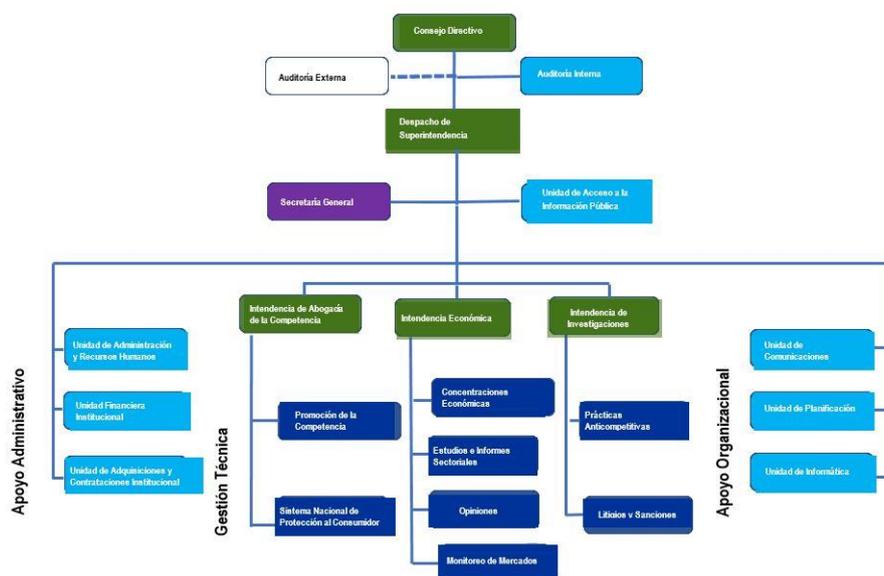
2.1. Instituciones de la política de competencia

2.1.1. La Superintendencia

La Superintendencia de Competencia es una de las distintas superintendencias independientes de El Salvador¹⁶. Algunos reguladores sectoriales adoptan la forma de «superintendencia». La Superintendencia forma parte del poder ejecutivo; dispone de un presupuesto separado aprobado por el Consejo Directivo y presentado a través del Ministerio de Economía al Ministerio de Hacienda.

En el siguiente gráfico se presenta un organigrama de la estructura de la Superintendencia.

Gráfico 1. Estructura de la Superintendencia de Competencia de El Salvador



Fuente: Superintendencia.

En el momento de la publicación, la institución contaba con 52 servidores públicos, distribuidos en las siguientes unidades organizativas: superintendente (1), intendencias (30), unidades de apoyo (6), unidades administrativas (11), auditoría interna (1), acceso a información pública (1) y Secretaría General (1). El presupuesto de la institución para el año 2018 era de 2 558 808 USD, financiados en su totalidad por el Fondo General de la Nación (es decir, los presupuestos del Gobierno).

¹⁶ Artículo 3 de la Ley de Competencia: «Créase la Superintendencia de Competencia como una Institución de Derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la presente Ley y en las demás disposiciones aplicables».

El superintendente y el Consejo Directivo

El superintendente delega la instrucción del procedimiento de investigación en el intendente de investigaciones para agilizar el proceso, mientras se reserva la posibilidad de asumir el control de la investigación de manera directa, en caso necesario. El intendente, con la asistencia de su personal, prepara y envía el expediente de investigación al Consejo Directivo.

Las funciones del Consejo Directivo incluyen:

- Resolver los casos de su competencia;
- Imponer sanciones conforme a la ley;
- Ordenar y contratar la realización de estudios de mercado y consultorías específicas sobre aspectos técnicos;
- Instruir al superintendente para que inicie investigaciones de oficio;
- Ordenar el cese de las prácticas anticompetitivas;
- Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad con la ley;
- Conocer y resolver sobre el recurso de revisión interpuestos contra las resoluciones de la Superintendencia;
- Informar a los entes reguladores, cuando producto de la investigación de una práctica anticompetitiva se determine que la causa o el problema tenga su origen en las regulaciones de dichos entes, a fin de que tomen las medidas correspondientes;
- Emitir, a requerimiento o de oficio, opinión sobre ordenanzas o reglamentos en los que pudiere limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia;
- Emitir, a requerimiento o de oficio, opinión sobre los procedimientos de contratación y adquisición públicos, en los que pudiere limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia;
- Estudiar y someter a consideración propuestas de reformas a la Ley de Competencia y su Reglamento;
- Emitir un glosario de términos utilizados para la aplicación de la Ley de Competencia; y
- Aprobar el Presupuesto Anual de Gastos de Funcionamiento.

El Consejo Directivo está formado por el superintendente y dos directores. Además de los tres miembros del Consejo con derecho de voto, también se nombran tres directores suplentes para ejercer cuando no puede hacerlo un miembro con derecho de voto. Los directores suplentes pueden expresar su opinión, pero no pueden votar en el proceso de toma de decisiones.

El artículo 9 de la Ley de Competencia establece las cualificaciones necesarias de los miembros del Consejo:

«El Superintendente y los Directores deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años de edad, con grado universitario en economía, derecho, administración de empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, probidad notoria, con conocimiento y experiencias en las materias relacionadas con sus atribuciones y estar en posesión de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los cinco años anteriores al nombramiento».

El superintendente y todos los miembros del Consejo son nombrados por el presidente de El Salvador por un período de cinco años y pueden ser reelegidos. El presidente de El Salvador no está obligado a seguir ningún procedimiento formal para seleccionar a los miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia, ni su decisión está sujeta a control externo (por ejemplo, por el Congreso).

En teoría, los mandatos de todos los miembros del Consejo expirarían al mismo tiempo, pero actualmente hay un miembro que fue nombrado para sustituir a otro y su mandato terminará tres años después del mandato del resto de los miembros del Consejo¹⁷.

A pesar de ello, el mecanismo de nombramiento actual podría crear problemas cuando se sustituya a los miembros del Consejo Directivo. Desde el punto de vista técnico, este mecanismo de nombramiento podría dar lugar a una pérdida repentina de especialización y continuidad en el Consejo. Además, la posibilidad de nombrar un nuevo Consejo Directivo completo podría crear una percepción de politización de la Superintendencia e invitar a la interferencia política en la labor de esta última¹⁸.

Los directores ejercen sus funciones a tiempo parcial, y solo el superintendente trabaja para la Superintendencia a tiempo completo. Teniendo esto en cuenta, los miembros del Consejo desempeñan otros trabajos a tiempo completo. Hasta la fecha, los miembros del Consejo vienen de la comunidad académica o de otros organismos públicos. En un único caso, un miembro del Consejo procedía del sector privado, pero cumplía las disposiciones relativas a las inhabilidades para ejercer como miembro del Consejo establecidas en la Ley de Competencia¹⁹.

El hecho de que los miembros del Consejo provengan de otra rama del gobierno en la que siguen trabajando puede comprometer la independencia del Consejo e introducir consideraciones regulatorias en las evaluaciones de la competencia, aun cuando no existan indicios de que esto haya ocurrido hasta ahora o de que las decisiones del Consejo se hayan visto afectadas por interferencias externas.

Una cuestión conexas que crea esta situación se refiere a posibles conflictos de interés. Aunque la ley regula la excusa y la recusación de los miembros del Consejo²⁰, puede suceder que un caso o una investigación esté relacionado con un asunto que también se esté examinando en un ministerio u organismo para el que el miembro del Consejo trabaje a tiempo completo.

Los miembros del Consejo perciben dietas por relación con las sesiones a las que asisten²¹. Su remuneración se fija en la Ley de Salarios que figura en el presupuesto anual de El Salvador. El superintendente, que trabaja a tiempo completo, percibe un salario, el cual se establece en el presupuesto de la Superintendencia, que a su vez forma parte del presupuesto anual de El Salvador aprobado por el Congreso a propuesta del poder ejecutivo.

¹⁷ Cuando un miembro del Consejo dimite, en la mayoría de los casos se nombra un sucesor para concluir el mandato del miembro original. Solo en un caso se ha nombrado un sucesor para cumplir un mandato completo de cinco años.

¹⁸ Sin embargo, los mandatos de los directores no coinciden con el del presidente del país, cuyo mandato es también de cinco años. El mandato de los directores actuales expira a finales de 2020, excepto el de uno que expira en 2023. El mandato del presidente expira en 2024.

¹⁹ En particular el artículo 10.

²⁰ El artículo 12 de la Ley de Competencia dispone que, cuando el miembro tenga un conflicto de interés debido a que el asunto que se está investigando afecta a un ministerio u organismo en el que el miembro trabaja a tiempo completo, el miembro del Consejo deberá excusarse obligatoriamente. Esto significa que este miembro del Consejo no puede estar presente en la reunión del Consejo en la que se debata y se decida el asunto en cuestión. La Ley de Procedimientos Administrativos añade otras consideraciones para la recusación.

²¹ También perciben dietas los miembros suplentes por cada sesión a la que asisten, aunque no pueden votar.

El Consejo está obligado por ley a sesionar al menos una vez al mes. En la práctica sesiona con más frecuencia, normalmente una vez a la semana. Los miembros del Consejo solo reciben dietas por un máximo de cuatro sesiones al mes. Las sesiones por lo general duran entre tres y cuatro horas. Los directores a menudo dedican tiempo adicional a preparar las reuniones, revisar expedientes, etc. Además, si bien el superintendente se encarga, con arreglo a la Ley de Competencia, de gestionar y supervisar las actividades de la Superintendencia a diario, el Consejo Directivo tiene un papel integral en el funcionamiento del organismo.

Los miembros del Consejo Directivo solo pueden ser removidos por causa justificada —es decir, por una de las causas señaladas en el artículo 11 de la Ley de Competencia de El Salvador— o al término de su mandato. El presidente de la República solo puede calificar o declarar la remoción por causa justificada, de oficio o a petición de cualquier interesado, después de escuchar a la parte afectada y siguiendo el debido proceso de conformidad con el artículo 11 de la Constitución.

Sin embargo, es costumbre que los titulares de los organismos públicos pongan su cargo a disposición del presidente cuando llega al poder un nuevo Gobierno, aunque su mandato todavía no haya finalizado ni esté llegando a su fin. Este es también el caso de la Superintendencia de Competencia, en la que el superintendente, de manera habitual, ha puesto su cargo a disposición del presidente. El presidente que asumió el poder en 2014 mantuvo al Superintendente en funciones, mientras que, durante la elaboración del presente informe, el nuevo presidente aceptó la dimisión del entonces superintendente.

Por otro lado, el Consejo Directivo ha concluido su mandato pese a los cambios en la presidencia de El Salvador desde 2006.

Personal y recursos de la Superintendencia

Los contactos durante la misión de investigación señalaron que el presupuesto de la Superintendencia es sustancialmente inferior al de otras instituciones salvadoreñas comparables. Los datos más recientes indican que, en los últimos cinco años (2015-2019), el monto aprobado en la Ley de Presupuesto para la Superintendencia se ha mantenido constante como el séptimo más bajo de los entre 41 y 43 organismos públicos autónomos clasificados anualmente como «Instituciones Descentralizadas no Empresariales» (las cuales engloban a una serie de organismos públicos que disfrutan de autonomía del Gobierno central)²². En 2019 solo seis instituciones contaban con un presupuesto menor que la Superintendencia, tres de las cuales pertenecen al ramo económico (Consejo Nacional de Energía, Consejo de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública y Auditoría, e Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo). Esto significa que el presupuesto de la Superintendencia para 2019 es el cuarto más bajo de las 11 instituciones que se ocupan de asuntos económicos.

²² Se excluyen 30 hospitales nacionales, todos con un presupuesto superior al de la Superintendencia.

Tabla 1. Presupuesto de los organismos públicos de El Salvador

	Partida presupuestaria	Tipo de órgano estatal	Institución	Presupuesto aprobado (Ley de Presupuesto, millones de USD)				
				2019	2018	2017	2016	2015
1	Presidencia	Autonomía	Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local (FISDL)	70 778 480 USD	74 058 445 USD	67 275 145 USD	66 667 825 USD	87 106 530 USD
2	Economía	Patrimonio propio administrado por el FISDL	Fondo de Inversión Nacional en Electricidad y Telefonía (FINET)	64 207 930 USD	50 207 460 USD	147 065 USD	463 785 USD	795 195 USD
3	Economía	Autonomía	Centro Nacional de Registros (CNR)	49 946 315 USD	61 333 475 USD	59 729 930 USD	55 624 870 USD	48 104 830 USD
4	Economía	Regulador	Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET)	24 499 975 USD	23 500 000 USD	19 833 105 USD	15 522 615 USD	14 324 900 USD
5	Tribunal Supremo Electoral	Autonomía	Registro Nacional de las Personas Naturales (RNPN)	19 264 545 USD	31 156 495 USD	15 634 155 USD	15 634 155 USD	15 442 600 USD
6	Turismo	Organismo autónomo	Corporación Salvadoreña de Turismo (CORSATUR)	14 284 398 USD	13 949 290 USD	15 864 130 USD	15 228 510 USD	13 697 505 USD
7	Presidencia	Organismo rector de deportes	Instituto Nacional de los Deportes (INDES)	13 058 125 USD	12 186 195 USD	12 331 945 USD	12 451 945 USD	12 839 165 USD
8	Economía	Autonomía	Centro Internacional de Ferias y Convenciones (CIFCO)	10 200 000 USD	10 074 930 USD	8 710 035 USD	7 754 045 USD	6 263 915 USD
9	Salud	Autonomía	Dirección Nacional de Medicamentos (DNM)	7 201 425 USD	7 882 480 USD	6 803 545 USD	7 204 855 USD	7 204 855 USD
10	Economía	Autonomía	Comisión Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (CONAMYPE)	7 054 935 USD	8 375 095,77 USD *	N/A	N/A	N/A
11	Turismo	Autonomía	Instituto Salvadoreño de Turismo (ISTU)	6 189 129 USD	6 026 335 USD	6 120 900 USD	6 143 505 USD	5 028 795 USD
12	Economía	Autonomía	Defensoría del Consumidor (DC)	5 972 020 USD	5 670 330 USD	5 650 840 USD	5 650 840 USD	5 647 100 USD
13	Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano	Regulador	Autoridad Marítima Portuaria (AMP)	4 619 700 USD	4 564 700 USD	3 818 300 USD	3 161 010 USD	2 950 890 USD
14	Obras Públicas, Transporte, Vivienda y Desarrollo Urbano	Regulador	Autoridad de Aviación Civil (AAC)	3 800 000 USD	3 762 160 USD	3 435 255 USD	3 612 855 USD	3 008 450 USD
15	Presidencia	Autonomía	Organismo Promotor de Exportaciones e Inversiones de El Salvador (PROESA)	3 156 670 USD	4 459 320 USD	6 302 810 USD	5 993 235 USD	7 452 550 USD

Partida presupuestaria	Tipo de órgano estatal	Institución	Presupuesto aprobado (Ley de Presupuesto, millones de USD)					
			2019	2018	2017	2016	2015	
16	Economía	Autonomía	Consejo Nacional de Calidad (CNC)	2 841 898 USD	2 877 798 USD	3 091 190 USD	2 854 565 USD	2 649 325 USD
17	Economía	Organismo técnico autónomo	Superintendencia de Competencia (SC)	2 661 308 USD	2 561 308 USD	2 557 540 USD	2 557 540 USD	2 556 810 USD
18	Salud	Autonomía (funcionamiento y toma de decisiones), funciones regulatorias	Consejo Superior de Salud Pública (CSSP)	2 357 595 USD	2 247 045 USD	2 200 000 USD	2 133 090 USD	2 289 555 USD
19	Agricultura y Ganadería, Economía (2015)	Autonomía	Consejo Salvadoreño del Café	1 575 263 USD	1 562 721 USD	1 524 475 USD	1 553 220 USD	1 593 415 USD
20	Economía	Autonomía	Consejo Nacional de Energía (CNE)	1 496 646 USD	1 471 376 USD	1 468 260 USD	1 468 260 USD	1 467 660 USD
21	Economía	Autonomía	Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo (INSAFOCOOP)	1 330 240 USD	1 329 590 USD	1 322 055 USD	1 322 055 USD	1 320 600 USD
22	Economía	Organismo técnico, autónomo en lo administrativo	Consejo de Vigilancia de la Profesión de Contaduría Pública y Auditoría	564 515 USD	300 880 USD	299 865 USD	299 865 USD	290 870 USD
Presupuesto de la Superintendencia en comparación con otros organismos públicos autónomos en el presupuesto de El Salvador				36 \ 43	35 \ 42	34 \ 42	33 \ 41	33 \ 41

Nota: * Esta comparación excluye a 30 hospitales públicos que disfrutaban de esta condición.

Fuente: El Salvador.

La estructura salarial de la Superintendencia se ha mantenido constante desde 2006, cuando empezó a funcionar. La estructura salarial actual se establece en un «Acuerdo de Superintendente» de 4 de noviembre de 2016, que entró en vigor en enero de 2017. Los 52 puestos de la Superintendencia se clasifican en 16 categorías. Las modificaciones principales desde 2006 simplemente reflejan la apertura de nuevos puestos durante este período.

La Superintendencia ha elaborado una propuesta preliminar para actualizar su política salarial, que aún está en análisis. Esta política desarrolla una estructura salarial para la Superintendencia²³ que se basa en la intersección de dos variables principales. La primera variable es la equidad interna, es decir, la relación entre los salarios y otros puestos dentro de la institución: funciones, competencias, requisitos y atribuciones. La segunda variable es la equidad externa, es decir, la relación entre los salarios y puestos similares en instituciones hermanas o relacionadas en el mercado laboral, representada por la tabla de percentiles de salarios de mercado. La equidad externa se establece a través de un estudio de mercado de salarios de instituciones comparables.

²³ Borrador: Política de remuneraciones y compensaciones de la superintendencia de competencia. Superintendencia de Competencia El Salvador.

La estructura salarial de la Superintendencia tiene ocho grupos profesionales, en los que se agrupan puestos similares:

1. Superintendente
2. Intendente
3. Coordinador
4. Jefes de unidades organizativas
5. Analistas
6. Técnicos expertos
7. Técnicos de apoyo
8. Personal operativo

La Superintendencia define una estructura salarial equitativa y justa con un percentil de mercado de 50 para los grupos profesionales de Intendencia, Coordinaciones y Jefes de unidades organizativas. Los grupos profesionales de Analistas, Técnicos (expertos), Técnicos (de apoyo) y Personal operativo quedan comprendidos en el percentil 75.

Dentro hay siete niveles. Los niveles se establecen en función del promedio de tiempo que permanece una persona en el mismo puesto y la movilidad del puesto dentro de la Superintendencia. La Superintendencia define un porcentaje diferencial del 6 % entre un nivel y otro para las bandas salariales de los grupos profesionales de Coordinaciones, Jefes de unidades organizativas y Técnicos (de apoyo); el 8 % para la banda salarial del grupo profesional de Analistas, Técnicos (expertos) y Personal operativo; y el 5 % para el grupo profesional de Intendencia.

Establecimiento de prioridades y seguimiento operativo

Una de las primeras tareas de la Superintendencia en 2006 fue elaborar un plan quinquenal para el período 2006-2011, en el que se articulaban los objetivos estratégicos para el organismo durante ese período. El plan establecía metas numéricas específicas para diversos tipos de actividades, por ejemplo, «número de casos de prácticas anticompetitivas resueltos» o «informes que contienen recomendaciones sobre leyes y reglamentos». Este plan original hacía hincapié en la abogacía de la competencia, especialmente en lo referente a educar al público sobre la política de competencia, al tiempo que se centraba en la puesta en marcha de medidas coercitivas en materia de competencia.

El marco general actual para la planificación estratégica institucional de la Superintendencia, que abarca el período 2017-2020, incluye tres elementos marco, aplicables a distintas unidades organizativas:

- El Plan Estratégico Institucional (PEI), para un período de cuatro años, que establece las principales líneas estratégicas de las acciones de la Superintendencia durante este período. Define las acciones y objetivos estratégicos, así como los resultados necesarios para cumplirlos, y los indicadores y metas que demostrarán su consecución. El PEI actual abarca el período 2017-2020.
- Planes Operativos Anuales (POA), que definen las actividades globales que guiarán la labor de las distintas unidades estratégicas de la Superintendencia para garantizar que cumplan los objetivos institucionales programados.
- Seguimiento y evaluación de los POA y el PEI: el desempeño de cada unidad organizativa se evalúa trimestralmente en lo que respecta a los POA y cada seis meses en lo que respecta a los POA y el PEI.

Varios indicadores de desempeño institucional permiten a la Superintendencia realizar un seguimiento de la ejecución de las actividades programadas en los respectivos planes y el cumplimiento de los objetivos establecidos en ellos. Además, durante el anterior Gobierno presidencial, la Superintendencia hizo un seguimiento de sus avances en relación con la consecución de los objetivos programados en la matriz de indicadores estratégicos sobre la base de las líneas de actuación del Plan Quinquenal de Desarrollo 2014-2019 aprobado por el anterior Gobierno salvadoreño.

De forma complementaria, la Superintendencia registra información operativa esencial que le permite conocer y supervisar su eficiencia en la ejecución de determinados procesos, a efectos internos. Estos registros históricos sobre la ejecución de determinadas tareas, que se traducen en indicadores operativos adicionales, no son públicos y se incluyen en el Sistema de Gestión y Seguimiento de Casos Institucionales (SIGCI) creado en 2014.

Por último, en el marco de la reciente aprobación en diciembre de 2018 de la Ley de Mejora Regulatoria, aprovechando el acuerdo firmado entre el Organismo de Mejora Regulatoria (OMR) y la Superintendencia, esta última ha acordado sumarse a un plan piloto para la mejora regulatoria propuesto por el OMR. La fase exploratoria de este plan piloto está prevista para 2019.

Medios de comunicación y percepción pública

En 2018 la Superintendencia encargó a una empresa de consultoría un estudio de percepción centrado principalmente en su imagen institucional para estudiar las percepciones de sus principales públicos clave. En concreto, en el estudio se examinaron las actuaciones llevadas a cabo por la Superintendencia de acuerdo con los objetivos de su Plan Estratégico.

La calificación promedio de la Superintendencia (de 0 % a 100 %, siendo 100 % el mejor resultado) fue del 82 %. A un nivel más detallado, los promedios fueron los siguientes: Conocimientos; 92 %; Imagen y percepción: 83 %; Desempeño: 91 %; y Comunicación: 62 %. En el estudio se reconoció que la Superintendencia se esfuerza por comunicarse en los medios de difusión y que la comunicación de casos emblemáticos ha sido eficaz, especialmente en redes sociales.

Sin embargo, el 38 % de los entrevistados consideraron que las iniciativas de publicación y comunicación de la Superintendencia eran escasas, o no expresaron ninguna opinión. A este respecto, la Superintendencia ha tomado medidas para tener en cuenta las conclusiones del estudio relativas a sus actividades de comunicación. Propuso una estrategia sobre comunicación digital y medios para publicitar sus actividades de manera más agresiva, que ha dado lugar a la adopción de herramientas de comunicación más integrales y transversales, que abarcan todos los proyectos e iniciativas de la institución.

Otro importante aspecto de esta estrategia ha sido la creación de un sistema de monitoreo de la información basado en la inteligencia mediática, que permite a la Superintendencia interactuar de manera estratégica y proactiva con los medios de comunicación.

2.1.2. Otros organismos públicos

Todas las instituciones y entes públicos de El Salvador están sujetos a la Ley de Competencia. Por lo tanto, en sentido general, y dentro de los límites de sus propias atribuciones, estos organismos también tienen la responsabilidad de promover y proteger la competencia.

2.2. Marco jurídico sustantivo

2.2.1. *Ámbito de aplicación de la Ley de Competencia*

El artículo 2 de la Ley de Competencia dispone lo siguiente:

«Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas. No obstante lo anterior, esta Ley no aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los Municipios».

De conformidad con esta disposición, todos los agentes económicos están sujetos a la Ley de Competencia, ya sean personas naturales, personas jurídicas, entidades estatales o municipales, empresas públicas, asociaciones cooperativas o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas. No existen normas especiales ni excepciones para las pequeñas y medianas empresas.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de la Ley de Competencia no se extiende a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reservan exclusivamente al Estado o los municipios cuando son proveedores directos de servicios, aunque un contratista privado que preste esos mismos servicios está sujeto a la ley. No obstante, en lo que no concierne a esas actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los municipios están obligados a acatar las disposiciones de la Ley de Competencia.

Entre los servicios públicos prestados exclusivamente por el Estado o los municipios figuran, por ejemplo, el alcantarillado, la prestación de servicios de limpieza y barrido de calles, el transporte local y otros cuya prestación es responsabilidad de los municipios (de conformidad con el Código Municipal) o el Estado, con arreglo a la legislación nacional.

En particular, el Código Municipal reserva a los municipios el derecho a explotar y regular mercados locales como tianguis, rastros, mataderos, recogida de desechos sólidos, cementerios, servicios funerarios y loterías. Si un municipio presta estos servicios, no está sujeto a la Ley de Competencia, mientras que un contratista privado que preste tales servicios debe observar las normas de competencia.

2.2.2. *Disposiciones sustantivas en materia de competencia*

En la mayoría de los aspectos, la ley se estructura como muchas otras leyes de competencia. Aborda las tres formas comunes de conducta anticompetitiva: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante y concentraciones anticompetitivas. Emplea las tres pruebas sustantivas comúnmente utilizadas para cada uno de estos tres tipos de conducta, como los acuerdos horizontales y verticales, el abuso de posición dominante y las concentraciones anticompetitivas.

Acuerdos anticompetitivos

El artículo 25 de la Ley de Competencia prohíbe los acuerdos entre competidores y enumera cuatro tipos tradicionales de conducta de cártel: fijación de precios u otras condiciones de compra o venta, fijación de cantidades de producción, colusión en licitaciones y división del mercado. Aunque no se establece de forma explícita en la ley, la Superintendencia ha adoptado una prohibición *per se* en relación con estas prácticas, que ha sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Si bien la lista de acuerdos horizontales anticompetitivos se limita a las prácticas que se prohíben *per se*, el artículo 12 del reglamento de la Ley (en adelante, el «Reglamento»)²⁴ establece una lista larga y no exhaustiva de factores que deben tenerse en cuenta al valorar la existencia de un acuerdo horizontal anticompetitivo²⁵. Entre ellos se incluyen la existencia de precios paralelos que no pueden atribuirse a las condiciones de mercado; pruebas de que se han sostenido reuniones u otras formas de comunicación; la existencia de instrucciones o recomendaciones formuladas por las asociaciones gremiales; pruebas de mecanismos de fiscalización o control para el acuerdo anticompetitivo; el hecho de que el número de competidores sea reducido; la existencia de leyes o reglamentos que faciliten los acuerdos anticompetitivos; la existencia de diferencias inexplicables entre los precios nacionales e internacionales; y, en el caso de la colusión en licitaciones, la presentación de ofertas inusualmente similares que no pueden explicarse por las fuerzas del mercado.

Los artículos 26 y 27 de la Ley de Competencia también prohíben las «prácticas anticompetitivas entre no competidores», que incluyen tanto los acuerdos verticales como la conducta unilateral. El artículo 27 dispone que tales prácticas solo se prohibirán cuando las empresas, «actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante». El artículo 27 dispone, asimismo, que se aplica la regla de la razón a las prácticas anticompetitivas entre no competidores. Además, el artículo 14 del Reglamento prevé la posibilidad de considerar si hay ganancias en eficiencia en el contexto de los acuerdos entre no competidores, posibilidad que no se reconoce en el caso de los acuerdos horizontales.

El artículo 26 menciona algunos tipos particulares de prácticas anticompetitivas entre no competidores: ventas condicionadas y acuerdos de venta exclusiva. Sin embargo, la lista no es exhaustiva. Al igual que en el caso de los acuerdos horizontales, el Reglamento enumera en su artículo 13 algunos criterios orientadores que deben tenerse en cuenta al determinar si una práctica vertical es anticompetitiva, entre ellos si las restricciones dan lugar a la exclusión del mercado durante un tiempo superior a aquel que resultaría de una «explicación económicamente legítima», si existen leyes o reglamentos que facilitan prácticas anticompetitivas, y si las partes que disfrutaban de condiciones de exclusividad se benefician de condiciones de comercialización favorables que no están justificadas por ganancias en eficiencia²⁶.

En caso de que exista un acuerdo anticompetitivo, la Superintendencia puede imponer una sanción de hasta 5 000 salarios mínimos mensuales en la industria (alrededor de 1 520 850 USD)²⁷ o bien, si la infracción es de particular gravedad: i) hasta el 6 % de las ventas totales anuales de una empresa en El Salvador; ii) hasta el 6 % del valor de los activos totales de una empresa en El Salvador; iii) entre dos y diez veces la ganancia estimada derivada de la práctica ilícita.

Abuso de posición dominante

El artículo 29 de la Ley de Competencia enumera una lista de factores que son pertinentes para determinar la posición dominante, mientras que el artículo 30 prohíbe la conducta abusiva y describe algunas conductas que equivalen a abuso de posición dominante. En el Reglamento se enumeran, asimismo, algunos indicadores de posición dominante (como la estructura de mercado y la existencia de barreras de entrada) y de conducta abusiva (entre ellos, el incremento de los costos de entrada o de salida, la creación de dificultades para acceder a insumos de producción, el uso de las ganancias obtenidas con la

²⁴ Decreto Ejecutivo n.º 126, de 5 de diciembre de 2006, modificado en 2008 y 2013.

²⁵ Artículo 12.

²⁶ Artículo 13 del Reglamento.

²⁷ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

comercialización de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro, y la discriminación comercialmente injustificada de algunos compradores imponiéndoles precios distintos de los de otros)²⁸.

Si bien es cierto que ni el artículo 29 ni el 30 se refieren a la posición dominante conjunta, puede decirse que la Superintendencia ha aceptado de forma implícita que el concepto se aplica también a los casos de abuso de posición dominante, que se analizarán con mayor detalle más adelante²⁹. Por otro lado, la Superintendencia nunca ha adoptado expresamente este concepto.

En caso de abuso de la posición dominante, la Superintendencia puede imponer una sanción de hasta 5 000 salarios mínimos mensuales en la industria (alrededor de 1 520 850 USD)³⁰, o la mayor de las siguientes cantidades: i) hasta el 6 % de las ventas totales anuales de una empresa en El Salvador; ii) hasta el 6 % del valor de los activos totales de una empresa en El Salvador; iii) entre dos y diez veces la ganancia estimada derivada de la práctica ilícita.

Control de las concentraciones

Hay una serie de transacciones que, por superar determinados umbrales, están sujetas al análisis de las concentraciones y deben notificarse a la Superintendencia y ser aprobadas por ella antes de que puedan llevarse a cabo. Las disposiciones relativas a control de las concentraciones se extienden a las concentraciones en los sectores regulados. La decisión de la Superintendencia es vinculante para los reguladores sectoriales, aunque el regulador también puede tener la facultad de impedir una concentración por motivos regulatorios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Competencia, existe concentración cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí celebren acuerdos que den lugar a la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o en partes, o 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 otro agente económico.

El artículo 33, que establece los umbrales de notificación aplicables, dispone que las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a 50 000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria o aquellas cuyos ingresos totales excedan a 60 000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia.

La siguiente tabla muestra los umbrales en dólares de los Estados Unidos de América (USD). Con el tipo de cambio actual, el umbral basado en los activos es igual a 182,5 millones de USD (activos totales que excedan de 50 000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria), mientras que el umbral basado en los ingresos asciende a 219 millones de USD (ingresos totales que excedan a 60 000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria). Si una transacción alcanza este umbral, puede prohibirse si limita significativamente la competencia³¹.

²⁸ Artículos 16 (sobre indicadores de posición dominante) y 17 (sobre indicadores de abuso de posición dominante) del Reglamento.

²⁹ En su análisis expuesto en el caso de los combustibles, que todavía se encuentra en revisión judicial.

³⁰ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

³¹ Artículo 34.

Tabla 2. Umbrales de notificación de concentraciones

		Umbral (en SMAI)	Equivalente monetario (millones de USD)
Tipo	Activos	50 000	182,5
	Ingresos	60 000	219

Nota: SMAI: Salario mínimo anual en la industria³².

Fuente: Superintendencia.

Si una concentración que requiere autorización no se notifica, la Superintendencia puede imponer una sanción equivalente a la de la infracción de las normas antimonopolio, es decir, 5 000 salarios mínimos mensuales en la industria (alrededor de 1 520 850 USD)³³ o la mayor de las siguientes cantidades: i) hasta el 6 % de las ventas totales anuales de una empresa en El Salvador; ii) hasta el 6 % del valor de los activos totales de una empresa en El Salvador; iii) entre dos y diez veces la ganancia estimada derivada de la práctica ilícita.

Por otra parte, en el caso de una concentración en la que una parte no cumpla una condición establecida en una resolución final del Consejo, puede multarse a ese agente económico con hasta 5 000 salarios mínimos mensuales urbanos (alrededor de 1 520 850 USD)³⁴ por cada día que transcurra sin que cumpla lo ordenado.

2.3. Potestades y procedimientos coercitivos

Los procedimientos relativos a la notificación y examen de las concentraciones se describen en la sección 3.4.2. La presente sección se centrará principalmente en los procedimientos vinculados a las prácticas anticompetitivas y las potestades de investigación. Estas se establecen en los artículos 40 a 49 de la Ley de Competencia y en los artículos 24 a 77 del Reglamento.

2.3.1. Potestades de investigación

La Superintendencia dispone de todas las potestades de investigación que normalmente se atribuyen a una agencia de competencia³⁵. Aunque estas potestades son habituales para tales agencias, no son comunes en El Salvador. Dichas potestades incluyen:

- La potestad de solicitar a cualquier parte, incluido cualquier entidad u órgano gubernamental, que suministre información y documentos.
- La potestad de citar a testigos.
- La potestad de realizar inspecciones en los locales del agente económico, examinando documentos y tomando declaraciones. Cabe señalar que estas inspecciones exigen que la Superintendencia avise con tres días de antelación.
- La potestad de llevar a cabo allanamientos.

³² El salario mínimo actual se estableció mediante el Decreto Ejecutivo n.º 104, de 21 de diciembre de 2017, y se publicó en el Diario Oficial n.º 240, tomo 417, de 22 de diciembre de 2017. Esta cantidad corresponde al salario mínimo de julio de 2019. Obsérvese que los salarios mínimos son objeto de revisión periódica.

³³ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Se establecen en el artículo 44 de la Ley de Competencia y el artículo 47 del Reglamento.

2.3.2. *Allanamientos y clemencia*

Como se señaló anteriormente, las reformas de 2007 atribuyeron a la Superintendencia dos nuevas herramientas importantes para sus actividades de lucha contra los cárteles: las potestades para llevar a cabo allanamientos y crear un programa de clemencia³⁶.

Por lo que respecta a los allanamientos, la Superintendencia debe obtener autorización de un juez antes de la inspección. La petición en la que se solicita esta autorización debe cumplir los requisitos establecidos en la Ley de Competencia. Debe describir, entre otras cosas, la conducta objeto de la investigación, las partes involucradas, la dirección de los inmuebles que se registrarán, los elementos probatorios que pretenden recabarse en el lugar, y las razones que justifican la necesidad de un registro o allanamiento. El juez debe emitir su decisión en un plazo de 24 horas desde la presentación de la solicitud.

Hasta la fecha, la Superintendencia solo ha investigado un caso en el que se recabaron pruebas mediante allanamientos, en concreto el caso de la harina de trigo que se examinará en detalle en la sección 3.1.1.

En 2017 se modificó la Ley de Competencia a fin de aclarar en qué juzgados debe solicitar la Superintendencia autorización para llevar a cabo un allanamiento. El objetivo de esa modificación era mantener la coherencia con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promulgada en 2017.

La modificación de la ley en 2007 también establecía que la Superintendencia puede otorgar clemencia. Sin embargo, solo puede otorgarse clemencia al primer solicitante, que debe suministrar pruebas suficientes de la existencia de un cártel y de su participación en él. Este solicitante debe cooperar plenamente en la investigación de la Superintendencia. Además, la ley no exige a los solicitantes a los que se concede clemencia de la imposición de multas y otras sanciones, sino que se limita a otorgar a la Superintendencia la facultad discrecional de reducir la multa.

La Superintendencia todavía no ha elaborado formalmente un procedimiento para la solicitud de clemencia que complemente lo que dicta la ley.

2.3.3. *Procedimiento de investigación*

Inicio de una investigación

Las investigaciones por posibles prácticas anticompetitivas pueden iniciarse por medio de una denuncia formal presentada ante la Superintendencia por una parte privada o un organismo público o de oficio por la Superintendencia.

Si la Superintendencia determina que una denuncia no cumple los requisitos de información establecidos en la Ley de Competencia, su Reglamento y la Ley de Procedimientos Administrativos, debe advertir al denunciante del hecho en un plazo de cinco días hábiles contados desde la presentación de la denuncia. El denunciante dispone de diez días hábiles para subsanar el problema. Si el denunciante no suministra la información requerida, se rechazará la denuncia.

Dentro de este plazo de cinco días hábiles, la Superintendencia también puede determinar que la denuncia no describe hechos que constituyan una posible infracción de la Ley de Competencia. Si llega a esta conclusión, tiene que advertir al denunciante de que la descripción de los hechos en la denuncia no constituye una práctica anticompetitiva. El denunciante dispone de diez días hábiles para rectificar la denuncia (es decir, justificar mejor la denuncia). Si no se realiza dicha rectificación, se rechazará la denuncia.

³⁶ Artículos modificados 39 (clemencia) y 44 (allanamientos) de la Ley de Competencia.

El superintendente debe justificar por qué decidió rechazar una denuncia, y esta decisión puede recurrirse ante el Consejo Directivo. La Superintendencia no tiene la posibilidad de considerar si va a investigar una denuncia en función de sus prioridades y su uso de recursos, lo que significa que, si se cumplen los requisitos legales, debe investigar todas las conductas objeto de denuncia.

Si se admite una denuncia, debe realizarse una investigación. Sin embargo, la Superintendencia puede llevar a cabo actuaciones previas aunque se haya rechazado una denuncia, siempre que esta última contenga indicios de que se ha cometido una infracción o de que existen problemas de competencia.

Las actuaciones previas se introdujeron con la reforma de 2007 de la Ley de Competencia. Comprenden un conjunto de acciones que tienen como objetivo recabar información para determinar la concurrencia de posibles problemas de competencia o violaciones de la Ley de Competencia. Como resultado de las conclusiones de una actuación previa, la Superintendencia puede iniciar una investigación de oficio o el Consejo Directivo puede dictar recomendaciones de política pública que coadyuven a fomentar o incrementar la competencia en el mercado investigado.

Es importante aclarar que las actuaciones previas son diligencias en las que la investigación se centra en el funcionamiento del mercado y no en la conducta de un agente económico específico. Hasta la fecha, la Superintendencia ha llevado a cabo 38 actuaciones previas, 5 de las cuales condujeron a investigaciones porque se concluyó que había indicios suficientes de que existía un problema de competencia en el mercado objeto de estudio.

Si de la actuación previa se desprende que existen indicios suficientes de una posible práctica anticompetitiva, la Superintendencia inicia una investigación³⁷. La Superintendencia también puede proceder directamente a una investigación de oficio si los hechos así lo justifican, y debe hacerlo si se admite una denuncia.

En cualquier caso, los resultados de una actuación previa no pueden utilizarse como prueba en una investigación, lo que significa que la Superintendencia tiene que volver a seguir las mismas diligencias probatorias que siguió en la actuación previa en el contexto de una investigación³⁸.

El 81,25 % de los procedimientos de investigación comenzaron con denuncias. Al mismo tiempo, la mayoría de las denuncias no han cumplido los requisitos de la ley y se han rechazado por ser inadmisibles o improcedentes.

³⁷ La investigación abarca la investigación y la deliberación por parte del Consejo de su decisión que concluye con la emisión de una resolución final.

³⁸ Artículo 41 de la Ley de Competencia.

Table 3. Denuncias relativas a prácticas anticompetitivas (2008-

Año	Recibidas	Rechazadas	Admitidas para investigación	Conclusión del procedimiento
2008	5*	4	-	-
2009	4	4	-	-
2010	5*	1	3	1 sancionada 2 no sancionadas
2011	3	1	2	Desestimación
2012	5	5	-	-
2013	6	4	2	1 sancionada y 2 no sancionadas
2014	3	3	-	-
2015	1	1	-	-
2016	6	6	-	-
2017	7	6	1	Pendiente
2018	3	3	-	-
Total	48	38	8	

* Tanto en 2008 como en 2010 se retiró una denuncia.

Fuente: Superintendencia.

Se han iniciado varios procedimientos de oficio. Sin embargo, las investigaciones realizadas de oficio por la Superintendencia son escasas y se han mantenido así a lo largo del tiempo.

Tabla 4. Denuncias y procedimientos de investigación de oficio de prácticas anticompetitivas (2013-2018)

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Procedimiento de investigación	7	3	2	7	9	4	32
Denuncia	6	3	1	6	7	3	26
De oficio	1	-	1	1	2	1	6

Fuente: Superintendencia.

Plazos y estructura de la investigación

La ley exige que el Consejo Directivo emita una decisión en un plazo de 12 meses desde la fecha en que se presentó la denuncia o se inició una investigación de oficio. Este período puede prorrogarse una vez, durante un máximo de 12 meses de conformidad con la Ley de Competencia. Por ejemplo, en el caso de los combustibles (descrito en la sección 3.3.1), el período de 12 meses se prorrogó durante otros 7 meses.

La parte o las partes objeto de denuncia reciben una notificación formal por escrito de la investigación cuando se inicia el procedimiento de investigación. La notificación incluye un resumen de los hechos pertinentes, el tipo de infracción que puede haberse producido y el tipo de sanciones que podrían imponerse. Si se considera necesario un allanamiento, se notifica inmediatamente a las partes antes de que tenga lugar.

La notificación activa un período de 30 días hábiles dentro de los cuales el presunto infractor puede aportar las alegaciones, documentos e informaciones que estime convenientes y propondrá los medios probatorios que pretenda hacer valer y señalará los hechos que pretenden probar. A continuación, el superintendente abre un período de 20 días hábiles para que las partes y la Superintendencia puedan presentar a sus testigos y pruebas y argumentos adicionales. En esta fase, todos los procedimientos se desarrollan por escrito.

Seguidamente, la Intendencia de Investigaciones prepara y presenta un informe que contiene todas las pruebas recabadas durante la investigación. Antes de presentar el informe al Consejo, el superintendente ofrece al presunto infractor la posibilidad de presentar sus argumentos finales.

Tras la deliberación, el Consejo toma su decisión y encarga a la Intendencia de Investigaciones que redacte su resolución. La resolución describe plenamente los hechos pertinentes y el análisis del Consejo³⁹. Esta resolución se hace pública después de suprimir toda la información confidencial.

El agente económico dispone de diez días hábiles para solicitar una revisión de la decisión por el Consejo⁴⁰. Si se solicita dicha revisión, el Consejo dispone de un mes para revisar su decisión. En función de las sumas de las multas impuestas, la decisión puede recurrirse en el tribunal de primera instancia (para multas de hasta 500 000 USD) o de segunda instancia (para multas superiores a 500 000 USD).

Se ha criticado que, en el proceso decisorio, las funciones procesales y resolutorias de la Superintendencia no estén suficientemente diferenciadas, porque el superintendente supervisa la preparación de los casos y también es uno de los tres miembros del Consejo con derecho de voto (salvo excusa o recusación por un conflicto personal).

El riesgo que se ha detectado es que, puesto que el superintendente es responsable de la investigación, no puede tomar decisiones de manera totalmente imparcial. Este riesgo se agrava debido a que es el único miembro del Consejo que trabaja a tiempo completo y puede tener una influencia desproporcionada en otros miembros del Consejo.

La Superintendencia considera que no existe dicho riesgo, porque la investigación es un proceso de instancia única que consta de dos fases: una fase de investigación y una fase de decisión. Para agilizar el proceso de investigación, el superintendente delega dicho proceso en el intendente de investigaciones al inicio de la fase de investigación, aunque el Superintendente siga teniendo potestades inherentes a esta fase y se reserve el derecho de ejercer las potestades delegadas. Durante esta fase de investigación, los responsables de tomar la decisión no evalúan si ha habido una infracción de la Ley de Competencia.

La fase de decisión corresponde exclusivamente al Consejo, que, si bien incluye al superintendente, debe adoptar la decisión por mayoría de votos. De esto se desprende que la delegación de la investigación en el intendente de investigaciones al inicio de la fase de investigación, que se adoptó para agilizar esta última, elimina indirectamente o al menos mitiga las preocupaciones relativas a una posible falta de imparcialidad al tomar la decisión.

Directrices internas

En diciembre de 2015, el superintendente aprobó un manual de procedimientos internos de la Intendencia de investigaciones, que se modificó posteriormente en diciembre de 2017. El manual proporciona directrices internas (las «Directrices Internas») para el desempeño de las principales tareas del personal de la Intendencia de Investigaciones de la Superintendencia y contiene orientaciones sobre las fases y plazos en las que deben llevarse a cabo las actuaciones previas y las investigaciones, que incluyen los procedimientos sancionadores.

³⁹ Por ejemplo, la resolución en el caso de los combustibles tenía 152 páginas.

⁴⁰ Si hay un tercero implicado en el caso, por ejemplo, un denunciante, el artículo 128 de la Ley de Procedimientos Administrativos establece que, cuando el Consejo lleva a cabo una revisión administrativa, debe concederse al tercero en un plazo no inferior a 10 días hábiles y ni superior a 15 para presentar un escrito al Consejo.

Este manual se elaboró como parte del Plan Estratégico Institucional de la Superintendencia para el período 2012-2015 y no es de acceso público. Las directrices son para uso exclusivo interno de la Intendencia de Investigaciones. Establecen las fases de las actuaciones previas y las investigaciones. También establecen los plazos de las investigaciones sobre la base de su duración prevista, es decir, un año⁴¹.

El manual contiene 13 directrices que reflejan las funciones fundamentales desempeñadas por la Intendencia de Investigaciones. Tres directrices se refieren a las funciones del personal y la identificación de los mercados que deben investigarse; pueden encontrarse en el título II. El título III contiene cinco directrices relativas a las actividades relacionadas con las actuaciones previas y las investigaciones. El título IV contiene dos directrices relativas a la manejo, custodia y resguardo de expedientes de procedimientos administrativos. El título V contiene dos directrices relativas a la preparación de resoluciones y las diligencias de ejecución. Por último, el título VI contiene directrices relativas a las diligencias de la defensa en sede judicial.

En resumen, estas directrices detallan las fases y los pasos de la investigación, así como los responsables de velar por la ejecución de determinados pasos. Las directrices también establecen normas de calidad y conformidad para la Intendencia de Investigaciones en relación con sus dos principales ámbitos de práctica: a) investigación de prácticas anticompetitivas, y b) litigios judiciales, multas y notificaciones.

Confidencialidad

La Ley de Competencia y su Reglamento regulan la protección de la información confidencial, los requisitos y el proceso para declararla como tal, la conservación, la gestión y el acceso a ella y su custodia. Además, en 2011 entró en vigor la Ley de Acceso a la Información Pública. Esta ley contiene disposiciones relativas al tipo de información que se considera confidencial y crea una categoría de información reservada⁴².

El superintendente tiene autoridad para clasificar como confidencial la información o los documentos que obtenga la Superintendencia y restringir el acceso a dicha información de conformidad con el marco jurídico para la confidencialidad. Corresponde al superintendente proteger la información confidencial (información empresarial, comercial y oficial) conservada en el expediente de la Superintendencia. La infracción de esta disposición por parte del superintendente o el personal de la Superintendencia puede conllevar una responsabilidad penal y destitución del cargo⁴³.

Durante la investigación, toda la información que figura en los expedientes de la Superintendencia es información reservada. Además, cualquier parte que suministre información puede presentar una solicitud de confidencialidad. La Superintendencia celebrará una audiencia con el agente económico que suministró la información para clasificarla⁴⁴.

No obstante, el presunto infractor tendrá acceso al expediente probatorio de la Superintendencia cuando la información confidencial esté relacionada con el objetivo de la investigación y pueda afectar su defensa. Para ejercer su derecho de defensa, la parte puede acceder a determinadas pruebas confidenciales, pero no a todo el expediente con información confidencial ni al informe que la Superintendencia presenta al Consejo.

⁴¹ Artículo 45, inciso 4, de la Ley de Competencia.

⁴² El artículo 6, letra e), de la Ley de Acceso a la Información Pública define qué es información reservada.

⁴³ Artículo 18 de la Ley de Competencia.

⁴⁴ Artículo 52 del Reglamento.

Un posible problema a este respecto es que la disposición relativa al tratamiento de la información confidencial en las legislaciones puede no ser bien conocida en el sector privado, lo que dificulta el fomento de la confianza, la coherencia y la previsibilidad en el acceso a la información y la protección de la información confidencial.

2.4. Sanciones y medidas correctivas

2.4.1. *Multas*

Marco jurídico

Las potestades sancionadoras de la Superintendencia son significativas⁴⁵. Antes de la reforma de 2007, la Superintendencia solo podía imponer una multa máxima de 5 000 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria (alrededor de 1 520 850 USD)⁴⁶. Las modificaciones de 2007 añadieron multas más elevadas para las infracciones de «particular gravedad», como los cárteles intrínsecamente nocivos.

La determinación de la especial gravedad de una infracción queda a discreción de la Superintendencia, cuyo ejercicio debe motivarse debidamente. Actualmente no existen directrices sobre la especial gravedad de una infracción, aparte de las razones expuestas en un caso analizado más adelante en la sección 3.1.2. Para las infracciones que revisten particular gravedad, la Superintendencia puede imponer la mayor de las siguientes cantidades:

- hasta el 6 % de las ventas totales anuales de una empresa en El Salvador;
- hasta el 6 % de los activos totales de una empresa en El Salvador;
- entre dos y diez veces la ganancia estimada derivada de la práctica ilícita.

Se aplican las mismas multas a las partes de una concentración que deberían haber notificado pero que consumaron sin notificación. En el caso de las concentraciones aprobadas con determinadas condiciones, si una parte incumple una resolución final del Consejo, puede ser sancionada con una multa de hasta 5 000 salarios mínimos mensuales urbanos (alrededor de 1 520 850 USD)⁴⁷ por cada día que transcurra sin que cumpla lo ordenado.

También puede imponerse una multa máxima cuando un denunciante interpone una denuncia que contiene información falsa «con la intención de limitar, restringir o impedir la competencia».

Las partes que no suministren la información solicitada por la Superintendencia o que suministren información falsa o incompleta de manera deliberada o por negligencia o no cumplan una medida cautelar pueden ser sancionadas con hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos (alrededor de 3 040 USD) por cada día que transcurra sin que cumpla lo ordenado.

⁴⁵ Previstas en los artículos 37 a 39 de la Ley de Competencia.

⁴⁶ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

⁴⁷ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

Al calcular las multas, al igual que en otros países de la región⁴⁸, la Superintendencia debe tener en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado a terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia⁴⁹. En consonancia con la jurisprudencia de los tribunales administrativos y constitucionales, la Superintendencia debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y la capacidad de pago del demandado cuando impone una multa.

Imposición y cobro de multas en la práctica

Como se señaló anteriormente, la Superintendencia impuso sanciones por prácticas anticompetitivas en 55 investigaciones formales entre 2006 y marzo de 2019, por un importe total de 16,6 millones de USD en multas. Las multas por prácticas anticompetitivas representan el 59 % del número total de procesos y el 85 % de las multas. El resto de multas se impusieron por infracciones distintas a prácticas anticompetitivas.

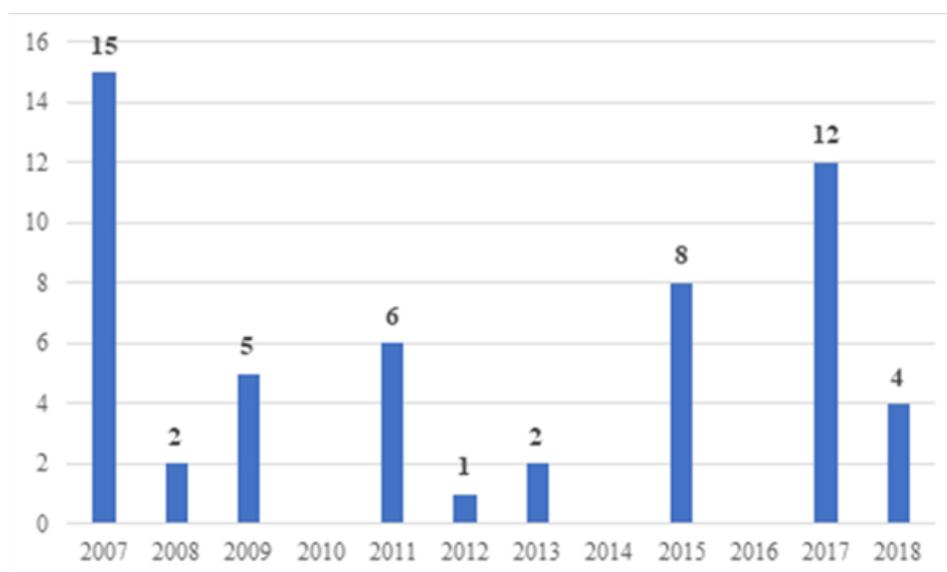
Tabla 5. Importe y total de multas (enero de 2006-marzo de 2019)

Tipo de infracción	Número de multas		Total de multas (USD)	
Prácticas anticompetitivas	55	59 %	14 059 067	85 %
Otras infracciones (no suministro de información o no notificación de concentraciones)	43	43 %	2 570 083,87	15 %
Total	98		16 629 150,87	

Fuente: Superintendencia.

El número de multas muestra grandes variaciones a lo largo de los años. El año en el que se impusieron más multas fue 2007, con 15 multas, seguido por 2017, con 12.

Gráfico 2. Número de multas por prácticas anticompetitivas, por agente económico (2007-2018)



Fuente: Superintendencia.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, la Argentina <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60016/texact.htm>

⁴⁹ Artículo 37.

Desde 2013 las multas por prácticas anticompetitivas se han impuesto, en su mayor parte, tomando como referencia el límite máximo de 5 000 salarios mínimos, establecido en el artículo 38, inciso 1, de la Ley de Competencia. La multa más elevada llegó a 2 500 salarios mínimos urbanos (aproximadamente 600 000 USD)⁵⁰. Solo en un caso se impuso la sanción sobre la base de la facturación de las empresas, adoptando un porcentaje equivalente al 1,2 % de las ventas totales de las empresas sancionadas⁵¹. Se trata de cantidades bajas que pueden no disuadir a los agentes económicos de cometer prácticas anticompetitivas.

La ley exige que todas las multas se paguen en un plazo de ocho días desde la emisión de la resolución final del Consejo. Sin embargo, hasta la fecha, solo se ha pagado el 58 % de las multas, que representan el 49 % de los importes debidos. El pago del 9 % de las multas, que representan el 34 % de los importes, se ha suspendido debido a los recursos admitidos en la Corte Suprema de Justicia (incluidos los recursos de amparo en la Sala de lo Constitucional).

Por último, 32 multas —que corresponden al 33 % de las multas y el 17 % de los importes debidos— están pendientes de cobro en la Fiscalía General de la República (FGR), a pesar de que estas sanciones ya no son objeto de recurso. Un problema importante a este respecto es que el fiscal general de la República ha tardado en abrir procedimientos para cobrar las multas pendientes. Hasta la fecha, la FGR solo ha cobrado 36 multas.

Table 6. Estado de las multas impuestas (enero de 2006-marzo de 2019)

Estado	Número de multas		Total de las multas (USD)	
Pagadas íntegramente	56	58 %	8 154 104,69	49 %
En cobro (Fiscalía General de la República)	32	33 %	2 792 695,28	17 %
Suspendidas (Corte Suprema de Justicia)	8	9 %	5 617 167,03	34 %
Total	96		16 563 967,00	

Fuente: Superintendencia.

El sitio web de la Superintendencia afirmaba que es necesario llevar a cabo una reforma jurídica para superar las deficiencias normativas existentes en relación con el cobro de multas, que surgen de la incertidumbre sobre el procedimiento de cobro que debe seguirse, puesto que el lenguaje del Reglamento a este respecto no era claro.

Para dar respuesta a esta incertidumbre, el proyecto de reforma propuesta presentado a la Secretaría para Asuntos Legislativos y Jurídicos en marzo de 2018 establece que las multas deben cobrarse mediante un procedimiento de ejecución forzosa. En febrero de 2019 entró en vigor la Ley de Procedimientos Administrativos. Esta ley coincide con la propuesta de reforma de la Ley de Competencia formulada por la Superintendencia, en el sentido de que establece que el único procedimiento para el cobro de multas es mediante un procedimiento de ejecución forzosa. Las reformas propuestas presentadas a la Secretaría para Asuntos Legislativos y Jurídicos en marzo de 2018 se están examinando para garantizar su coherencia con la Ley de Procedimientos Administrativos.

2.4.2. Medidas correctivas

La Superintendencia puede dictar medidas correctivas —llamadas «condiciones» u «obligaciones»— que requieran el cese de las prácticas ilícitas o impongan otras condiciones u obligaciones de comportamiento o estructurales.

⁵⁰ Se calculó tomando como referencia el salario mínimo urbano de 2014, que era de 237 USD.

⁵¹ En el caso SC-012-O/PS/R-2013, relativo a la colusión en una licitación en el mercado de seguros y pensiones.

La versión original de la Ley de Competencia contenía una disposición que permitía a una parte garantizar al superintendente que suspendería o modificaría la conducta presuntamente anticompetitiva de for/*ma suficiente para restablecer la competencia en el mercado en cuestión, a cambio de lo cual no sería sancionada. La reforma de 2007 limitó esta posibilidad a las prácticas anticompetitivas distintas de los acuerdos horizontales (es decir, los acuerdos entre competidores) y sustituyó el beneficio de no recibir una sanción por la no aplicación de sanciones por infracciones especialmente graves.

Actualmente no existen procedimientos relativos a las garantías. Si bien el Consejo puede tener en cuenta las modificaciones voluntarias de la conducta de un demandado al valorar las multas, la Superintendencia no puede aceptar un acuerdo en los casos de cárteles. Puede aceptar garantías⁵² en los casos no relacionados con cárteles, aunque esto no frenará el proceso sancionador, como es común en otras jurisdicciones. Estos mecanismos pueden ahorrar recursos al organismo, remediar problemas de competencia y evitar los procedimientos judiciales de recurso.

2.4.3. *Medidas cautelares*

Desde 2007 el superintendente está facultado para dictar medidas provisionales de carácter cautelar, que suspenden temporalmente una actividad o imponen otras condiciones cuando existe un riesgo inminente para el mercado. Dicho riesgo puede limitar la competencia, el acceso de un agente económico al mercado o el desplazamiento de un agente económico, o producir daños a terceros o daños a intereses públicos o colectivos⁵³.

Esta orden puede ser revisada por el juzgado de lo contencioso administrativo, pero los derechos de recurso son limitados porque la orden provisional no es definitiva. En cualquier caso, hasta la fecha no se ha dictado ninguna medida cautelar.

2.5. Revisión judicial

La Superintendencia está representada por sus propios abogados en los recursos judiciales. Sin embargo, en todas las causas judiciales contra una institución gubernamental también participa el fiscal general como representante del Estado y de la ciudadanía.

Hay cuatro niveles en el sistema judicial salvadoreño: los juzgados de paz, los juzgados de primera instancia, las cámaras de segunda instancia y la Corte Suprema. La Corte Suprema se estructura en cuatro salas: Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso Administrativo. En la Corte Suprema hay 15 (magistrados), asignado a una de las salas. La Corte Suprema también puede reunirse en sesión plenaria. Los magistrados de la Corte Suprema son nombrados por la Asamblea Legislativa por un período de nueve años, y un tercio de los magistrados son nombrados cada tres años.

Antes de febrero de 2018, las decisiones de la Superintendencia y de todos los órganos administrativos se recurrían directamente en la Sala de lo Contencioso Administrativo, formada por cuatro magistrados. Los recursos relacionados con vulneraciones de derechos constitucionales eran examinados por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema.

⁵² Por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia de la Argentina, Ley 27442, establece en su artículo 45 que el compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento.

⁵³ Artículo 41-A reformado.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que entró en vigor en 2018, creó los tribunales de lo contencioso administrativo (juzgados de primera y cámara de segunda instancia). Como consecuencia, las decisiones de la Superintendencia han pasado a ser examinadas por estos tribunales. Esta nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa agiliza los procesos judiciales en comparación con la situación actual.

Los recursos se presentan en los tribunales de primera o segunda instancia según la cuantía de la multa impuesta por la Superintendencia (las multas inferiores a 500 000 USD se examinan en primera instancia⁵⁴, mientras que las superiores a 500 000 USD van directamente a la cámara de segunda instancia). Los recursos relativos a vulneraciones de los derechos constitucionales seguirán resolviéndose en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema.

Si la decisión es competencia del juzgado de primera instancia y el agente económico no está satisfecho con la sentencia, puede recurrir únicamente ante la cámara de segunda instancia. Las decisiones en la cámara de segunda instancia solo pueden recurrirse ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema. Todas las instancias examinarán si la Superintendencia aplicó las garantías procesales establecidas por ley.

En general, los procesos contencioso administrativos se desarrollan de la manera siguiente: tras recibir una petición de recurso, los jueces realizan un estudio preliminar para determinar si el recurso cumple los requisitos procedimentales; tras estimar la causa, el juez puede emitir una orden provisional o preliminar en caso necesario; después de esta fase preliminar, el juez examinará la legalidad del procedimiento seguido por la Superintendencia, entre otras cosas si se aplicó correctamente la ley, pero no necesariamente el contenido de las decisiones de la Superintendencia; en este punto se escucharán las alegaciones de ambas partes y, en caso necesario, se recabarán nuevas pruebas; el juez toma entonces su decisión.

Antes de la revisión judicial, es posible solicitar una revisión voluntaria de la decisión administrativa ante el Consejo Directivo. En la práctica, un porcentaje considerable de decisiones de la Superintendencia no se recurren ante su Consejo Directivo y se recurren directamente en el sector judicial, lo que puede estar relacionado con el hecho de que la mayoría de los casos que son objeto de recurso ante el Consejo se han declarado no ha lugar y se han resuelto a favor de la Superintendencia.

Tabla 7. Recursos administrativos presentados ante el Consejo de la Superintendencia contra decisiones por prácticas anticompetitivas (2013-2018)

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Procedimientos finalizados	5	3	5	6	7	5	31
No se presentó recurso	3	3	3	4	5	4	22
Se presentó recurso	2	0	2	2	2	1	9

Fuente: Superintendencia.

Por lo que se refiere a los recursos judiciales, de los recursos interpuestos contra decisiones de la Superintendencia por prácticas anticompetitivas entre 2006 y 2018, la Corte Suprema solo revocaron dos decisiones, mientras que 32 recursos se resolvieron a favor de la decisión inicial de la Superintendencia y se dieron dos desestimientos. Además, hay 20 recursos pendientes actualmente.

⁵⁴ En primera instancia hay dos procedimientos posibles: un procedimiento abreviado si la multa es inferior a 250 000 USD y el procedimiento común para multas entre esta cantidad y 500 000 USD.

Tabla 8. Recursos judiciales interpuestos contra decisiones relacionadas con la infracción de las normas de defensa de la competencia (2006-2018)

Tribunal	Número de recursos	Sentencias	Resultado
(Juzgado segundo de lo contencioso administrativo)	1	0	0
Sala de lo Constitucional	5	5	A favor: 4 En contra: 1
Sala de lo Contencioso Administrativo	51	31	A favor: 28 Desestimados: 2 En contra: 1 En curso: 20

Fuente: Superintendencia.

Aunque la Superintendencia logra en la mayoría de los casos la confirmación de sus decisiones en los tribunales, los retrasos en la Corte Suprema han constituido uno de los principales obstáculos a la aplicación de la Ley de Competencia. La resolución del proceso de recurso es lenta. La adopción de una decisión firme puede llevar muchos años desde la fecha de interposición del recurso cuando se interpuso directamente ante la Corte Suprema, incluidos los recursos de amparo⁵⁵.

En la actualidad, la Ley de Procedimientos Administrativos establece los plazos que deben cumplirse, imponiendo así un proceso más rápido. Como puede verse en la tabla anterior, de los 56 recursos por procedimientos anticompetitivos interpuestos desde 2006, 20 seguían pendientes en diciembre de 2018. Esta cifra se redujo a 18 recursos no resueltos en mayo de 2019. Parte del motivo es que la Corte puede tardar un año o más en admitir una causa en la fase preliminar.

La siguiente tabla presenta datos sobre los meses transcurridos en los procesos judiciales finalizados. Las causas por abuso de posición dominante tienen una duración media de 56 meses (4,5 años), mientras que las causas relacionadas con acuerdos anticompetitivos duran prácticamente la misma cantidad de tiempo.

Algunos recursos interpuestos contra decisiones de la Superintendencia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema han estado sin resolver durante más de una década, como el caso de los combustibles analizado en la siguiente sección.

Tabla 9. Promedio de meses de duración de los procesos judiciales finalizados, por tipo de proceso e infracción

Tipo de proceso	Infracción	Promedio de meses totales
Recurso de amparo	Otras infracciones	10
Litigio administrativo	Abuso de posición dominante	56
	Acuerdo anticompetitivo	55
	Otras infracciones	41

Fuente: Superintendencia.

Además, de las 58 causas que se han recurrido entre 2006 y 2019, se ha dictado un mandato judicial de suspensión (medida cautelar) en cinco casos. Estos mandatos judiciales suspenden los efectos de las decisiones y sanciones impuestas por la Superintendencia, con la consecuencia de que los agentes

⁵⁵ Recurso de amparo es el nombre dado a las demandas basadas en la vulneración de derechos constitucionales cuando estos derechos no pueden protegerse de manera equitativa y rápida por otros medios procesales, y se interponen ante la Sala de lo Constitucional. No todos los recursos interpuestos ante la Corte Suprema se denominan recursos de amparo.

económicos en cuestión pueden seguir cometiendo la infracción anticompetitiva por la que han sido sancionados hasta que la Sala dicte sentencia.

Por último, en muchos casos, las multas no se han suspendido, pero tampoco se han pagado. Como se señaló anteriormente, el problema parece ser que los procedimientos abiertos por el fiscal general de la República para cobrar las multas son lentos, a pesar de las solicitudes de la Superintendencia, y esta última no cuenta con ningún mecanismo para obligarlo a hacerlo. Hasta la fecha, la FGR ha cobrado 36 multas equivalentes a 7 005 918,28 USD.

2.6. Aplicación privada

La Ley de Competencia no prevé ni prohíbe la aplicación privada. No parece que se hayan emprendido acciones privadas ante los tribunales de El Salvador, y la Superintendencia no tiene conocimiento de ninguna acción privada, a pesar de que la legislación en materia de responsabilidad contractual permite a las partes reclamar daños y perjuicios sufridos como consecuencia de actos ilícitos. Al mismo tiempo, la única entidad con potestad para determinar una práctica anticompetitiva es la Superintendencia. Por lo tanto, esta considera que no pueden presentarse demandas de competencia independientes ante los tribunales, porque la única entidad capaz de aplicar la Ley de Competencia es la Superintendencia⁵⁶.

En febrero de 2019, la Ley de Procedimientos Administrativos adoptó el artículo 155. Este artículo establece un mecanismo de indemnización, con arreglo al cual las autoridades administrativas, incluida la Superintendencia, podrían declarar la «indemnización por los daños y perjuicios causados. Si no se pudiera determinar en el mismo expediente, quedará expedita la vía judicial correspondiente». En este sentido, esta acción privada específica dependería de un pronunciamiento previo de la Superintendencia.

2.7. Cooperación internacional

Dado que El Salvador es una economía pequeña cuyos mercados están relativamente abiertos, la competencia en el país se ve inevitablemente afectada por fuerzas internacionales. La Superintendencia no desempeña ninguna función en la aplicación de la política comercial, incluidas las medidas antidumping. El superintendente está facultado para participar en la negociación o discusión de tratados o convenios comerciales internacionales en relación con los capítulos sobre políticas de competencia. También está facultado para representar a El Salvador ante organismos internacionales relacionados con políticas de competencia⁵⁷.

Desde su creación, la Superintendencia ha construido activamente relaciones con otras agencias de competencia y organizaciones internacionales de políticas de competencia. Ha firmado acuerdos de cooperación con agencias de competencia de Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Perú. Varios de estos acuerdos —con Chile y México— se centran en la asistencia técnica y contienen disposiciones sobre el intercambio de personal y ejecución de conferencias y seminarios. Otros acuerdos abarcan estos elementos, pero además abordan la cooperación y los intercambios de información pública en los casos relacionados con infracciones perseguidas a la ley o con concentraciones.

La Superintendencia se comunica periódicamente con sus homólogos de la región sobre asuntos específicos, aun cuando no exista un acuerdo de cooperación formal. Por ejemplo, en el examen inter pares de 2008 ya se señaló que Brasil y Chile han prestado asistencia técnica a El Salvador en materia de allanamientos, y Chile ha prestado asistencia técnica en dos casos de la Superintendencia. Un ejemplo reciente de cooperación es la participación de magistrados en el foro judicial sobre competencia con jueces

⁵⁶ Artículo 3 de la Ley de Competencia.

⁵⁷ Véase el artículo 13, letras m) y p), de la Ley de Competencia.

mexicanos y puertorriqueños en 2016, que recibió la asistencia técnica de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América y el Tribunal Supremo de España.

La Superintendencia es experta en atraer fondos de fuentes externas para proyectos especiales. Por ejemplo, participa en COMPAL, un proyecto que presta asistencia técnica en materia de competencia y protección del consumidor a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y el Perú, financiado por el Gobierno de Suiza y administrado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). A través de COMPAL, el personal de la Superintendencia ha participado en pasantías en el organismo de competencia suizo (COMCO) y ha realizado actividades de fortalecimiento de las capacidades y estudios de mercado. La Superintendencia también participa en el programa de asistencia técnica ofrecido por España y Portugal a través del Foro Iberoamericano de Competencia.

Además, El Salvador es parte en el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea, que contiene una sección sobre comercio y competencia. Mediante este acuerdo, El Salvador y las demás partes se comprometen a mantener vigentes leyes de competencia completas para abordar eficazmente las prácticas anticompetitivas (cárteles y abuso de posición dominante) y las concentraciones, y a establecer o mantener autoridades de competencia designadas y equipadas adecuadamente para aplicar de manera transparente y efectiva la legislación en materia de competencia. Además, el Acuerdo de Asociación contiene disposiciones sobre neutralidad de la competencia, como, por ejemplo, disposiciones sobre las empresas públicas y las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados. El Acuerdo de Asociación aborda el intercambio de información no confidencial para la aplicación de la legislación sobre competencia y promover iniciativas de asistencia técnica relacionadas con la política de competencia y las actividades de aplicación de la ley. También contiene una disposición que compromete a las partes centroamericanas a aprobar una ley de competencia regional y establecer un organismo de competencia regional.

En el contexto de los acuerdos internacionales que promueven la integración económica centroamericana, existen varias disposiciones relativas a la política de competencia. El Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (conocido como Protocolo de Guatemala)⁵⁸ contiene una disposición general sobre competencia en el artículo 25, en virtud de la cual las partes signatarias se comprometen a adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los Estados signatarios. El artículo 21 del Convenio Marco para el Establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana también establece que las partes desarrollarán una normativa regional en materia de política de competencia.

El Salvador es miembro fundador de la Red Centroamericana de Autoridades Nacionales Encargadas del tema de Competencia (RECAC). Los propósitos de la RECAC son:

- Promover el trabajo conjunto de las autoridades nacionales encargadas de las cuestiones de competencia;
- Crear mecanismos para fortalecer la defensa y la protección de la competencia en los mercados centroamericanos;
- Desarrollar relaciones entre las autoridades nacionales encargadas de las cuestiones de competencia de la región centroamericana a través de la cooperación y la asistencia recíproca para la protección eficaz de la competencia en los mercados de la región;
- Contribuir a los procesos de integración económica y social en la región.

⁵⁸ Firmado el 29 de octubre de 1993 por Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

Los países miembros de la RECAC han firmado un Tratado Constitutivo de la Red, y también han suscrito un Reglamento Operativo que establece las atribuciones y obligaciones de los miembros de la red y la organización y el funcionamiento de esta.

La RECAC propuso al Consejo de Ministros de Integración Económica Centroamericana un reglamento de competencia regional, con el fin de contribuir al cumplimiento de los compromisos asumidos en el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. Ha llevado a cabo estudios sectoriales sobre las condiciones regionales de competencia, y celebra anualmente un Foro Centroamericano de Competencia, en el que se tratan asuntos relevantes para los países miembros y se intercambian experiencias.

Por último, la Superintendencia también participa activamente en organismos internacionales de competencia, entre ellos la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (a través de su Foro Mundial sobre Competencia), la Red Internacional de Competencia, la Alianza Interamericana de Defensa de la Competencia, el Centro Regional de Competencia, el Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia establecido por la UNCTAD y la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), y la UNCTAD (Grupo Intergubernamental de Expertos). En su historia, la Superintendencia ya ha ejercido de anfitriona de la cuarta reunión del Foro Latinoamericano de Competencia y de un taller de la Red Internacional de Competencia sobre cárteles, de varios Foros Centroamericanos de Competencia y de una reunión del Grupo de Trabajo sobre Comercio y Competencia.

3. Aplicación de la normativa de competencia en El Salvador

3.1. Acuerdos horizontales

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 25 de la Ley de Competencia prohíbe los acuerdos entre competidores. La Superintendencia ha sometido actividades típicas de un cártel (fijar precios u otras condiciones de venta, fijar las cantidades de producción, manipular licitaciones y dividirse el mercado) a una prohibición *per se*. La Corte Suprema de Justicia ha confirmado la validez de la regla *per se* para analizar acuerdos horizontales.

En cualquier caso, la Ley de Competencia y su Reglamento proporcionan un conjunto numeroso, aunque no exhaustivo, de factores que se deberían tener en cuenta a la hora de determinar si hubo un acuerdo anticompetitivo⁵⁹. Por otro lado, no se puede tener en cuenta ninguna eficiencia generada por acuerdos horizontales, puesto que están prohibidos *per se*. El artículo 14 del Reglamento regula la posibilidad de considerar las ganancias en eficiencia, y establece que tales consideraciones solo son válidas para las prácticas anticompetitivas que no conlleven un acuerdo entre competidores.

La tabla que figura a continuación presenta todos los casos de acuerdos horizontales sancionados durante el período 2013-2018. Como se puede observar, solo ha habido cinco casos en los cinco años anteriores al presente informe, lo que supone una media de solo una decisión por año.

Tabla 10. Sanciones de acuerdos horizontales (2013-2018)

Referencia del caso	Año	Base legal	Sector	Agentes económicos	Importe total de la sanción (USD)	Número de entidades sancionadas
SC-037-O/PI/NR-2017	2018	Art. 25 c)	Construcción	Constructora Gaitán, S.A. de C.V.; Perforaciones Vivas, S.A. de C.V.	9 864,00	2
SC-001-O/PA/NR-2009	2018	Art. 25 c)	Agencia de viajes	U-Travel Service, S.A. de C.V.	6 093,00	1
SC-031-O/PI/NR-2015	2017	Art. 25 a)	Agroindustria	Gumarsal, Sociedad Anónima de Capital Variable; Arrocería Omoa, Sociedad Anónima de Capital Variable; Arrocería San Francisco, Sociedad Anónima de Capital Variable; Agroindustrias Centroamericana, Sociedad Anónima de Capital Variable; Arrocería Jerusalén, Sociedad Anónima de Capital Variable; Arrocería San Pablo, Sociedad Anónima de Capital Variable; Beneficio de Arroz Los Ángeles, Sociedad Anónima de Capital Variable; Industrias Arroceras Guevara Landaverde y Asociados, Sociedad Anónima de Capital Variable; La Nueva Espiga, Sociedad Anónima de Capital Variable; Arrocería San Mauricio, Sociedad Anónima de Capital Variable; y las personas Romeo Armando Ruiz Águila; y Héctor Ricardo Rodríguez Ramírez	147 960,00	12
SC-012-O/PS/R-2013	2015	Art. 25 c) y d)	Seguros	AIG Vida, S.A. Seguros De Personas.; Asesuisa Vida, S.A. Seguros De Personas; y SISA Vida, S.A. Seguros de Personas	3 425 833,23	3
SC-014-O/PS/NR-2012	2013	Art. 25 c)	Construcción	Agua y Tecnología, S.A. de C.V.; y Suministro Industrial de Equipo y Ferrería, S.A. de C.V.	6 141,80	2

Fuente: Superintendencia.

⁵⁹ Artículo 12 del Reglamento.

A continuación se describen los tres casos de cártel más importantes de la Superintendencia.

3.1.1. *El cártel de la harina de trigo*⁶⁰

El 5 de septiembre de 2008, el Consejo Directivo de la Superintendencia anunció que había descubierto y sancionado un acuerdo entre las dos principales productoras de harina de trigo⁶¹ (utilizada para hacer pan y otros productos de panadería) con el fin de repartirse las ventas totales del mercado en una proporción de 55 %-45 %⁶². Conforme a lo dispuesto en el acuerdo, las partes intercambiaban periódicamente información delicada confidencial sobre sus ventas y su participación en el mercado. También idearon un mecanismo para compensarse la una a la otra en situaciones en las que una parte no llegase a la proporción que tenía asignada.

El Consejo impuso multas a las dos partes por un total ligeramente superior a 4 millones de USD. Las multas, las más cuantiosas que se habían impuesto hasta entonces por la Superintendencia, fueron las primeras que se calcularon aplicando la disposición legal añadida por las reformas de 2007 para permitir multas más elevadas en casos de infracciones de «particular gravedad», como los cárteles intrínsecamente nocivos. Las multas se fijaron calculando el 3 % de las ventas totales de los sancionados en 2007. El Consejo también admitió la interposición de un recurso que exigía lo siguiente a los sancionados:

- Cesar las prácticas ilegales;
- Abstenerse de intercambiar información sobre la producción, las ventas, los precios y los clientes;
- Proporcionar mensualmente a la Superintendencia durante dos años datos sobre las importaciones de trigo, la producción de harina, la capacidad instalada y las ventas de harina.

El Consejo Directivo recalcó la importancia que el caso revestía para los consumidores, puesto que el pan es un alimento de primera necesidad para todos ellos. En la resolución se mencionaron estadísticas que mostraban que en El Salvador los alimentos y las bebidas no alcohólicas constituyen el 43 % del consumo medio total de un hogar, y que el pan en concreto equivale al 24 % del consumo promedio de un hogar. En general un hogar gasta, de media, unos 31 USD al mes en pan.

Este caso también destaca por ser el primero y, hasta la fecha, el único en el que la Superintendencia llevó a cabo un allanamiento. En este caso había dos locales que allanar, ubicados en diferentes distritos judiciales, lo que requería que la Superintendencia cursara dos peticiones a juzgados de lo civil y mercantil de primera instancia. La Superintendencia obtuvo las dos autorizaciones y realizó los registros de los dos locales al mismo tiempo.

Ambos agentes económicos apelaron la resolución final ante el Consejo Directivo, pero este confirmó su decisión.

Posteriormente las partes sancionadas apelaron a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Dicha sala juzgó que la autorización judicial para el allanamiento no cumplía los requisitos de ley aplicables, entre ellas el Código Penal, y que por consiguiente la resolución de infracción no era válida.

⁶⁰ Ver <https://www.sc.gob.sv/index.php/sc-cierra-caso-mas-emblematico-de-practica-anticompetitiva-entre-harineras/>.

⁶¹ Las dos empresas controlaban el 98 % del mercado de este producto en El Salvador.

⁶² Comunicado de prensa, 5 de septiembre de 2008, disponible en el sitio web de la Superintendencia.

La Superintendencia presentó un recurso de amparo ante la Sala de lo Constitucional, en el que alegó que la Sala de lo Contencioso Administrativo no tenía competencia para revisar la legalidad de una orden judicial de registro emitida por un juzgado durante un procedimiento administrativo sancionador. Dicha orden es un acto puramente judicial, y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia solo tiene jurisdicción sobre actos administrativos. Asimismo, la Superintendencia alegó que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia no había dado suficientes razones para sus conclusiones.

La Sala de lo Constitucional estimó la apelación de la Superintendencia y ordenó a la Sala de lo Contencioso Administrativo que revisase su resolución. En este fallo posterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia llegó a la conclusión de que los actos de la Superintendencia eran legales y estimó la resolución original de infracción.

El proceso de revisión judicial duró ocho años en total. La jurisprudencia que se deriva de este caso es muy relevante para la Superintendencia, ya que le proporciona respaldo, en forma de jurisprudencia de la Corte Suprema, para realizar allanamientos de madrugada.

Una vez que terminó el proceso judicial, la Fiscalía General fue la responsable de cobrar las multas impuestas por la Superintendencia.

Gráfico 3. Proceso judicial: cártel de la harina de trigo



Fuente: Superintendencia.

3.1.2. Manipulación de licitaciones para la contratación de seguros de pensiones

En abril de 2013, el superintendente de Competencia ordenó una investigación de oficio de varias compañías de seguros por supuestas violaciones de la Ley de Competencia. Dos años después, en abril de 2015, el Consejo Directivo de la Superintendencia decidió que Asesuisa Vida, S.A. Seguros de Personas, Sisa Vida, S. A. Seguros de Personas y AIG Vida, S.A. Seguros de Personas habían infringido el artículo 25, letras c) y d), de la Ley de Competencia al haberse puesto de acuerdo para manipular y repartirse las licitaciones públicas I-2008, I-2009, I-2010 e I-2011 convocadas por dos administradoras de

fondos de pensiones: AFP Crecer y AFP Confía. Las licitaciones se referían a la contratación del seguro de invalidez y sobrevivencia para los afiliados al sistema privado de pensiones.

En particular, se descubrió que las empresas infractoras se habían puesto de acuerdo con el fin de fijar los precios de las licitaciones para la prestación del seguro de invalidez y sobrevivencia desde abril de 2008 hasta abril de 2012. El acuerdo anticompetitivo consistía en la manipulación y supresión de ofertas para proporcionar seguros de invalidez y sobrevivencia, de manera que las licitaciones fueran adjudicadas a una aseguradora que formaba parte de su grupo económico y sería la administradora pertinente de los seguros privados.

Las empresas fueron multadas de acuerdo con la particular gravedad de la infracción. Los beneficiarios de los seguros de pensiones por invalidez y sobrevivencia habían contratado sus pólizas a tarifas más elevadas a causa de la manipulación de las licitaciones. Eso a su vez había perjudicado a la eficiencia económica del mercado y al uso óptimo de los recursos para la prestación de un servicio público y obligatorio que, aunque sea delegado por el Estado a administradoras privadas de pensiones, es un interés protegido constitucionalmente⁶³.

En vista de todo esto, se impuso a las empresas infractoras una multa correspondiente al 1,2 % de sus ventas totales durante el ejercicio fiscal 2014. Eso supuso multas de: a) 1,36 millones de USD para Asesuisa Vida, S.A. Seguros de Personas; b) 1,47 millones de USD para Sisa Vida, S.A. Seguros de Personas; y c) 590 000 USD para AIG Vida, S.A. Seguros de Personas.

Además de las multas, las mencionadas aseguradoras recibieron instrucciones de abstenerse de adoptar una conducta anticompetitiva en futuras licitaciones públicas convocadas por administradoras privadas de pensiones para la contratación de seguros de pensiones por invalidez y sobrevivencia.

3.1.3. *Cártel del arroz*

En abril de 2017, el Consejo Directivo de la Superintendencia sancionó a 12 productores de arroz por prácticas anticompetitivas destinadas a fijar los precios del secado y trillado de arroz⁶⁴. Para transformar los granos de arroz en arroz oro es necesario secarlos y trillarlos.

Cada una de estas empresas fue sancionada con una multa de 12 330,00 millones de USD, cantidad equivalente a 50 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria al principio del procedimiento sancionador (septiembre de 2015). El importe de la multa refleja los criterios de evaluación dispuestos en las normas de competencia pertinentes. En la resolución se concluye, entre otras cosas, que la dimensión del mercado afectado es reducida y específica, que la duración de la práctica se limitó al período de la cosecha de 2014-2015, y que el daño ocurrido en el mercado, así como los efectos adversos a terceros, solo fueron potenciales, ya que el acuerdo no se ejecutó plenamente. A la hora de calcular la multa se tuvieron en cuenta todas estas consideraciones.

Además, en la resolución se ordenó a las entidades sancionadas que se abstuvieran de: a) cometer prácticas anticompetitivas, b) utilizar un acuerdo comercial conjunto como mecanismo para la adopción de un acuerdo anticompetitivo, y c) emplear una asociación empresarial como medio para coordinarse o actuar anticompetitivamente, en este caso la Asociación Salvadoreña de Beneficiarios de Arroz (ASALBAR).

⁶³ Artículo 50 de la Constitución.

⁶⁴ Los productores de arroz eran: Arrocera Omoa S.A. de C.V., Arrocera San Francisco S.A. de C.V., Agroindustria Centroamericana S.A. de C.V., Arrocera Jerusalén S.A. de C.V., Agroindustrias Gumarsal S.A. de C.V., Arrocera San Pablo S.A. de C.V., Beneficio de Arroz Los Ángeles S.A. de C.V., Industrias Arroceras Guevara Landaverde y Asociados S.A. de C.V. (Inagla), La Nueva Espiga S.A. de C.V., Arrocera San Mauricio S.A. de C.V., Beneficio de Arroz El Pueblo y Beneficio de Arroz Rodríguez Inversiones.

Asimismo, la Superintendencia exigió a ASALBAR que se abstuviera de continuar siendo una plataforma para la toma de acuerdos anticompetitivos entre sus asociados. Los precios de los métodos de transformación de los granos de arroz, tales como el secado y la trilla, deben ser determinados de manera libre e independiente por el mercado. También se exigió a ASALBAR que se abstuviera de realizar publicidad comercial que contuviera recomendaciones o fijaciones de precios o de otras condiciones comerciales, pues eso limitaría la actuación individual de sus miembros e impediría una competencia sana en el mercado.

Ocho de los 12 agentes económicos sancionados apelaron la resolución de la Superintendencia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo.

3.2. Prácticas anticompetitivas entre no competidores

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 26 de la Ley de Competencia prohíbe las «prácticas anticompetitivas entre no competidores». Puede darse el caso de que sea un solo agente económico el que siga unilateralmente dichas prácticas o que se trate de un acuerdo entre varios que no compiten entre sí. En el artículo 26 se hace referencia a dos tipos concretos de prácticas anticompetitivas entre no competidores: las ventas de un producto con la condición de que el comprador adquiriera otros productos del proveedor y los acuerdos de venta en exclusiva. Sin embargo, el alcance de esta disposición puede cubrir otros tipos de conducta.

Según el artículo 27, hay que llevar a cabo comprobaciones de los efectos de estas conductas, de manera que solo se prohíben si «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, [si] se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores».

Como en el caso de los acuerdos horizontales, en el artículo 13 del Reglamento se enumeran una serie de indicadores que hay que tener en cuenta a la hora de determinar si una práctica vertical es anticompetitiva. Entre ellos se incluye valorar si la práctica impone una exclusión del mercado por un tiempo superior a aquel que se justifique mediante una «explicación económicamente legítima», si existen leyes o reglamentos que faciliten las prácticas anticompetitivas, y si las partes que se benefician de condiciones de exclusividad disfrutan de condiciones favorables de comercialización injustificadas en términos de eficiencia.

Por otro lado, el artículo 14 del Reglamento permite para prácticas anticompetitivas entre no competidores, alegar ganancias en eficiencia que se deriven de la práctica. Esta disposición exige que la Superintendencia considere si la conducta en cuestión permite a los participantes «lograr una mayor eficiencia [...], o promover la innovación o fomentar la inversión productiva» y si se traduce en beneficios a los consumidores en la actividad respectiva. El Reglamento también contiene una lista no exclusiva de lo que se considerarían ganancias en eficiencia, que en general son eficiencias de diversos tipos relacionadas con la producción.

En el artículo 27 se impone una condición adicional pero crucial para determinar la ilegalidad una práctica entre no competidores: que las entidades en cuestión, «actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante». Este requisito es inusual desde una perspectiva comparativa. Aun cuando la teoría económica y la práctica en materia de competencia indican que normalmente hace falta cierto poder de mercado para que una limitación vertical tenga efectos anticompetitivos, dicho poder de mercado no tiene por qué consistir en una posición dominante.

Las palabras «actuando individual o conjuntamente» empleadas en el artículo 27 podrían permitir que la ley se aplicara en una situación en la que no hay ninguna empresa que domine sola el mercado, por ejemplo, cuando se pueda decir que varias empresas implicadas en acuerdos verticales similares tienen juntas poder sobre el mercado. No obstante, normalmente no es eso lo que se quiere decir cuando se habla de posición dominante conjunta.

El concepto de posición dominante conjunta se emplea en algunas jurisdicciones para describir situaciones en las que hay empresas que, sin ponerse de acuerdo entre sí, actúan como si fueran una sola empresa de una manera que estaría prohibida si se tratase de una sola empresa dominante. No queda claro si el artículo 27 se refiere a la posición dominante conjunta, que solo se produce cuando se cumplen una serie de condiciones estrictas. De hecho, aún está menos claro si, al mencionar que puede haber posición dominante «actuando individual o conjuntamente», se está estableciendo la condición de que haya un acuerdo entre las empresas conjuntamente dominantes.

La Superintendencia aún no ha presentado ningún caso vertical como tal, aunque se podrían haber calificado como tales un par de casos de abuso de posición dominante que se describen más adelante, en particular los relacionados con los combustibles y el azúcar. En el caso del azúcar, el artículo 26, letra b), de la Ley de Competencia fue uno de los fundamentos iniciales para investigar las prácticas. No obstante, tal y como declara en su resolución final, la Superintendencia no recopiló suficientes pruebas que demostraran la existencia de prácticas anticompetitivas entre no competidores. En cambio, sancionó la conducta por constituir un abuso de una posición dominante.

3.3. Abuso de posición dominante

En el artículo 30 de la Ley de Competencia, que se debería leer junto con el artículo 29, se prohíben las acciones que constituyan abusos de una posición dominante.

En el artículo 29 se enumeran factores relevantes para determinar una posición dominante. Entre ellos se incluye la capacidad de una empresa para fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante, la «existencia y poder de sus competidores» (presumiblemente, una estructura de mercado), la existencia de barreras a la entrada, y las condiciones de acceso de una empresa y sus competidores a fuentes de insumos. El Reglamento desarrolla estas disposiciones describiendo factores relacionados con la estructura del mercado y con las barreras a la entrada.

Como en el caso de otras disposiciones sustantivas de la Ley de Competencia, en el artículo 30 se enumeran algunos tipos de conducta que podrían suponer una violación de esta, y que se desarrollan en el artículo 17 del Reglamento. La ley hace referencia a prácticas que obstaculicen la entrada de nuevos competidores o la expansión de los existentes, a la disminución de precios en forma sistemática por debajo de los costos y a la discriminación de precios por territorio. En el Reglamento se enumeran, asimismo, algunos indicadores de conducta abusiva, entre los que se incluyen el incremento de los costos de entrada o de salida, la creación de dificultades para acceder a insumos de producción, el uso de las ganancias obtenidas con la comercialización de un bien o servicio para financiar pérdidas en otro, y la discriminación aparentemente comercialmente injustificada de algunos compradores imponiéndoles precios distintos de los de otros.

Solo se hace referencia al concepto de posición dominante conjunta en el artículo 27, que regula las restricciones verticales. Ni los artículos 29 y 30 ni sus correspondientes artículos del Reglamento hacen referencia a dicho concepto. Para que se dé posición dominante conjunta no basta con una mera conducta paralela; tiene que haber un vínculo específico entre las empresas (conjuntamente) dominantes mediante el cual actúen en el mercado como si se tratase de una única entidad. Si bien la Superintendencia nunca ha aplicado expresamente el concepto de posición dominante conjunta como tal, se podría decir que el concepto está implícito en el análisis realizado por la Superintendencia en el caso de los combustibles que se describe en la sección 3.3.1 del presente documento.

La mayoría de las investigaciones y casos presentados por la Superintendencia durante sus primeros años de funcionamiento fueron casos de posición dominante. Antes de 2013, hubo varios casos en los que las investigaciones de la Superintendencia permitieron descubrir prácticas abusivas, algunas de las cuales se analizan más adelante.

No obstante, como puede verse en la tabla que figura a continuación, en los últimos cinco años solo se ha sancionado un caso de abuso, aunque actualmente se está llevando a cabo una investigación en el sector de las telecomunicaciones.

Tabla 11. Sanciones por abuso de posición dominante (2013-2018)

Referencia del caso	Año	Infracción	Sector	Multa	Agentes sancionados
Total	1				
SC-047-D/PS/R/20132	2015	Art. 30 a)	Telecomunicaciones	2 251 500 USD	Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V.; CTE Telecom Personal, S.A. de C.V.; Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, S.A. de C.V.; Telemóvil El Salvador, S.A. de C.V.; y Digicel, S.A. de C.V.

Fuente: Superintendencia.

3.3.1. *El caso de los combustibles*

Este caso ya se analizó extensamente en el examen inter-pares de El Salvador de 2008. Los demandados en este caso fueron tres empresas petroleras multinacionales, Exxon (que en El Salvador desarrolla su actividad bajo el nombre de Esso), Shell y Chevron (que en El Salvador desarrolla su actividad bajo el nombre de Texaco), a las que correspondía más del 90 % de la distribución mayorista de combustibles en el país y una gran cuota del mercado minorista a través de las gasolineras que llevan su marca.

En este caso la práctica principal consistía en que estas empresas habían creado zonas geográficas con determinados precios. Los precios variaban de una zona a otra, pero dentro de cada zona los precios de la distribución de combustibles eran prácticamente idénticos.

En una resolución emitida en octubre de 2007, el Consejo Directivo de la Superintendencia identificó 15 mercados geográficos relevantes que comprendían por 7 áreas metropolitanas y 8 carreteras que unían ciudades grandes. Estos mercados geográficos estaban «vinculados». Si bien a muchos compradores de una zona o un barrio les resultaba cómodo comprar su combustible solo en gasolineras locales, a otros les podía resultar también cómodo encontrar fuentes de suministro en zonas adyacentes en sus desplazamientos diarios de ida y vuelta al trabajo o por sus hábitos de conducción. Además, algunos compradores de la segunda zona también compran en una tercera zona, y así sucesivamente. Por eso, es posible que los vendedores de una zona se vean influenciados por los precios que decidan poner los vendedores situados a cierta distancia.

Teniendo en cuenta que solo había una refinería de petróleo en El Salvador, que pertenecía conjuntamente a Esso y Shell, la Superintendencia llegó a la conclusión de que se podía tratar a estas empresas como si fueran una sola en lo que respectaba al análisis de la posición dominante y que, dadas sus elevadas cuotas del mercado minorista y las barreras para la entrada de otras empresas, entre otras cosas, estas dos empresas tenían una posición dominante. Texaco, en cambio, importaba y distribuía productos refinados independientemente de Esso y Shell. Por lo tanto, no se podía considerar que Texaco tuviera una posición dominante.

Si bien la Superintendencia no fue capaz de encontrar un acuerdo entre estas empresas relativo a la fijación de los precios que imponían a los operadores de las gasolineras o los precios que estos cobraban, llegó a la conclusión de que Esso y Shell habían abusado de su posición dominante al establecer las zonas. Debido a que las zonas que estas empresas habían establecido eran mucho más pequeñas que los mercados geográficos relevantes que había identificado el Consejo, el efecto de crear esas zonas fue que las gasolineras minoristas no podían responder a los cambios de precios dentro de cada mercado geográfico

porque Esso y Shell tenían el control de los precios de distribución. El Consejo también llegó a la conclusión de que el sistema de zonas había tenido el efecto de levantar barreras a la entrada en el mercado minorista.

El Consejo Directivo multó a cada una de las dos empresas con el máximo entonces aplicable, es decir, 5 000 salarios mínimos mensuales en la industria en el ejercicio fiscal anterior, lo que se tradujo en 852 000 USD teniendo en cuenta el salario mínimo y el tipo de cambio aplicables en aquel momento. Además, ordenó a esas empresas que cesaran las prácticas de zonificación y fijación de precios que habían dado lugar a la investigación.

Esso y Shell apelaron inmediatamente a la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. La Corte suspendió la medida correctiva unas semanas después de la apelación en una resolución provisional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia no suspendió las multas, y la Fiscalía General las ha cobrado. A pesar de que la Superintendencia ha pedido que la Corte Suprema de Justicia tome una decisión, este caso sigue pendiente.

3.3.2. *El caso del azúcar*

El 29 de abril de 2010 el superintendente puso en marcha una investigación de oficio de Distribuidora de Azúcar y Derivados, Sociedad Anónima de Capital Variable (Dizucar).

La ley establece las cuotas de producción de azúcar. Dizucar es una distribuidora azucarera creada por productores de azúcar para facilitar el control del cumplimiento de las cuotas establecidas por ley. Es la única empresa que recibe el azúcar de las plantas azucareras para distribuirla. No obstante, la distribución del azúcar está sujeta a la Ley de Competencia y no está cubierta por la ley que regula las cuotas de producción de azúcar.

El 24 de abril de 2012, el Consejo Directivo de la Superintendencia descubrió que Dizucar había abusado de su posición dominante limitando la venta de azúcar blanco a granel y estableciendo precios diferentes en detrimento de otros agentes económicos dedicados a la distribución de azúcar al por mayor y posiblemente en detrimento de las empresas dedicadas a empaquetar el azúcar si se comparaban con empresas que utilizan el azúcar para producir.

Estas prácticas elevaban las barreras de entrada que tenía que superar la competencia, y afectaban directamente a la competencia en el mercado pertinente al dejarla en desventaja por tener que pagar precios que, de media, eran superiores a los que les cobraban a empresas que utilizan el azúcar para producir. En su resolución, el Consejo Directivo estimó que el sobrecargo que habían pagado los consumidores en 2010 debido a este abuso ascendía a 12 millones de USD.

Por consiguiente, el Consejo Directivo impuso a esta empresa una multa de 50 000 salarios mínimos, el equivalente a 1,1 millones de USD teniendo en cuenta el salario mínimo y el tipo de cambio aplicables en aquel momento. El 3 de enero de 2013, se hizo un nuevo cálculo teniendo en cuenta el salario mínimo de aquel momento y la cantidad pasó a 1,02 millones de USD.

La Superintendencia impuso asimismo a Dizucar una serie de medidas correctivas: a) abstenerse de discriminar precios en la venta de azúcar entre sus clientes; b) proporcionar azúcar a cualquier comprador que lo requiera, independientemente del destino, la presentación o las cantidades que se soliciten; c) suministrar a la Superintendencia durante tres años i) el volumen de ventas a cada uno de sus clientes y ii) información detallada sobre su política de precios de venta de azúcar; d) publicar en el establecimiento comercial de Dizucar, en sus centros de distribución y en su sitio web los precios de venta del azúcar en forma clara; y e) publicar en todos los diarios de circulación nacional un desplegado de página entera para dar a conocer su política de precios y que está obligada a vender azúcar a cualquier persona natural o jurídica que la requiera, sin restricciones de ningún tipo.

Dizucar presentó una apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la cual ordenó medidas cautelares para el pago de las multas (es decir, lo suspendió), pero no para las medidas correctivas obligatorias que había impuesto el Consejo Directivo de la Superintendencia. Este caso sigue pendiente en la Corte Suprema de Justicia.

Como Dizucar no ha informado a la Superintendencia de que esté cumpliendo las órdenes de su resolución, esta última ha pedido a la Fiscalía General que inicie un procedimiento de ejecución forzosa de sus medidas correctivas obligatorias, que no han sido suspendidas por la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, es posible que las partes implicadas continúen con prácticas que infringen la resolución de la Superintendencia muchos años después de que fuera adoptada.

3.3.3. *El caso de las telecomunicaciones*

El 24 de octubre de 2013, la Superintendencia recibió una denuncia interpuesta por Platinum Enterprises contra cinco operadores de telecomunicaciones⁶⁵ por supuestas prácticas anticompetitivas relacionadas con la prestación de servicios intermedios de tráfico internacional para la terminación de llamadas en las redes de ciertos operadores. El 9 de enero de 2014, la Superintendencia inició una investigación de estos operadores.

En octubre de 2015, el Consejo Directivo descubrió que estas empresas habían abusado de sus posiciones dominantes creando obstáculos para la entrada de competidores o la expansión de los existentes. Las prácticas abusivas consistían en retrasar el inicio de las negociaciones para la suscripción de los respectivos contratos de interconexión o, una vez iniciadas las negociaciones, retrasar la suscripción de dichos contratos con el fin de entorpecer a competidores el acceso a facilidades esenciales. El Consejo consideró que, en cuanto empresas con una posición dominante en el mercado, los cinco operadores de telecomunicaciones tenían una responsabilidad especial, por lo que les exigió actuar con mucho cuidado y diligencia cuando recibieran peticiones de sus competidores para prestar servicios intermedios de interconexión con sus redes.

Teniendo esto en cuenta, la Superintendencia impuso las siguientes multas: 592 000 USD a Digicel y a Telefónica Móviles El Salvador; 355 000 USD a CTE; 237 000 USD a CTE Telecom Personal; y 474 000 USD a Telemóvil El Salvador.

Además de las sanciones pecuniarias, el Consejo Directivo impuso una serie de medidas correctivas entre las que se incluía una orden de cese inmediato de las prácticas y varias obligaciones de reparación. En primer lugar, los operadores de telecomunicaciones deberán abstenerse de efectuar tácticas dilatorias a la hora de negociar las solicitudes de acceso a la interconexión a todo solicitante, debiendo respetar la buena fe y el debido cuidado que como agentes con posición dominante tienen en el mercado. En segundo lugar, los operadores deberán responder inmediatamente a todas las solicitudes de interconexión que les dirijan, indicando cualquier dato que falte para poder suscribir un contrato de interconexión de acuerdo con el marco regulatorio y las políticas internas de los propios operadores. En tercer lugar, los operadores deberán suministrar a cualquier solicitante que no se encuentre inscrito en el Registro adscrito a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET) la información pertinente a su Oferta Básica de Interconexión (OBI), Oferta Básica de Acceso (OBA), Planes Técnicos Fundamentales (PTF) y al último contrato de interconexión suscrito, a efectos de garantizar que los solicitantes puedan completar sus solicitudes en debida forma. En cuarto y último lugar, los operadores deberán publicar en su sitio web el listado de documentos que deben adjuntarse a la solicitud de interconexión y el procedimiento interno que cada operador lleva a cabo para la tramitación de dichas solicitudes.

⁶⁵ En concreto, Telemóvil El Salvador, CTE Telecom Personal, Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador (CTE), Telefónica Móviles El Salvador y Digicel.

El Consejo Directivo de la Superintendencia también efectuó recomendaciones a ciertas instancias gubernamentales a fin de fomentar y coadyuvar a garantizar la interoperabilidad entre los distintos operadores participantes del sector de las telecomunicaciones.

3.4. Control de concentraciones

La normativa de El Salvador establece un control *ex ante* de las concentraciones de empresas que sobrepasen ciertos umbrales, de conformidad con los artículos 31 a 36 de la Ley de Competencia. Como se ha señalado antes, el Reglamento contiene artículos que desarrollan diversos aspectos sustantivos y procedimentales del examen de las concentraciones, como, por ejemplo, el concepto de concentración⁶⁶, los umbrales de notificación y el procedimiento de autorización⁶⁷.

El estándar legal pertinente es que solo se podrá autorizar una concentración si se considera que no provocaría «una limitación significativa a la competencia»⁶⁸. Si bien la Superintendencia aún no ha publicado directrices que describan la metodología que aplica para analizar las concentraciones, se sabe que su metodología es similar a la de muchos otros países: empieza definiendo el mercado antes de evaluar los probables efectos que la concentración propuesta tendría en la competencia. Tanto la Ley de Competencia como el Reglamento exigen que la Superintendencia considere, entre otras cosas, las ganancias en eficiencia que podría generar la transacción propuesta. También es relevante el hecho de que una parte pueda ser insolvente o correr el riesgo de quebrar.

3.4.1. Umbrales de notificación

En El Salvador se exige a las empresas que notifiquen concentraciones que sobrepasen ciertos umbrales preestablecidos. Estas concentraciones deben someterse a la aprobación de la Superintendencia, sin la cual no se puede cerrar la transacción. En la sección 2.2.2 se han analizado con detalle las disposiciones referentes al control de las concentraciones en El Salvador, incluidas las que explican cuándo se considera que existe concentración y las que incluyen los umbrales a partir de los cuales es obligatorio notificar la concentración.

En particular, hemos visto que las concentraciones cuyos activos totales combinados excedan el equivalente a 50 000 salarios mínimos anuales urbanos (unos 182,5 millones de USD) o cuyos ingresos totales excedan el equivalente a 60 000 salarios mínimos anuales urbanos (unos 219,0 millones de USD) deben solicitar autorización de la concentración a la Superintendencia. Esos umbrales son relativamente elevados para una economía pequeña como la de El Salvador. Las cantidades fijadas como umbral de activos e ingresos totales corresponden respectivamente al 0,74 % y al 0,88 % del producto interno bruto de El Salvador en 2017⁶⁹. En cambio, en países como Costa Rica el umbral establecido es 30 000 salarios mínimos (15,5 millones de USD), cifra que representa el 0,03 % del producto interno bruto⁷⁰.

Ni la Ley de Competencia ni el Reglamento exigen que los activos o los ingresos pertinentes estén ubicados o se obtengan en El Salvador. No obstante, la jurisprudencia ha generado un requisito de nexo

⁶⁶ «Concentración» es el término empleado en la Ley de Competencia.

⁶⁷ Artículos 18 a 32.

⁶⁸ Artículo 34.

⁶⁹ Ver <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD>.

⁷⁰ Ver <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD>, https://www.coprocom.go.cr/concentraciones/notificacion_obligatoria_de_concentraciones.html.

jurisdiccional en virtud del cual, a la hora de determinar si hay que notificar o no una concentración, se debe tener en cuenta la presencia de las partes y los efectos de la transacción en el territorio nacional⁷¹.

Por consiguiente, la Superintendencia solo examina una concentración si las dos partes que antes eran independientes están directa o indirectamente presentes en el país, y, a la hora de evaluar si se exceden los umbrales, solo tiene en cuenta activos e ingresos ubicados u obtenidos en el país.

3.4.2. *Procedimiento de control de las concentraciones*

Cualquier agente económico que participe en la transacción de una concentración puede presentar una solicitud de autorización de dicha concentración. La solicitud se debe presentar por escrito al Consejo Directivo de la Superintendencia. Debe indicar los nombres de las partes, identificar a su representante legal, incluir la escritura de constitución, exponer en forma resumida la composición del capital social y la participación de cada accionista directo o indirecto y describir los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada agente económico implicado en la concentración. Asimismo, la solicitud debe explicar la naturaleza de la transacción, adjuntando los estados financieros de los agentes involucrados correspondientes al último ejercicio fiscal y los demás datos que sean necesarios para que la Superintendencia entienda la transacción.

Actualmente la Superintendencia no cobra por las notificaciones de concentraciones que recibe, ni tiene potestad para hacerlo.

La ley dispone que la Superintendencia cuenta con 90 días hábiles a partir de la notificación para emitir una resolución. Si no emite su resolución en ese plazo, se considera que la concentración está aprobada.

En otros países de la región el plazo es más corto, pero quizá eso lleve a confusión, ya que estas autoridades tienen más posibilidades de parar el reloj que la autoridad de El Salvador⁷². Por otro lado, la ley de El Salvador no dispone la posibilidad de plazos más cortos de examen en el caso de los procedimientos de control de concentraciones sencillos, que se podrían ampliar para llevar a cabo una investigación a fondo si hay indicios de que la transacción pudiera plantear problemas relacionados con la competencia.

Ni la Ley de Competencia ni su Reglamento contemplan la posibilidad de investigar las concentraciones por fases, sino que, una vez que se presenta una notificación, hay una única fase de 90 días hábiles para cualquier concentración, tras la cual se considera que la concentración está aprobada. Sin embargo, la Superintendencia trata de ajustar la profundidad de su análisis a las características del caso, con el objetivo de emitir una resolución en menos tiempo, sobre todo cuando se puede determinar que la concentración no supone ninguna amenaza de limitación significativa de la competencia.

Una vez que se ha recibido la solicitud de una concentración, la Superintendencia verifica el cumplimiento de los requisitos pertinentes, es decir, que la operación es una concentración conforme a la definición que da la ley, y que la transacción cumple los umbrales establecidos. Si la Superintendencia requiere información adicional sobre la transacción o considera que la solicitud presentada es deficiente en algún aspecto, tendrá un plazo de 15 días a partir de la fecha de notificación para pedir esa información a las partes.

⁷¹ Se puede encontrar un ejemplo en la resolución SC-027-S/C/R-2009, que está disponible en línea en: https://www.sc.gob.sv/site/uploads/SC-027-S-C-R-2009_101109_0930.pdf.

⁷² En Costa Rica el plazo máximo es de 30 días, mientras que en la Argentina es de 45 días. No obstante, en la Argentina la autoridad competente puede ampliar su plazo de 45 días hábiles sumando otros 120, y la autoridad competente de Costa Rica, por su parte, puede ampliar su plazo hasta 60 días.

El período de 90 días no empieza a contar hasta que la autoridad ha recibido toda la información que necesita, según lo establecido en los instrumentos legales pertinentes. Por lo tanto, si la Superintendencia solicita que se hagan correcciones en la solicitud inicial o pide información adicional, como se ha descrito en el párrafo anterior, el plazo de 90 días solo comenzará cuando haya recibido toda la información que haya solicitado. Además, si hace falta más información para que la solicitud cumpla los requisitos establecidos en los instrumentos jurídicos pertinentes, la Superintendencia también está autorizada a hacer un segundo requerimiento a las partes⁷³. La Superintendencia solo admitirá la solicitud de autorización y el plazo de 90 días solo empezará a contar después de que se haya presentado toda la información necesaria para completar la notificación.

Una vez que haya comenzado el análisis, la Superintendencia suele pedir información a agentes económicos que intervienen en los mercados pertinentes, incluidas las partes, con el fin de evaluar los efectos de la concentración. Desde 2019 esas peticiones interrumpen el cómputo de los 90 días hábiles de plazo hasta que se proporciona toda la información o hasta que se cumplen los plazos establecidos por la ley, momento en el que el reloj se vuelve a poner en marcha desde el momento de la interrupción.

Entre 2013 y 2017, se presentaron 55 solicitudes de concentración. Solo nueve concentraciones (es decir, un 16,36 %) fueron finalmente autorizadas. Todas quedaron resueltas en el plazo legal de 90 días.

Teniendo en cuenta los datos correspondientes al período 2013-2018 (es decir, antes de que entrara en vigor la Ley de Procedimientos Administrativos), transcurrió una media de 162 días entre la fecha inicial de la notificación de una transacción y la emisión de la resolución final. Este cómputo incluye el período durante el cual las partes corrigieron defectos de forma y proporcionaron la información adicional que hacía falta para completar la notificación de concentración⁷⁴. La media de días naturales entre la recepción de la solicitud completa y la emisión de la resolución final fue de 54.

La legislación actual no permite que la Superintendencia pida a las partes que se van a fusionar que propongan remedios, pero las partes pueden presentar compromisos, y la Superintendencia está autorizada a recibirlos.

Por otro lado, la Superintendencia no está autorizada a informar a las partes que se van a fusionar de la existencia de preocupaciones en materia de competencia, ni a comunicarles si los compromisos suavizan dichas reticencias. El Consejo Directivo es el único que puede tomar la decisión de autorizar una concentración, bloquearla o aprobarla sujeta a determinadas condiciones. Así pues, aunque las partes son libres de presentar compromisos, la Superintendencia no puede comunicarse ni negociar con ellas con respecto a si los compromisos propuestos son suficientes para suavizar las reticencias relacionadas con la competencia.

Puesto que no hay un proceso de comunicación o de negociación, lo normal es que, cuando el Consejo Directivo impone condiciones, lo haga sin que las partes hayan propuesto antes compromisos. Por eso ha habido casos de concentraciones que fueron aprobadas sujetas a condiciones impuestas por el Consejo Directivo. Hasta la fecha no se ha detectado que las partes hayan incumplido esas condiciones después de que estas las hayan aceptado y de que se haya aprobado la concentración bajo esta premisa. Como resultado, la Superintendencia no ha aplicado nunca una sanción por incumplir las condiciones impuestas para una concentración.

Si las partes no están dispuestas a cumplir las condiciones impuestas por la Superintendencia, tienen tres opciones: abandonar la transacción, apelar la resolución o intentar presentar una nueva solicitud de la misma transacción con o sin un nuevo conjunto de compromisos alternativos. Ha habido ocasiones en las

⁷³ Artículo 26 del Reglamento de la Ley de Competencia.

⁷⁴ El conjunto de datos empleado para calcular la media de días para la emisión de una resolución final incluye las solicitudes que finalmente se rechazaron por no cumplir los requisitos jurídicos relativos a las notificaciones.

que el Consejo ha condicionado su aprobación de una concentración a que las partes presenten un plan de medidas correctivas, como pasó en el caso de la transacción de *AB InBev* y *SABMiller* que se describe más adelante.

En los últimos cinco años solo ha habido un caso en el que las partes que se iban a fusionar hayan tomado la iniciativa de proponer una medida correctiva. Al tratarse de una transacción internacional, esa concentración dio lugar a múltiples procedimientos de examen en diversas jurisdicciones. Las medidas correctivas propuestas se aplicaban a nivel mundial y no eran específicas del mercado salvadoreño. El Consejo Directivo determinó que esas medidas correctivas de ámbito mundial no eran suficientes para corregir los efectos que la operación tendría en el mercado salvadoreño y decidió imponer condiciones a la concentración.

La Superintendencia no puede denegar una autorización de concentración si los interesados demuestran que puede haber ganancias en eficiencia significativas que se traducen en un ahorro de costos y en beneficios directos para el consumidor, y si tales ganancias no pueden alcanzarse por otros medios y no ocasionarán una reducción de la oferta en el mercado.

3.4.3. Ejemplos de casos de control de concentraciones

A continuación se presentan ejemplos de concentraciones que ha examinado la Superintendencia.

Adquisición de Digicel por parte de América Móvil (telecomunicaciones)

Como se ha señalado anteriormente, en la práctica el Consejo Directivo puede imponer condiciones para las concentraciones. Las partes pueden aceptar tales condiciones, abandonar la transacción o presentar una nueva solicitud de concentración. La adquisición de Digicel por parte de América Móvil es un ejemplo de lo que ocurre en estos casos.

El 6 de junio de 2011, América Móvil y AMOV IV notificaron que América Móvil iba a comprar el 100 % de las acciones de Digicel, un proveedor de servicios de telefonía móvil y fija.

La Superintendencia consideró que la transacción podía facilitar la colusión y permitir la estabilidad de acuerdos anticompetitivos al reducir el número de competidores que había en el mercado y eliminar a Digicel como agente impulsor de la competencia. Esta decisión estaba basada en que había llegado a la conclusión de que existirían barreras para la entrada al mercado que limitarían el posible nivel de competencia, se produciría una elevada concentración de los mercados relevantes por haber pocos competidores, la entidad resultante de la concentración disfrutaría de elevadas cuotas de mercado y una elevada parte del espectro radioeléctrico disponible, y Digicel desaparecería como impulsor de la competencia.

Para impedir que la competencia se viera afectada, el 30 de agosto de 2011 el Consejo Directivo impuso condiciones para la transacción. Entre esas condiciones se incluía el requisito de que la entidad resultante de la concentración cediera su derecho a explotar parte del espectro radioeléctrico.

Las partes no estuvieron dispuestas a aceptar esas condiciones, al no lograr revertirlas mediante un recurso de apelación, pareció que las partes habían decidido abandonar la transacción. Sin embargo, el 27 de marzo de 2012 decidieron presentar una nueva solicitud de la misma concentración, que dio lugar a un nuevo procedimiento de examen.

La Superintendencia realizó un nuevo análisis y evaluó la validez de las nuevas ganancias en eficiencia que las partes alegaban. Finalmente, el 25 de septiembre de 2012 el Consejo Directivo decidió denegar la concentración. Su decisión estaba basada en hallazgos similares a las de la solicitud anterior, pero también tuvo en cuenta que las partes adquirirían el derecho a explotar un porcentaje del espectro radioeléctrico mayor del que era necesario para que consiguieran la mejora de la calidad que habían alegado como ganancia en eficiencia. Por otro lado, las partes fueron incapaces de demostrar que la

concentración era necesaria para conseguir las mejoras en la calidad del servicio que habían alegado como ganancias en eficiencia.

AB InBev y SABMiller (cerveza)

AB InBev adquirió SABMiller (Industrias la Constancia en El Salvador) por 104 000 millones de USD. Entre las diversas notificaciones de concentración que efectuó en diferentes países del mundo, AB InBev presentó una ante la Superintendencia en febrero de 2016. Dicha solicitud quedó completada en mayo de 2016, cuando AB InBev presentó la información adicional que le había pedido el Consejo Directivo.

A continuación, la Superintendencia llevó a cabo un análisis exhaustivo de la concentración, recopilando información y realizando entrevistas con diversos agentes económicos que desarrollaban su actividad en el mercado salvadoreño de la cerveza.

En agosto de 2016, el Consejo Directivo emitió una resolución final mediante la cual pedía a AB InBev que, entre otras cosas, presentara un plan de desinversión destinado a vender o liquidar varios activos. Como el Consejo Directivo tenía que aprobar el plan de desinversión, ese esquema permitía a la Superintendencia recibir, evaluar y aprobar propuestas de medidas correctivas (remedios) después de haberse emitido una resolución final. En noviembre de 2016, AB InBev propuso la venta de las marcas Regia y Suprema, y al mes siguiente el Consejo Directivo aprobó ese plan de desinversión.

Tras un proceso de selección que duró de septiembre de 2017 a abril de 2018, se encargó a Duff & Phelps que verificara que AB InBev cumplía todas las condiciones impuestas por el Consejo Directivo, incluidas las relacionadas con el proceso de desinversión. En junio de 2018, el Consejo Directivo aprobó la propuesta de las partes para vender las marcas Regia y Suprema a un tercero (Cervecería Salvadoreña).

Telemóvil y el Grupo Caribeña

El 2 de diciembre de 2016, Telemóvil, un proveedor de servicios de televisión por suscripción, Internet de banda ancha fija y móvil y servicios de telefonía fija y móvil por todo el país, notificó la adquisición de una cartera de clientes de televisión e Internet por suscripción del Grupo Caribeña. Dicho grupo era un proveedor de servicios de televisión e Internet por suscripción en 15 municipios de la zona oriental de El Salvador (de los 262 que hay en el país).

La Superintendencia realizó un análisis técnico en el que concluyó que la transacción conllevaba riesgos para el nivel de competencia. Los riesgos se referían, en particular, a los efectos unilaterales que la transacción tendría en los de la televisión por suscripción, debido a que uno de los mayores competidores salía del mercado geográfico y de producto relevantes, y a que la posición dominante de Telemóvil quedaba fortalecida en 15 municipios de la zona oriental de El Salvador.

Además, la Superintendencia consideró que existen elevadas barreras para la entrada en estos mercados y que, por tanto, era poco probable que entrasen nuevos competidores que pudiesen ejercer presiones competitivas efectivas. Eso implicaba que Telemóvil sería capaz de subir los precios o perjudicar la disponibilidad, variedad y calidad de los servicios de televisión por suscripción ofrecidos en los mercados geográficos relevantes.

Sin embargo, el Consejo Directivo también consideró que la transacción podría permitir que Telemóvil reforzara su capacidad para rivalizar en el resto de los servicios de telecomunicaciones de la zona —donde el líder era otro competidor—, en la medida en que motivaría a sus nuevos clientes de televisión por suscripción a adquirir otros servicios de Telemóvil, como telefonía o Internet.

Por otra parte, existían elementos que podían compensar la posición dominante de Telemóvil en el mercado de la televisión por suscripción. Entre dichos elementos se incluía la existencia de otro competidor

fuerte con presencia nacional que podía ofrecer servicios complementarios de telecomunicaciones, las presiones competitivas que ejercerían los operadores de televisión abierta con la digitalización, y la posibilidad de fomentar inversiones de redes de nueva generación más robustas en municipios de menor densidad poblacional.

En consecuencia, el Consejo Directivo consideró que, si bien la operación reforzaba la posición dominante de Telemóvil en los mercados relevantes de la televisión por suscripción de la zona, existían elementos vinculados a la dinámica competitiva general de las telecomunicaciones que compensarían, en el mediano y largo plazo, los costos de tener una empresa que, temporalmente, ocupara una posición dominante en ese mercado.

Por consiguiente, la Superintendencia aprobó la transacción con algunas condiciones relacionadas con servicios de televisión por suscripción en el mercado geográfico relevante. Las principales condiciones eran que Telemóvil:

- Comunicara la operación directamente a los actuales clientes del Grupo Caribeña y a la población de los municipios en cuestión;
- No realizara alzas indebidas a los precios, ni disminución injustificada de oferta y calidad en los municipios que conforman el mercado geográfico, y empleara una política comercial de los servicios de televisión por suscripción que fuera uniforme con los planes de comercialización empleados en el resto del territorio nacional;
- No comercializara el servicio de televisión por suscripción en forma atada, imponiendo otro servicio o producto innecesario para mejorar la calidad o el buen uso del primero;
- No realizara prácticas que entorpecieran el cambio de operador por parte de los usuarios o clientes;
- Desplegara una red de cable basada en tecnología alámbrica híbrida (HFC), como la que posee en otras áreas del país, con la finalidad de llevar beneficios a esta región en cuanto a mayor oferta de canales, mejor calidad en la recepción de las señales, mayor velocidad de Internet y la ampliación de la oferta de servicios de telecomunicaciones.

Aunque todas estas condiciones estaban basadas en preocupaciones con respecto al nivel de competencia, parecen contener algunas condiciones normativas. La conexión de dichas condiciones regulatorias con la eliminación de cualquier reticencia suscitada por la transacción con respecto al nivel de competencia no está clara (por ejemplo, el requisito de desplegar la red de cable basada en tecnología alámbrica híbrida). Por otra parte, parece que algunas de las condiciones podrían potencialmente impedir la competencia en paquetes de servicios y la materialización de las correspondientes ganancias en eficiencia.

3.4.4. *Incumplimiento de las reglas de control de concentraciones*

Si una concentración que requiere autorización no se notifica debidamente, o se lleva a cabo sin haber sido previamente aprobada, la Superintendencia puede imponer una multa de hasta 5 000 salarios mínimos mensuales en la industria (alrededor de 1 520 850 USD)⁷⁵ o, si se trata de una infracción de particular gravedad, la mayor de las siguientes cantidades: i) hasta el 6 % de las ventas totales anuales de la empresa en El Salvador, ii) hasta el 6 % de los activos totales de la empresa en El Salvador o iii) entre dos y diez veces la ganancia estimada derivada de la práctica ilícita.

⁷⁵ Actualmente, el salario mínimo mensual en la industria es de 304,17 USD.

Por otra parte, en el caso de una concentración en la que una parte no cumpla una condición establecida en una resolución final del Consejo Directivo, puede multarse a ese agente económico con hasta 5 000 salarios mínimos mensuales urbanos (alrededor de 1 520 850 USD)⁷⁶ por cada día que transcurra sin que cumpla lo ordenado.

Todo agente económico que no presente la información solicitada por la Superintendencia, o que intencionada o negligentemente proporcione información falsa o incompleta, puede ser multado con hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos (unos 3 041,7 USD)⁷⁷ por cada día que siga sin presentarla.

Desde 2013 la Superintendencia ha sancionado a dos agentes económicos por no notificar una concentración que habían llevado a cabo: una transacción en el sector de los combustibles líquidos derivados del petróleo y otra en el mercado del azúcar.

Asimismo, en los últimos años la Superintendencia ha sancionado a un agente económico que no formaba parte de la transacción por no proporcionarle información para su análisis de los posibles efectos de una concentración en la industria cervecera. En este mismo período, la Superintendencia ha sancionado a tres agentes por no proporcionarle información en un procedimiento para determinar si anteriormente se había incumplido la obligación de notificar una concentración que requería autorización⁷⁸.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Las reglas sobre el incumplimiento de la obligación de presentar información también se pueden aplicar en otros contextos, por ejemplo, en estudios de mercado.

En relación con un estudio de la industria farmacéutica, la Superintendencia solicitó información a varios laboratorios. Algunos no respondieron, mientras que otros alegaron que la Superintendencia no tenía autoridad legal para pedir esa información. La Superintendencia contestó a los últimos citando las disposiciones aplicables de la Ley de Competencia. Cinco laboratorios insistieron en no proporcionarle la información, pero la Superintendencia inició los procedimientos para exigir a los laboratorios que se la proporcionaran. Lo hizo ateniéndose a otro instrumento jurídico, ya que la Ley de Competencia no contempla específicamente tal procedimiento. Finalmente, las cinco empresas proporcionaron la información, pero el Consejo Directivo impuso multas a los laboratorios por el tiempo que habían pasado sin cumplir su obligación, las cuales ascendieron a unos 52 500 USD. Tres laboratorios han pagado sus multas; dos han apelado.

4. Competencia desleal, protección del consumidor y regulación sectorial

4.1. Competencia desleal

El Código de Comercio de El Salvador contiene disposiciones que prohíben diversos tipos de competencia desleal, entre ellos el soborno, la presentación de información falsa acerca del origen o la calidad de los productos o acerca de un competidor, y el uso indebido de propiedad intelectual.

Los tribunales de lo civil son los encargados de exigir el cumplimiento de las leyes de competencia desleal. La Superintendencia no es responsable de hacer cumplir dicha normativa.

4.2. Protección del consumidor

En El Salvador se aprobó una ley de protección al consumidor mucho antes que la Ley de Competencia. La Ley de Protección al Consumidor en vigor, promulgada en 2005 y reformada por última vez en 2019, es un documento extenso y exhaustivo. Dicha ley cubre una amplia gama de prácticas, entre ellas la venta de productos insalubres o peligrosos, sustancias tóxicas, diversas disposiciones contractuales, la venta de productos defectuosos, la información falsa y que lleve a error, la publicidad engañosa y otras prácticas publicitarias. Las infracciones que sean muy graves se sancionarán con una multa de hasta 500 salarios mínimos mensuales en la industria.

Un ente independiente de protección del consumidor, la Defensoría del Consumidor, es el encargado de hacer que se cumpla esta ley. La Superintendencia no es responsable de hacer cumplir la Ley de Protección al Consumidor.

En virtud de la ley de 2005 también se instituyó el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, que está compuesto por la Defensoría del Consumidor y dependencias del Órgano Ejecutivo y demás instituciones del Estado, entre ellas la Superintendencia de Competencia. El Sistema Nacional se encarga de la planificación estratégica y otras actividades de coordinación sobre el terreno.

En virtud de la Ley de Protección al Consumidor de 2005 también se instituyó un consejo consultivo para asesorar al presidente de la Defensoría: el Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor. La Superintendencia de Competencia es miembro de ese consejo, junto con representantes de los consumidores, las organizaciones no gubernamentales y las cámaras empresariales de El Salvador.

A pesar de carecer de competencias de protección del consumidor, la Superintendencia de Competencia firmó un acuerdo de cooperación y coordinación con la agencia de protección del consumidor el 15 de julio de 2009. El acuerdo estableció un mecanismo de cooperación técnica para asistencia al recopilar, procesar, analizar e intercambiar información relativa a los diversos sectores del mercado, y para facilitar la oportuna realización de actividades de interés común dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

En El Salvador se otorga mucha importancia a la protección del consumidor, cuestión que goza de una gran visibilidad. El público entiende las medidas que las agencias de protección del consumidor toman en su nombre. Los casos son numerosos y se resuelven rápidamente.

La Defensoría cuenta con los fondos necesarios; su presupuesto es bastante superior al de la Superintendencia. Las organizaciones no gubernamentales de protección del consumidor también son muy activas en El Salvador; la más grande de ellas es el Centro para la Defensa del Consumidor.

4.3. Sectores regulados

Como se ha señalado anteriormente, el alcance de la Ley de Competencia de El Salvador cubre todas las actividades económicas que desarrolle un agente económico y todas las actividades económicas que la Constitución y las leyes no reserven al Estado y los municipios.

En varios sectores de la economía, los agentes económicos no están sujetos solo a la Ley de Competencia, sino también a un reglamento y unos entes reguladores específicos de cada sector.

En lo que se refiere a la defensa de la competencia (es decir, el cumplimiento de las disposiciones contra las prácticas anticompetitivas y el control de concentraciones), la Superintendencia tiene atribuciones legales exclusivas para hacer cumplir la ley en todos los sectores económicos, independientemente de que sean sectores regulados o no. Además, las opiniones de la Superintendencia son vinculantes en caso de las concentraciones.

No obstante, hay disposiciones legales sectoriales que requieren que los entes reguladores interactúen con la Superintendencia en lo que se refiere a la promoción de la competencia. Dicha interacción incluye, por ejemplo, mandatos legales para que la Superintendencia proporcione al regulador opiniones técnicas o lleve a cabo estudios, a veces vinculantes, con el fin de orientar al regulador en su toma de decisiones⁷⁹.

4.3.1. *Electricidad*

El sector de la electricidad, como otros sectores de redes, se privatizó en la década de 1990. La transmisión de electricidad es un monopolio estatal de una empresa que pertenece al Estado. Existe competencia tanto aguas arriba a este monopolio estatal (la generación de electricidad) como aguas abajo (distribución y comercialización de la electricidad).

La electricidad es generada en plantas operadas por diversos agentes económicos. Los principales operadores de este mercado son: i) LaGeo, una empresa estatal que opera centrales eléctricas geotérmicas; ii) la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), una empresa estatal que opera centrales hidroeléctricas; iii) Duke Energy International El Salvador (Duke Energy), un operador privado que opera centrales termoeléctricas; y iv) Termopuerto, otro operador de centrales termoeléctricas. En 2015 CEL tenía la mayor capacidad instalada, el 31,5 % del mercado, seguida de Duke Energy, con el 23 % de capacidad instalada.

Los distribuidores de electricidad poseen y operan instalaciones cuya finalidad es distribuir energía eléctrica por redes de bajo y medio voltaje. Los distribuidores que operan actualmente en El Salvador son: Distribuidora Eléctrica del Sur, Compañía de Alumbrado Eléctrico de El Salvador (CAESS), Compañía Eléctrica de Santa Ana (AES CLESA), Empresa Eléctrica de Oriente (EEO), Distribuidora Eléctrica de Usulután, B & D Servicios Técnicos (B & D), Abruzzo y Empresa Distribuidora Eléctrica Salvadoreña (EDESAL).

El ente regulador de este sector es la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET). Como su nombre indica, la SIGET también es responsable del sector de las telecomunicaciones. La SIGET se encarga de «velar por la defensa de la competencia» en los términos establecidos en la Ley General de Electricidad, y de determinar la existencia de condiciones que garanticen la sana competencia en los precios ofertados en el Mercado Regulador del Sistema⁸⁰.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, la Ley General de Electricidad, la Ley Orgánica de Aviación Civil o la Ley General Marítimo Portuaria entre otras.

⁸⁰ Artículo 3, letras a) y c), de la Ley General de Electricidad.

Entre las disposiciones que regulan el modo en que la SIGET defenderá la competencia en este sector hay una que establece que la SIGET y la Superintendencia deben definir juntas las condiciones para competir en el Mercado Regulador del Sistema⁸¹. La falta de condiciones que garanticen la competencia justificará la aprobación de un reglamento interno que propicie comportamientos de ofertas que asemejen un mercado competitivo.

Como complemento de las disposiciones de la ley actual, en 2007 la SIGET y la Superintendencia adoptaron un documento conjunto que promueve la competencia en el mercado de la generación de electricidad.

En 2007 la Superintendencia llevó a cabo un estudio del sector de la electricidad que reveló que no había competencia entre los generadores del mercado mayorista de electricidad, pero no por incumplimiento de la Ley de Competencia. La SIGET realizó un estudio similar independiente del efectuado por la Superintendencia y llegó a conclusiones similares. Fruto de esa labor, en 2007 los dos entes adoptaron una posición conjunta en la que concluyeron la necesidad de promover la aprobación de un reglamento para el despacho de energía basado en el costo marginal de producción. Finalmente, en agosto de 2011 se aprobó el Reglamento de Operación del Sistema de Transmisión y del Mercado Mayorista Basado en Costos de Producción.

La Superintendencia también ha comunicado a la SIGET 49 opiniones no vinculantes referentes a proyectos de reglamentos del sector de la electricidad y subastas para adjudicar contratos a largo plazo relativos a la venta de electricidad.

4.3.2. *Telecomunicaciones*

Como se ha señalado anteriormente, la SIGET es el ente regulador tanto del sector de la electricidad como del sector de las telecomunicaciones. En el contexto de sus competencias reguladoras, la SIGET fija las tarifas básicas máximas que se pueden aplicar a algunos servicios de telefonía fija y móvil.

En 2016 se reformó la Ley de Telecomunicaciones con el fin de conferir facultades discrecionales a la SIGET para solicitar a la Superintendencia opiniones sobre las transacciones en el mercado secundario de los derechos de explotación del espectro radioeléctrico, y sobre la participación de algunos agentes en el procesos de adjudicación del espectro. En ambos casos, la opinión de la Superintendencia será vinculante para la SIGET, si esta la ha solicitado.

En el contexto de estas disposiciones, en 2018 la SIGET pidió una opinión sobre la participación de ciertos agentes en el proceso de adjudicación de 140 MHz del espectro radioeléctrico para servicios de telefonía móvil. La Superintendencia determinó que no había justificación alguna para excluir a ninguno de los agentes, ya que consideraba que ninguna de las empresas tenía una posición dominante y que no había riesgo de que la adjudicación del espectro creara la posición dominante.

Por otra parte, la abogacía de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones entra en el ámbito de las competencias de la Superintendencia. En un estudio del mercado de la televisión abierta publicando en 2015, la Superintendencia encontró que una empresa con posición dominante tenía una cuota del 66 % de este mercado en cuanto a rating de audiencia y del 77 % en cuanto a ingresos por publicidad. Según las dos mediciones, el mercado en cuestión estaba muy concentrado. Durante las sesiones públicas de discusión en la Asamblea Legislativa en el contexto de reformas de la Ley de Telecomunicaciones, la Superintendencia abogó firmemente por que se pusieran en práctica las recomendaciones de la política pública que había hecho en este estudio de mercado. Finalmente, la reforma de 2016 incorporó algunas de las recomendaciones de la Superintendencia, pero no todas.

⁸¹ Artículo 112-E de la Ley General de Electricidad.

4.3.3. Combustibles

Los precios de los combustibles en El Salvador estaban regulados hasta 1994, cuando se introdujo un sistema de precios por paridad de importación. Los precios del gas licuado de petróleo, el combustible más usado en los hogares, siguen regulados con un precio máximo, y los hogares de bajos ingresos reciben subvenciones parciales. Los precios de la distribución minorista de gasolina y diésel no están regulados, pero sí sujetos a un sistema de vigilancia basado en precios de referencia.

El Salvador es un importador neto de petróleo, y sus principales operadores se dedican a la distribución tanto mayorista como minorista. Según datos recientes del monitoreo que lleva a cabo la Superintendencia, en 2018 había tres proveedores de combustible que acumulaban el 75 % del mercado de ventas nacionales en gasolineras (distribución minorista).

El Ministerio de Economía tiene la responsabilidad regulatoria sobre este sector. La Superintendencia es competente para hacer cumplir la ley genérica de competencia y para controlar las concentraciones en este sector, como en otros.

4.3.4. Banca

El sector bancario fue nacionalizado en 1980. Sin embargo, a principios y mediados de la década de 1990 se volvió a privatizar el sector financiero y se fomentó la entrada de bancos extranjeros. Hoy en día hay 14 bancos en el país, la mayoría extranjeros.

En este sector ha habido varias concentraciones. Entre 2006 y mayo de 2019, la Superintendencia ha evaluado 12 concentraciones, presentadas de manera sucinta en la siguiente tabla. Por otra parte, en 2011 la Superintendencia llevó a cabo un estudio de la competencia en los mercados de las tarjetas de crédito y de débito.

Tabla 12. Concentraciones en el sector financiero

Año	Partes	Resultado
2006	Citibank adquirió el Grupo Financiero	Autorizada
2007	Bancolombia adquirió Banagricola	Autorizada
	Citibank adquirió Inversiones Financieras Cuscatlán	Autorizada
	Bancolombia adquirió Bienes y Servicios (un proveedor de material de oficina y otros servicios)	Autorizada
	Banco de América Central adquirió una cartera de préstamos de FUSADES	Autorizada
2009	Inversiones Financieras Citibank adquirió Citi Info Centroamérica (centro de atención telefónica)	Autorizada
2012	Seguros Sura adquirió las Aseguradora Suiza Salvadoreña	Autorizada con algunas condiciones
2016	Inversiones Financieras Imperia Cuscatlán adquirió el Banco Citibank El Salvador	Autorizada
	ASSA adquirió AIG	Autorizada
2017	Inversiones Atlántida adquirió Procredit Holding	Autorizada
2018	Inversiones Atlántida adquirió Davivienda Vida Seguro	Autorizada
2019	Perinversiones adquirió el Banco Azteca	Autorizada

Fuente: Superintendencia.

La encargada de la vigilancia de este sector es la Superintendencia del Sistema Financiero, mientras que el Banco Central de Reserva (BCR) es responsable de aprobar el marco regulatorio del sector financiero.

El BCR ha pedido en ocasiones comentarios a la Superintendencia sobre diversas propuestas normativas. En 2017 y 2018, el BCR llevó a cabo dos proyectos normativos, uno sobre las «Normas Técnicas para la Transparencia y Divulgación de la Información de los Servicios Financieros Bancarios» y otro sobre las «Normas Técnicas para el Sistema de Tarjetas de Crédito». En estos proyectos normativos se tuvieron en cuenta algunas de las recomendaciones de política pública que formuló la Superintendencia en su estudio sobre las condiciones de competencia en el sector de las tarjetas de crédito y de débito en El Salvador, las dos opiniones emitidas por la Superintendencia sobre este asunto en 2012 y algunas de las recomendaciones que se emitieron en una actuación previa en este sector.

Además, en 2016 el BCR, la Superintendencia del Sistema Financiero y la Superintendencia de Competencia sostuvieron discusiones técnicas en los que trataron las recomendaciones que había hecho la Superintendencia en su resolución de 2015 referente a la colusión en licitaciones en el sector de los seguros, analizada en la sección 3.1.2. Como resultado de esas reuniones se formularon varias recomendaciones que se presentan de manera sucinta en la siguiente tabla. Aparentemente, tras el ejercicio de monitoreo realizado por la Superintendencia, solo se ha adoptado una de las cuatro recomendaciones.

Tabla 13. Seguimiento de las recomendaciones para el sector de los seguros

Recomendación	Situación
En cumplimiento al artículo 56 de la Ley de Competencia y a fin de evitar conflictos en materia de promoción, protección y defensa de la competencia —atribuciones exclusivas de la Superintendencia de Competencia en virtud del mandato de la mencionada ley—, se recomienda promover la derogatoria del artículo 46 de la Ley de Sociedades de Seguro.	No aplicada
Se recomienda promover la reforma del artículo 127 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, eliminando la regla que establece que las sociedades de seguros que ofrecen contratos de seguro de invalidez y sobrevivencia a las administradoras de fondos de pensiones deben operar exclusivamente en el giro de seguros de personas, a fin que todas las sociedades de seguros autorizados para operar en el país puedan ofrecer dichos contratos.	No aplicada
Se recomienda promover la reforma de artículo 16 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en el sentido de disminuir gradualmente el techo a las tasas de seguros que las administradoras de fondos de pensiones cobran a cuenta de sus afiliados en concepto del contrato del seguro. La disminución deberá regularse en función del conocimiento de la siniestralidad y de las eficiencias operacionales de las sociedades de seguros, con el objeto de trasladar los ahorros así obtenidos a la cuenta individual de ahorro para pensiones de cada afiliado.	Aplicada
Se recomienda promover la reforma de los artículos 124 y 130 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con el objetivo de fraccionar las licitaciones para la adquisición de seguros de invalidez y sobrevivencia en varios bloques, a fin de que todas las sociedades de seguros autorizadas puedan ofertar libremente, así como para que ningún agente económico pueda abarcar todos los bloques de una misma administradora de fondos de pensiones.	No aplicada

Fuente: Superintendencia.

4.3.5. Agricultura

Como en muchos otros países, varias regulaciones gubernamentales restringen la competencia en el sector agrícola. A pesar de ello, los mercados de la mayoría de los productos son razonablemente competitivos. En general los aranceles son bajos, y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y los Estados Unidos de América (CAFTA) tendrá como resultado la completa eliminación de aranceles agrícolas entre sus países miembros.

El azúcar, uno de los principales cultivos en El Salvador, es una excepción. Si bien los aranceles son elevadas en El Salvador, un 40 %, otras economías, entre ellas la de los Estados Unidos de América y la de Europa, también restringen considerablemente las importaciones de azúcar de diversas maneras. Por otra parte, las ventas nacionales y los mercados preferenciales para las exportaciones están sujetos por

ley a un sistema de cuotas que limita la competencia de precios y ha dado lugar a llamamientos para que se aplique la Ley de Competencia.

Sin embargo, debido a que estas restricciones de la competencia en el sector del azúcar son resultado de actos del Estado que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia, la Superintendencia ha complementado sus esfuerzos orientados a hacer cumplir la ley abogando vigorosamente por políticas que favorezcan la competencia en este sector. La Superintendencia ha efectuado estimaciones *ex ante* sobre los posibles efectos de sus resoluciones referentes a prácticas anticompetitivas y al control de concentraciones en el sector del azúcar. En el período 2015-2017, también realizó tres ejercicios de monitoreo de la evolución de los precios y las exportaciones de azúcar.

5. Abogacía y promoción de una cultura de competencia

Se podría decir que la Superintendencia desempeña varias funciones en la promoción de una cultura de competencia en El Salvador. Dichas funciones son la abogacía de la competencia, así como a orientación y la educación en este ámbito.

La Ley de Competencia confiere a la Superintendencia la facultad de desempeñar, a través de su Consejo Directivo, una función de abogacía de la competencia ante otros entes públicos⁸². Las disposiciones pertinentes invisten a la Superintendencia con autoridad para llevar a cabo estudios de mercado, informar a los entes reguladores de los diversos sectores cuando una investigación oficial de una práctica anticompetitiva lleve a la conclusión de que dicha práctica tiene su origen en la regulación de dichos entes, emitir opiniones sobre los efectos de propuestas legislativas en la competencia, y emitir opiniones sobre procedimientos de contratación y adquisición públicas⁸³.

Aparte de la función de abogacía conferida al Consejo Directivo, la Superintendencia también tiene una función general de abogacía de la competencia con el fin de prevenir prácticas anticompetitivas y generar oportunidades para promover la competencia y la aplicación de los principios de competencia en la actividad económica. Con su labor de abogacía de la competencia, la Superintendencia trata de lograr cambios culturales e institucionales que se producen en la sociedad de El Salvador, haciendo que se entienda y se interiorice el valor de la competencia sana, de manera que se genere un compromiso con la promoción y la protección de la competencia. En el marco de esta labor, intenta reforzar las relaciones entre las diferentes instituciones para promover la adopción de políticas públicas que favorezcan la competencia y la aplicación de sus recomendaciones por parte de otros entes públicos.

Asimismo, la Superintendencia tiene asignadas responsabilidades educativas. En este contexto, la Superintendencia interactúa con el público de diversas formas con miras a fomentar la comprensión de la política de competencia y el apoyo al programa de la entidad, que incluye la ejecución de programas de educación pública para promover una cultura de competencia en El Salvador.

En las siguientes tablas se muestra de manera sucinta cómo la Superintendencia dedica recursos a la abogacía de la competencia.

Tabla 14. Abogacía de la competencia (Intendencia Económica e Intendencia de Abogacía de la Competencia) y presupuesto para la capacitación del personal (2014-2018)

Presupuesto	2014	2015	2016	2017	2018
Intendencia Económica e Intendencia de Abogacía de la Competencia, incluida la capacitación del personal	101 627	199 725	243 560	114 496	186 756
Presupuesto para la capacitación del personal	30 364	66 391	52 487	38 702	39 036

Nota: Este presupuesto cubre las siguientes partidas: capacitación del personal de la Superintendencia (nacional e internacional), misiones oficiales en el extranjero, estudios sobre las condiciones de competencia, publicaciones, y capacitación dirigida a públicos específicos. También abarca el material para el Centro de Documentación (CENDOC), eventos de abogacía de la Competencia (por ejemplo, la Semana de la Competencia, la Gira SC, concursos interuniversitarios y la organización y la logística de otros eventos), material de promoción e información sobre la Superintendencia, programas de pasantías y consultorías externas.

Fuente: Superintendencia.

⁸² Artículo 14, letras b), h), l) y m).

⁸³ Las dos últimas funciones, emitir opiniones sobre legislación y sobre procedimientos de contratación y adquisición públicas, se añadieron en las modificaciones de 2007.

Tabla 15. Porcentaje del presupuesto de la Superintendencia asignado a la abogacía de la competencia (2014-2018)

Año	Presupuesto de la Intendencia Económica y la Intendencia de Abogacía de la Competencia	Presupuesto de la Superintendencia	Porcentaje (%) para la abogacía de la competencia
2014	101 627	2 035 567	5 %
2015	199 725	2 554 310	8 %
2016	243 561	2 555 033	10 %
2017	114 497	2 455 040	5 %
2018	186 757	2 558 808	7 %

Nota: Incluye el presupuesto para la capacitación del personal.

Fuente: Superintendencia.

La Superintendencia establece mecanismos de cooperación y coordinación con otros entes mediante convenios institucionales orientados a promover la competencia y prevenir y combatir las prácticas anticompetitivas. En la sección siguiente se tratan con más detalle esos acuerdos. Un ejemplo son los convenios de cooperación y coordinación con entes públicos nacionales con la finalidad de crear mecanismos de cooperación efectiva entre instituciones que faciliten y promuevan una comunicación ágil y oportuna. Otro ejemplo son los acuerdos con centros de educación superior para establecer líneas de cooperación entre la Superintendencia y esos centros con el fin de llevar a cabo actividades académicas y actividades de promoción de la Ley de Competencia y temas conexos.

Por último, como parte de sus iniciativas de cooperación internacional tratadas en la sección 2.7, la Superintendencia participa en actividades encaminadas a reforzar las capacidades técnicas de las agencias de competencia a nivel regionales y subregionales.

A lo largo de los años la Superintendencia también ha emprendido un gran número de iniciativas de abogacía y educación en materia de competencia.

La Superintendencia ha sido especialmente activa en universidades con el objetivo de involucrar a los futuros profesionales en una cultura de competencia. Los representantes de la Superintendencia dan conferencias y seminarios en las universidades y las escuelas con regularidad.

Como se verá con más detalle en la sección 5.3.2, la Superintendencia ha suscrito convenios de cooperación con seis universidades y ha proporcionado pasantías a estudiantes en sus oficinas, especialmente a los de Derecho y Economía.

En diciembre de 2018, la Superintendencia celebró el tercer Concurso Interuniversitario de Competencia. Los participantes tenían que asumir el rol del personal técnico de la Superintendencia y explicar y defender una propuesta de resolución de un caso ante un jurado que asumió el rol del Consejo Directivo. En estos concursos los jurados suelen estar integrados por exsuperintendentes o expertos en competencia.

5.1. Abogacía de la competencia para el órgano judicial y los legisladores

La Superintendencia ha ofrecido capacitación en materia de competencia a la judicatura y al órgano legislativo.

5.1.1. Judicatura

En lo que respecta a la judicatura, la Superintendencia facilitó el enlace de la UNCTAD para coordinar iniciativas de capacitación para la Corte Suprema de Justicia en el marco del Programa COMPAL II (2009-2013). La Superintendencia facilitó la coordinación de la capacitación ofrecida por la

Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo de España y el Foro Judicial con Magistrados de México y Puerto Rico en 2016, con asistencia técnica de la FTC.

La Superintendencia también ha estado trabajando con jueces. Participa en la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), que es el centro de capacitación judicial del país, donde ofrece talleres sobre temas de la competencia. La Superintendencia ha proporcionado capacitación a jueces de lo civil, lo penal y lo contencioso administrativo y a su personal, incluido el personal de las salas de la Corte Suprema de Justicia, en 2008, 2009 y 2016. Además, la Superintendencia organizó cursos de diplomado con la Escuela de Capacitación Fiscal en 2011.

En 2017 se firmó el Convenio de Cooperación Interinstitucional entre la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia de Competencia para la Acreditación de la Práctica Jurídica, que permitirá que estudiantes universitarios de Ciencias Jurídicas realicen en la Superintendencia las prácticas necesarias para acreditarse como abogados.

Durante la misión de constatación de los hechos descubrimos que los jueces acogen con satisfacción estas oportunidades de capacitación. Sin embargo, estas iniciativas de abogacía de la competencia tienen margen de mejora, ya que los retrasos en las salas de la Corte Suprema de Justicia constituyen uno de los mayores obstáculos para el refuerzo de la competencia.

5.1.2. *Órgano legislativo*

En 2010 la Superintendencia organizó un programa de capacitación en materia de competencia para la Unidad de Asesoría Técnica Institucional de la Asamblea Legislativa. La Superintendencia también ha celebrado diversos eventos, como, por ejemplo, una sesión de capacitación para miembros del Congreso que también son miembros de la Comisión Económica, o encuentros entre miembros del Congreso y expertos en competencia de diferentes países que han visitado El Salvador.

5.1.3. *El público en general*

La Superintendencia interactúa con el público de varias maneras. Se comunica con la prensa con regularidad por medio de comunicados de prensa, conferencias de prensa, reuniones informativas y artículos que escriben los miembros del personal. A menudo el superintendente y su personal explican la Ley de Competencia a partes interesadas y la debaten con ellas. Se han celebrado reuniones con representantes de diversas asociaciones empresariales, empresas individuales, bufetes de abogados, organismos públicos y otros entes reguladores.

La Superintendencia también ha mantenido un exhaustivo sitio web desde que empezó a funcionar. El actual sitio web de la Superintendencia es uno de los productos de la estrategia de transformación digital que ha adoptado la institución, la cual se empezó a implementar en 2013.

Todas las resoluciones provisionales y finales se publican y se incluyen en el sitio web. Además de la Ley de Competencia, el Reglamento y las resoluciones de la entidad, el sitio web contiene artículos, guías, estudios de mercado, comunicados de prensa, acuerdos de cooperación, un glosario de términos y otros recursos. El número medio de visitas en el primer trimestre de 2019 fue de 1 769 visitantes al mes.

A pesar de este nivel de actividad de la Superintendencia, las pruebas indican que el público en su mayoría está desinformado sobre la Ley de Competencia y las actividades de la Superintendencia. En el estudio de percepción de la imagen institucional y el desempeño de la Superintendencia, esta obtuvo una baja clasificación (62 %) en cuanto a sus iniciativas de comunicación⁸⁴.

⁸⁴ En el contexto de este estudio de percepción, las «iniciativas de comunicación» se referían a los redes sociales y otros medios por los que la población se enteraba de la labor de la Superintendencia, así como a la frecuencia con la que el público obtenía información.

Este bajo nivel de información sobre la Ley de Competencia y las actividades de la Superintendencia parece repetirse en la comunidad empresarial, excepto quizá entre las empresas más grandes.

A medida que la Superintendencia aumenta el número de casos que atiende, la comunidad legal está incrementando a su vez su actividad en el campo de la competencia, pero de momento solo se trata de unos pocos bufetes de abogados. Los abogados aún no asesoran con regularidad a sus clientes empresariales de sus responsabilidades en virtud de la Ley de Competencia, ni existe una cultura generalizada de competencia.

La Superintendencia ha llevado a cabo recientemente actividades de abogacía y educación dirigidas a la comunidad legal y empresarial, así como al público general y a los medios de comunicación. Ejemplos de actividades recientes:

- Un programa de educación pública orientado a promover la competencia. Desde 2016 la Superintendencia ha agrupado en este programa una serie de iniciativas que anteriormente estaban dispersas entre las diferentes unidades en las que está organizada. Dichas iniciativas son:
 - Gira SC «Mercados justos, oportunidades para todos», que consiste en instrumentos de divulgación dirigidos principalmente a jóvenes y niños o para usarlos en eventos con un protocolo flexible. Desde agosto de 2016 hasta finales de 2017, se llevaron a cabo 53 actividades, entre las que se incluían visitas a escuelas, universidades, pequeñas y medianas empresas, asociaciones de consumidores, comunidades y otros grupos, con las que se llegó a 4 184 personas.
 - La promoción de la competencia en sectores concretos. La Superintendencia prepara resúmenes y fichas técnicas con información clave sobre sus estudios de sectores, con el fin de facilitar la comprensión de sus análisis a los miembros del público que, aunque no sean expertos en la materia, sí están interesados en conocer las condiciones en que se encuentra la competencia en un determinado sector.
 - Cursos de competencia: en 2010 la Superintendencia organizó cursos dirigidos a profesionales de la economía, el derecho y otras carreras profesionales conexas para enseñarles la Ley de Competencia. La Superintendencia organizó dos cursos con la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas: Introducción a la Competencia (2015) y Análisis de Concentraciones (2016). La Superintendencia también organizó un curso sobre la competencia para asociaciones de consumidores facilitado por su personal en 2013.
- El Centro de Documentación de la Superintendencia de Competencia (CENDOC), lanzado oficialmente en noviembre de 2013. El CENDOC contiene más de 900 títulos sobre la Ley de Competencia y temas conexos. Es el primer y único centro de documentación especializado en competencia que hay en El Salvador. Se pueden consultar libros, revistas, documentos digitales, leyes y otras publicaciones de instituciones nacionales e internacionales. En el sitio web de la Superintendencia existe una plataforma digital a través de la cual se puede acceder al contenido del CENDOC.
- Relaciones con el sector privado (empresas). A finales de 2015 y a lo largo de 2016, la Superintendencia efectuó una consulta pública con el sector privado para conocer su postura respecto de una propuesta de reforma de la Ley de Competencia. La Superintendencia ofrece capacitación y orientación sobre temas de competencia, por ejemplo, sobre el procedimiento para presentar una denuncia o una solicitud de concentración.

- Una Semana de la Competencia que se celebra anualmente.
- La aplicación digital AppSC. La Superintendencia lanzó esta aplicación para dispositivos móviles en diciembre de 2013 con el nombre inicial de «Casos en Línea». Desde 2015 esta aplicación ha recopilado tanto casos anticompetitivos como estudios de mercado (<http://app.sc.gob.sv/>). AppSC es la primera aplicación digital para dispositivos móviles que se crea en el mundo con el fin de promover la competencia y ha ganado el Concurso de Abogacía de la Competencia de 2014 organizado por el Banco Mundial y la Red Internacional de Competencia.

5.2. Contratación y adquisición públicas

La contratación y adquisición públicas son un tema importante en El Salvador, como en el resto de América Latina. La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública exige, entre otras cosas, el uso de procedimientos establecidos para licitaciones, la publicación de las licitaciones y sus resultados, y su apertura a todos los interesados cualificados. El Salvador está implantando procedimientos digitales de licitación en los que será obligatorio registrar a los licitadores.

El derecho penal del país es aplicable a la manipulación de compras la Administración Pública, como también lo es, por supuesto, la Ley de Competencia. No obstante, como se ha indicado en la sección 3.1, ha habido pocos casos de manipulación de licitaciones sometidos a la justicia.

Una de las unidades en las que está organizado el Ministerio de Hacienda (la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública o UNAC) supervisa las políticas de adquisiciones y contrataciones de unos 384 entes públicos y organizaciones no gubernamentales del país. Esta unidad fija las reglas aplicables a los procesos de adquisiciones y contrataciones de acuerdo con las normas dispuestas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones. En agosto de 2018, la UNAC estableció una relación oficial con la Superintendencia suscribiendo un acuerdo de cooperación que prevé intercambios de información entre las dos instituciones y la creación de un grupo de trabajo institucional permanente.

La Superintendencia ha proporcionado capacitación a los funcionarios de la UNAC para que sepan detectar casos de colusión en las licitaciones. La Superintendencia también proporciona capacitación a las unidades de adquisiciones y contrataciones institucionales (UACI) de diversas instituciones públicas con el fin de prevenir y detectar la colusión y aplicar los principios de la competencia en las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública. Como parte de la capacitación en materia de competencia y de adquisiciones y contrataciones públicas que la Superintendencia ha proporcionado a las UACI, cabe destacar los programas que ha organizado para la Corte de Cuentas de la República, que es la institución encargada de supervisar la administración de los recursos públicos con el fin de contribuir a la transparencia y de mejorar la gobernanza.

Además, la Superintendencia lleva a cabo proyectos de cribado (“screenings”) orientados a fomentar los principios de la competencia en las adquisiciones y contrataciones públicas. El primero de estos proyectos comenzó con la firma de una carta de entendimiento entre el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS) y la Superintendencia en junio de 2016. Las finalidades del acuerdo eran reforzar la aplicación de los principios de la competencia a la hora de diseñar e implementar procesos de contratación, ayudar a los funcionarios responsables a identificar posibles situaciones de colusión en los procesos de adquisiciones y contrataciones públicas y reforzar la cultura de competencia en el seno del ISSS.

Para este proyecto se formó un equipo técnico interinstitucional con miembros de la UACI del ISSS y de la Intendencia de Abogacía de la Superintendencia. Este equipo interinstitucional se reunió con regularidad para debatir el progreso del proyecto y recibió capacitación para combatir la colusión en las compras públicas.

El diciembre de 2018, la Superintendencia compartió con la UACI del ISSS un informe sobre los resultados del proyecto que incluía 20 recomendaciones relativas al diseño procompetitivo de instrumentos de contratación en el ISSS. Las recomendaciones estaban basadas en el análisis de expedientes de adquisiciones y contrataciones públicas de un período de cinco años a la luz de las mejores prácticas y las experiencias internacionales en adquisiciones y contrataciones públicas y competencia. La Superintendencia ha dado seguimiento desde entonces la aplicación de las recomendaciones de su informe. Llegó a la conclusión de que se había progresado en la implementación de 17 de las 20 recomendaciones (un 85 %), por lo que solo quedaban tres (es decir, un 15 %) en las que no se habían logrado avances.

El personal de las instituciones del Gobierno que ha recibido capacitación en materia de adquisiciones y contrataciones públicas ha empezado a ponerse en contacto con la Superintendencia para advertirle de posibles casos de colusión, para consultarle en relación con posibles indicadores de manipulación de las licitaciones y para pedirle opiniones sobre procedimientos de adquisición y contratación públicas.

La eficacia de estas iniciativas de defensa de la competencia quedó demostrada en un caso que llevó a la Superintendencia a sancionar a dos agentes económicos por colusión en una licitación en 2018⁸⁵. Esta investigación de oficio se ordenó a raíz de un reporte sobre algunas anomalías en una licitación pública que el director de adquisiciones y contrataciones del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública presentó a la Superintendencia.

5.3. Convenios interinstitucionales

La Superintendencia también ha establecido acuerdos interinstitucionales con varios entes. Hay cuatro tipos de convenios: 1) acuerdos firmados con instituciones públicas nacionales (incluidos entes reguladores); 2) acuerdos firmados con instituciones académicas; 3) acuerdos firmados con entes de otros países encargados de la competencia; y 4) acuerdos con asociaciones de consumidores. A continuación se reseña cada uno de los tipos de convenio interinstitucional.

5.3.1. *Convenios con otras instituciones públicas de El Salvador*

Los acuerdos con instituciones públicas nacionales tienen por objeto permitir y promover la cooperación y la colaboración en cuestiones de interés común. La Superintendencia ha firmado acuerdos de cooperación con varios entes reguladores y organismos públicos, como los indicados en la siguiente tabla.

⁸⁵ Referencia del caso: SC-037-O/PI/NR-2017/RES.: 9/12/2018, mencionado en la [Tabla 10. Sanciones de acuerdos horizontales \(2013-2018\)](#) ~~Tabla 10. Sanciones de acuerdos horizontales (2013-2018).~~

Tabla 16. Acuerdos interinstitucionales en vigor

Institución	Fecha del acuerdo	Período de vigencia	Situación
Autoridad de Aviación Civil (AAC)	Jun. 2014	Indefinido	Vigente
Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET)	Ago. 2006	Indefinido	Vigente
Autoridad Marítima Portuaria (AMP)	Sep. 2006	Indefinido	Vigente
Superintendencia de Sistema Financiero (SSF)	Mar. 2007	Indefinido	Vigente
Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT)	Abr. 2007	Indefinido	Vigente
Ministerio de Economía (MINEC)	Ene. 2008	Indefinido	Vigente
Defensoría del Consumidor	Jul. 2009	Indefinido	Vigente
Ministerio de Salud (MINSAL)	Ene. 2012	Indefinido	Vigente
Secretaría de Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República (SALJ)	Nov. 2012	Indefinido	Vigente
Secretaría Técnica de la Presidencia de la República	Abr. 2013	Indefinido	Vigente
Ministerio de Relaciones Exteriores	Abr. 2013	Indefinido	Vigente
Organismo Salvadoreño de Reglamentación Técnica (OSARTEC)	May. 2014	Indefinido	Vigente
Centro Nacional de Registros (CNR)	May. 2016	1 año prorrogable automáticamente	Vigente
Banco Central de Reserva de El Salvador (BCR)	Jun. 2016	Indefinido	Vigente
Corte Suprema de Justicia (CSJ)	Oct. 2017	Indefinido	Vigente
Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública	Jul. 2018	Indefinido	Vigente
Organismo de Mejora Regulatoria (OMR)	Dic. 2018	Indefinido	Vigente

Fuente: Superintendencia.

Estos convenios facilitan el intercambio de información no confidencial, asistencia técnica y cooperación en diversas formas para que estos entes cumplan su misión. Han sido mecanismos útiles para facilitar la comunicación y el intercambio de información no confidencial, así como para la capacitación recíproca del personal de las instituciones, el establecimiento de grupos de trabajo dedicados a temas concretos de interés común y la emisión y aplicación de opiniones y recomendaciones de la Superintendencia.

Un ejemplo de buena cooperación entre la institución dedicada a la política de competencia y órganos dedicados a otras políticas públicas es el de la Comisión Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (CONAMYPE). En El Salvador las microempresas y pequeñas empresas (MYPE) representan «más del 99 % del parque empresarial del país y cerca del 70 % son lideradas por mujeres»⁸⁶. La importancia económica y social de las MYPE motivó iniciativas institucionales que tenían por objeto reducir las barreras a la entrada para que las MYPE accedieran a las compras públicas, como la iniciativa conjunta que la CONAMYPE y la Superintendencia llevaron a cabo desde septiembre de 2014 hasta diciembre de 2018.

Entre los numerosos convenios celebrados con otros entes públicos, merecen mención especial los suscritos por la Superintendencia con la Secretaría de Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República (SALJ) y el Ministerio de Relaciones Exteriores. En noviembre de 2012 y abril de 2013, la Superintendencia firmó acuerdos con estas instituciones para apoyar y promover la formulación de normas jurídicas favorecedoras de la competencia.

⁸⁶ Ver <https://www.conamype.gob.sv/blog/2018/07/04/celebramos-el-dia-internacional-de-las-mype/>.

Desde entonces ambas entidades han facilitado la participación de la Superintendencia en la evaluación de proyectos normativos. De las 84 opiniones emitidas por la Superintendencia con respecto a proyectos normativos entre 2013 y 2018, la mitad (42) fueron solicitadas por dichas instituciones.

5.3.2. *Convenios con instituciones académicas*

Los acuerdos celebrados con instituciones académicas como la Escuela Superior de Economía y Negocios (ESEN), la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), la Universidad José Matías Delgado (UJMD), la Universidad Francisco Gavidia (UFG) y la Universidad de El Salvador (UES) ofrecen a los estudiantes universitarios oportunidades para realizar pasantías en las oficinas de la Superintendencia. Entre 2006 y 2008, la Superintendencia organizó 141 pasantías para estudiantes universitarios.

Además, la Superintendencia ha organizado actividades con algunas universidades, como cine forum, charlas académicas y conferencistas invitados, así como un Concurso Interuniversitario de Competencia, mencionado en la sección 5. Sin embargo, no se tiene constancia de que la Superintendencia haya cooperado directamente con académicos.

5.3.3. *Convenios con otras autoridades de competencia*

Los acuerdos de la Superintendencia con otras autoridades encargadas de la competencia tienen el propósito de sentar las bases generales de la coordinación entre ellas y establecer mecanismos permanentes para, entre otros fines, promover la cooperación y la colaboración entre las partes, llevar a cabo actividades conjuntas de abogacía de la competencia e intercambiar información sobre asuntos de política institucional, las experiencias anteriores, los conocimientos, las mejores prácticas y la jurisprudencia.

En la actualidad la Superintendencia tiene acuerdos con las siguientes autoridades encargadas de la competencia: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de Panamá, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador y la Comisión Federal de Competencia Económica de México. La Superintendencia también es signataria de la Red Centroamericana de Autoridades de Competencia (RECAC), junto con Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y la República Dominicana (con Guatemala como observador).

Estos acuerdos han permitido a la Superintendencia recibir asistencia técnica en el contexto de prácticas anticompetitivas y concentraciones económicas que habían sido atendidas por autoridades homólogas en los mismos sectores o en las que estaban implicados los mismos agentes económicos. También ha intercambiado experiencias sobre abogacía de la competencia.

En cambio, estos acuerdos no permiten que las autoridades emprendan procesos sancionadores conjuntamente ni que intercambien información confidencial. De todas formas, el marco regulador no lo permitiría. No obstante, y a pesar de su limitado alcance, la cooperación entre autoridades encargadas de la competencia ha resultado útil en el contexto del fortalecimiento de capacidades.

5.3.4. *Convenios con asociaciones de consumidores*

Si bien la Superintendencia no tiene ninguna competencia en materia de protección del consumidor, colabora con asociaciones de consumidores para promover la competencia y el respeto de los derechos del consumidor.

Los acuerdos entre la Superintendencia y asociaciones de consumidores han permitido que los miembros de dichas asociaciones reciban capacitación en cuestiones de competencia y comprendan mejor la labor de la Superintendencia y los beneficios de la competencia. También han permitido que estas asociaciones transmitan esos conocimientos a sus comunidades.

5.4. Opiniones, estudios de mercado y monitoreo de mercados

La Superintendencia puede llevar a cabo estudios de mercado y monitoreos de los mercados, así como emitir opiniones.

Los estudios de mercado son una herramienta de diagnóstico de naturaleza exploratoria y flexible que permite a la Superintendencia detectar restricciones de la competencia y fallos en los mercados, sus causas y la forma más adecuada de hacer frente a esas restricciones o fallos.

Los boletines de monitoreo del mercado son documentos breves que tienen la finalidad de proporcionar análisis de corto plazo que aumentan los conocimientos sobre variables clave del mercado y en los que se identifican posibles riesgos o efectos en la competencia en sectores económicos de interés. Además, estos boletines pueden proporcionar tanto información de seguimiento a sectores previamente analizados por la Superintendencia como análisis iniciales de mercados que todavía no ha estudiado. Por lo tanto, pueden servir como insumos para iniciar estudios sectoriales u otras acciones de promoción de la competencia.

La Superintendencia también emite opiniones sobre proyectos de ley, ordenanzas y reglamentos, así como sobre procedimientos de adquisiciones y contrataciones públicas. En estos casos, el propósito del análisis es identificar limitaciones o restricciones de la rivalidad entre empresas debidas a estos instrumentos, y recomendar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos y, así, ayudar a conseguir la eficiencia económica de los mercados y aumentar la naturaleza competitiva de los procesos de adquisición y contratación.

Los análisis en los que se basan los estudios de mercado, el monitoreo de mercados y las opiniones de la Superintendencia son realizados por la Intendencia Económica, una unidad técnico-administrativa dirigida por un intendente nombrado por el superintendente de Competencia. La Intendencia Económica también selecciona o coopera con consultores contratados por la Superintendencia para los estudios de mercado, las opiniones y las correspondientes resoluciones. Estos documentos contienen tanto evaluaciones técnicas de la Intendencia Económica como recomendaciones concomitantes de política pública.

Las opiniones y los estudios que propone la Intendencia Económica deben ser aprobados por el Consejo Directivo, que es el responsable final de su emisión. Además, el Consejo Directivo tiene la facultad de definir el alcance y contenido de los estudios y opiniones que se emiten. Hay que tener en cuenta que el superintendente de Competencia no solo nombra al intendente responsable de la Intendencia Económica, sino que también preside el Consejo Directivo.

5.4.1. Estudios de mercado

La selección del mercado que va a ser objeto de un estudio recae en el superintendente⁸⁷. No obstante, el superintendente no disfruta de una discreción ilimitada. En la Guía para la Selección de Estudios de Competencia de enero de 2015 se establecen algunos de los criterios que la Superintendencia debe tener en cuenta cuando seleccione los mercados que va a estudiar. La Superintendencia utiliza diversas fuentes para identificar el posible sector en el que tiene que realizar un estudio de mercado, a saber:

⁸⁷ Artículo 13, letra c), de la Ley de Competencia.

-
- Datos fehacientes procedentes de las preguntas, reclamaciones y sugerencias que la Superintendencia recibe de consumidores, grupos de consumidores, empresas, grupos de empresas y asociaciones;
 - Sugerencias realizadas por otras instituciones nacionales;
 - La experiencia de otras autoridades de competencia;
 - Análisis internos de la Superintendencia;
 - Información procedente de los medios de comunicación, los boletines económicos y las opiniones.

En la práctica estos criterios van dirigidos a la Intendencia Económica, que es la que propone al superintendente una lista de posibles mercados que estudiar.

La Intendencia Económica se encarga de llevar a cabo estudios de mercado. Estos estudios son informes centrados en el análisis de un determinado sector de la economía, con el objetivo principal de describir y analizar su desempeño, estructura, tamaño, participantes, marco regulatorio y otros aspectos relevantes. Esta labor, a su vez, permite que la Superintendencia diagnostique problemas y proponga las medidas necesarias para fortalecer y mejorar las condiciones de competencia en los mercados estudiados.

Hasta la fecha la Superintendencia ha llevado a cabo un elevado número de estudios de mercado, como es fácil apreciar en la siguiente tabla.

Tabla 17. Estudios de mercado⁸⁸

	Año
Transporte terrestre de carga	2006
Combustibles	2006
Electricidad	2007
Medicamentos I	2007
Sector avícola (pollos y huevos)	2008
Gas licuado de petróleo	2008
Telecomunicaciones I	2008
Medicamentos II (para enfermedades cardiovasculares, respiratorias y gastrointestinales)	2008
Agroindustria azucarera	2008
Agroindustria arroceras	2009
Industria de leche	2009
Agroindustria de quesos	2010
Hierro y acero	2010
Tarjetas de crédito y de débito	2011
Seguros	2011
Transporte aéreo de pasajeros	2013
Aceites y mantecas comestibles	2014
Distribución minorista de productos de consumo periódico	2015
Servicios marítimo-portuarios	2015
Telecomunicaciones II (telefonía, Internet y televisión por suscripción)	2015
Frijol	2015
TV abierta	2015
Distribución y comercialización de energía eléctrica	2016
Barreras a la entrada de MYPE en procesos de compras públicas	2016
Caracterización del mercado de servicios financieros a MYPE	2016
Mercado mayorista de energía eléctrica	2017
Distribución de carne bovina	2018

Fuente: Superintendencia.

Los estudios de mercado tienen una doble finalidad: identificar características estructurales y reguladoras que se beneficiarían de acciones de abogacía de la competencia de la Superintendencia, y detectar posibles prácticas anticompetitivas que podrían ser objeto de medidas de imposición de la Ley de Competencia por parte de la Superintendencia. De las dos finalidades, la primera es la que más frutos ha dado: los estudios de mercado incluyen comentarios y recomendaciones de la Superintendencia dirigidas a otras entidades pertinentes.

Por ejemplo, tras un estudio del mercado de la electricidad en 2007, se llevaron a cabo reformas procompetitivas en la regulación de este sector gracias a una reforma legislativa que permitía el establecimiento de un acuerdo conjunto entre el ente regulador del sector y la Superintendencia para promover la competencia en el mercado mayorista de energía eléctrica. Mediante este acuerdo, la Superintendencia fue capaz de transformar las recomendaciones del estudio de mercado en acciones gracias a la aprobación del Reglamento de Operación del Sistema de Transmisión y del Mercado Mayorista Basado en Costos de Producción (ROBCP). Este reglamento ha servido para promover la competencia en el mercado de la generación de electricidad, como confirmó el estudio del mercado mayorista de energía eléctrica que la Superintendencia llevó a cabo en 2017.

⁸⁸ Los estudios están disponibles en el sitio web de la Superintendencia.

Téngase en cuenta que las recomendaciones de política pública emitidas por la Superintendencia, incluidas las que se adoptan tras la realización de estudios de mercado, no son vinculantes. Los órganos a los que van dirigidas las recomendaciones de la Superintendencia no tienen que aplicarlas, ni están obligados a justificar la decisión de no adoptarlas.

Habiendo reconocido que ha tenido dificultades para que se pongan en práctica sus recomendaciones de política pública, la Superintendencia adoptó un plan de seguimiento para la adopción de estas recomendaciones. Este plan consiste en utilizar diversos mecanismos (por ejemplo, reuniones y grupos de trabajo interinstitucionales y comités del Sistema Nacional de Protección al Consumidor) para discutir la viabilidad de las recomendaciones y obtener retroalimentación sobre estas, a la luz de los objetivos de la política pública las entidades a las que van dirigidas. Además, la Superintendencia implementó un proceso interno de monitoreo con el que evalúa si las recomendaciones que ha formulado en los estudios de mercado se han implementado.

Si bien las recomendaciones de la Superintendencia no son vinculantes, hay instituciones que han entendido la importancia que revisten para mejorar las condiciones de competencia en sus sectores. Confiando en la Superintendencia como órgano asesor, dichas instituciones han promovido la reforma de sus respectivas leyes con el fin de incluir consultas u otras interacciones obligatorias con la Superintendencia en relación con temas concretos.

Cabe citar varios ejemplos. Tras una reforma promovida por el ente regulador de la electricidad, el artículo 112-E de la Ley de Electricidad exige que dicho ente y la Superintendencia definan juntos las condiciones de competencia en el Mercado Regulador del Sistema. La falta de condiciones que garanticen la competencia justificará la aprobación de un reglamento interno que propicie comportamientos de ofertas que asemejen un mercado competitivo. Según los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de Aviación Civil, la Superintendencia está obligada a emitir una opinión sobre la fijación de tarifas máximas y mínimas en función del grado de competencia que haya en el mercado. Según los artículos 33 y 38 de la Ley Especial de Asocios Público Privados, la Superintendencia debe emitir su opinión sobre licitaciones públicas para la adjudicación de socios público privados. Según los artículos 10 y 194 de la Ley General Marítimo Portuaria, la Superintendencia debe emitir una opinión sobre los servicios de transporte marítimo con características de monopolio y posición dominante. En la sección 5.3.3, dedicada a las opiniones, se tratan ejemplos concretos con más detalle.

A continuación se exponen algunos ejemplos de estudios de mercado.

Ejemplo: Estudios de los mercados de energía y telecomunicaciones

En su estudio del sector de la electricidad de 2007 la Superintendencia detectó que no había competencia entre los generadores de electricidad del mercado mayorista de energía eléctrica. La SIGET, el ente regulador de la electricidad y las telecomunicaciones, llevó a cabo un estudio similar independiente del estudio de la Superintendencia y llegó a conclusiones parecidas. Como resultado, las dos entidades elaboraron juntas un extenso documento sobre la falta de competencia en este mercado, y la SIGET ideó un nuevo método para determinar precios mayoristas que limitaría el poder de los generadores de electricidad para controlar estratégicamente la capacidad. Finalmente, eso llevó a la adopción del Reglamento de Operación del Sistema de Transmisión y del Mercado Mayorista Basado en Costos de Producción en agosto de 2011.

El estudio del mercado de las telecomunicaciones que la Superintendencia llevó a cabo en 2007 también motivó varias recomendaciones a la SIGET con referencia a ese sector. Concretamente, se recomendó a la SIGET que emitiera un reglamento que establezca un marco para la interconexión en el que se establecieran los principios y reglas para la negociación entre privados; tomara medidas para aumentar la transparencia de los acuerdos de interconexión entre operadores de telecomunicaciones; procurara reducir las diferencias pronunciadas en los cargos de terminación de llamadas de fijo a móvil y móvil a móvil; mejorara

las condiciones de portabilidad del número de un proveedor de telefonía móvil a otro; y considerara emitir una norma de calidad de los servicios móviles.

La Superintendencia también ha formulado recomendaciones a la SIGET con respecto a la televisión por cable, sobre todo en lo referente a las relaciones entre el proveedor de la programación y el operador de cable.

Ejemplo: Estudio del mercado de tarjetas de crédito y de débito

Como resultado del «Estudio sobre condiciones de competencia del sector de tarjetas de crédito y débito en el Salvador» de 2011, el Consejo Directivo emitió una serie de recomendaciones de política pública. Sin embargo, la mayoría de esas recomendaciones no se implementaron porque no estaban en consonancia con la política del Gobierno con respecto al cuadro financiero de aquel momento.

La siguiente tabla presenta de forma resumida las recomendaciones que la Superintendencia formuló en su estudio de mercado y el estado de su implementación.

Tabla 18. Situación actual de la implementación de las recomendaciones formuladas en el estudio del sector de las tarjetas de crédito y de débito en El Salvador realizado en 2011

Recomendación	Institución	Desarrollo
Promover las reformas respectivas en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero y la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador, con el objetivo de establecer mecanismos para una mayor rendición de cuentas de dichas autoridades públicas que se relacionan con el sector de tarjetas de crédito y débito.	MINEC/SSF/BCR	No aplicada
Promover la derogación de la letra d) del artículo 35 de la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito que prohíbe a los comercios afiliados discriminar precios al detalle en función del medio de pago que se utilice.		No aplicada
«»»» Obligaciones de los comercios afiliados Art. 35.- Son obligaciones de los comercios afiliados al sistema: [...] No aumentar el precio del bien o servicio por compras con la tarjeta de crédito, ni tampoco diferenciar estos bienes o servicios por compras en efectivo.		
«»»»» Promover la apertura de una discusión de alto nivel, apoyada en estudios comparativos de la experiencia internacional, acerca de una tasa de interés que concilie el interés público evitando un costo excesivo del crédito y la eventual ocurrencia de prácticas abusivas.		Se podría considerar que esta recomendación ha sido aplicada con la promulgación de la Ley contra la Usura. Sin embargo, esta ley aún no ha tenido efectos significativos.
Promover la incorporación expresa de funciones de vigilancia relativas a los sistemas de pago de tarjetas de crédito y débito entre las facultades de las entidades públicas que tienen responsabilidad sobre su funcionamiento, tanto el Banco Central de Reserva como la Superintendencia del Sistema Financiero, para asegurar que dichos sistemas de pagos sean gestionados por los operadores de red, emisores y adquirientes considerando los intereses de todos los distintos tipos de		Recomendación valorada positivamente. Está previsto que se presente un proyecto de Ley de Sistemas de Pago para mejorar la vigilancia de esta estructura ante la Secretaría para Asuntos Legislativos y Jurídicos para que lo examine.

<p>participantes, a fin de que se ofrezcan servicios de pago eficientes y confiables a sus clientes y que se mantenga un sistema abierto, flexible y competitivo.</p>		
<p>Promover una regulación, tanto de rango legal como reglamentaria, en la que se busque llegar a una nueva estructura tarifaria para las tasas de intercambio que tenga su fundamento principalmente en los costos de licencias, los costos de procesamiento y los riesgos de fraude. Lo anterior teniendo en cuenta la conveniencia de:</p> <ul style="list-style-type: none"> El establecimiento de las tarifas sobre la base de combinar tasas porcentuales con comisiones fijas por transacción; y La diferenciación en las tasas de intercambio entre transacciones con tarjetas de crédito y débito, privilegiando la aplicación de comisiones fijas y más bajas para las últimas, sobre la base de las diferencias de costo entre ambos tipos de tarjeta. 		<p>No aplicada</p>
<p>Promover medidas que tiendan a reducir los costos de cambio para los consumidores financieros, tales como establecer un protocolo para el cierre de cuenta corriente, crear un sistema de recaudación y transferencias entre bancos que permita liquidar y compensar pagos de estados de cuenta, créditos o cuentas de servicio de sus clientes, y poner a disposición del cliente un estado de cumplimiento de sus obligaciones financieras.</p>		<p>No aplicada</p>
<p>Promover las reformas a la Ley del Sistema de Tarjetas de Crédito en las que se otorgue el derecho irrenunciable de los comercios afiliados de diferenciar precios al consumidor final en función del medio de pago que utilice el consumidor, y de poder contratar por separado la aceptación de tarjetas de crédito y la aceptación de las de débito según el comercio considere adecuado a sus intereses.</p>	<p>MINEC/DC/SSF</p>	<p>Valorada positivamente, de manera que está previsto reformar la Ley: Una oficina de la Presidencia de la República está examinando una propuesta de reforma del art. 35.</p>
<p>Impulsar una mayor transparencia en el mercado de tarjetas de crédito y débito a través de la publicación de estadísticas de sus transacciones, específicamente sobre su número, monto y costos. Ampliar el programa de educación financiera orientado a los consumidores, con especial énfasis hacia las micro y pequeñas empresas.</p>	<p>BCR/SSF/DC</p>	<p>Parcialmente aplicada. Durante 2017 y 2018 se discutió el proyecto Normas Técnicas para el Sistema de Tarjetas de Crédito en la mesa interinstitucional establecida por el BCR y la Superintendencia, y se acordó incluir la obligación de publicar este tipo de información. La norma que entró en vigor en diciembre de 2018, incluyen información sobre tasas de intercambio, sin incluir datos sobre transacciones.</p>
<p>Impulsar una mayor transparencia en el mercado de tarjetas de crédito y débito a través de la publicación de estadísticas de sus transacciones, específicamente sobre su número, monto y costos. Ampliar el programa de educación financiera orientado a los consumidores, con especial énfasis hacia las micro y pequeñas empresas.</p>		<p>Aplicada. En 2016 el BCR y el La Defensoría del Consumidor se asociaron con BANDESAL y organizaron sesiones de capacitación para CENTROMYPE y CONAMYPE.</p>

Fuente: Superintendencia.

Ejemplo: Estudios del mercado del sector de la salud

Estos estudios⁸⁹ han indicado que los precios de los productos farmacéuticos en El Salvador son superiores a los que tienen en países vecinos. Teniendo en cuenta el gran costo que suponen los medicamentos para los proveedores de servicios de salud públicos, la Superintendencia estudió el sector farmacéutico.

Tras concluir un primer estudio en 2007, la Superintendencia llevó a cabo otro en 2008. En las conclusiones de los estudios se indica que las diferencias entre los precios medios de tres categorías de productos (original, genérico primera marca y genérico segunda marca) afectaban adversamente a la competencia. También eran preocupantes las insuficientes economías de escala y la existencia de importantes barreras para entrar en este sector.

He aquí una breve lista de recomendaciones de política pública hechas tras estos estudios de mercado:

- Prohibir a los laboratorios farmacéuticos, droguerías y farmacias que otorguen dádivas, incentivos o cualquier otro tipo de regalías para la prescripción, dispensación o venta al público de sus medicamentos en forma preferencial;
- Estudiar la factibilidad de nombrar un comité *ad hoc* que abogue por la remoción de barreras innecesarias a la entrada en el sector de medicamentos;
- Aplicar herramientas de política industrial de manera que se generen incentivos virtuosos para que se aumente la calidad de la oferta farmacéutica;
- Promover la eliminación de las barreras innecesarias que puedan estar limitando la importación de medicamentos que cumplan con las garantías de calidad nacionales.

En 2011, cuando se debatió la reforma y aprobación de la Ley de Medicamentos, la Superintendencia aprovechó sus estudios de mercado anteriores para emitir una opinión en la que formuló las siguientes recomendaciones para eliminar barreras de entrada al sector de los medicamentos y promover la competencia:

- Prohibir prácticas comerciales que sean contrarias a las buenas prácticas médicas;
- Reformar las leyes de propiedad intelectual autorizando las importaciones paralelas y modificar las reglas sobre las licencias obligatorias en términos más favorables para la competencia;
- Evitar la introducción de nuevas barreras a la entrada de nuevos competidores, como impedir la importación directa de medicamentos a los titulares de las farmacias y otros establecimientos sanitarios debidamente autorizados;
- Eliminar las prácticas de laboratorios y droguerías consistentes en financiar, conceder o entregar seminarios, prebendas u otras regalías a los médicos, bajo cualquier forma que se presenten;
- Promover la competencia mediante la aplicación de políticas proactivas de sustitución por genéricos, tales como la adopción de reglas que promuevan la prescripción y uso de genéricos;

⁸⁹ Ver <https://www.sc.gob.sv/index.php/project/informe-resultados-estudios-medicamentos-2a-etapa/>,
https://www.sc.gob.sv/index.php/sala_multimedia/estudiosc-estudio-medicamentos-i/.

el establecimiento de mecanismos de vigilancia que aseguren la eficacia y seguridad de los medicamentos genéricos; y la realización de campañas de información a los profesionales y al público.

Las únicas recomendaciones que aún no se han implementado son la relacionada con los derechos de propiedad intelectual (es decir, la de las importaciones paralelas y las licencias obligatorias), que aún está discutiendo en un grupo de trabajo interinstitucional. Al mismo tiempo, la Dirección Nacional de Medicamentos que se creó para aplicar la Ley de Medicamentos ha hecho grandes esfuerzos por mejorar las importaciones farmacéuticas y eliminar las barreras que dificultan la entrada al sector.

Ejemplo: Mercado mayorista de energía eléctrica

En 2017 la Superintendencia llevó a cabo un estudio del mercado mayorista de energía eléctrica en el que se concluyó que dicho mercado estaba muy concentrado en El Salvador.

No obstante, el estudio también reveló que los precios mayoristas se encontraban cercanos al costo marginal del sistema, resultado consistente con eficiencia económica. Esta situación positiva se derivaba de las condiciones del mercado y del marco regulatorio. Estos resultados se explicaban, en particular, por la aplicación de procedimientos sistemáticos de auditoría de costos, como, por ejemplo, la realización de análisis de la eficiencia técnica de las máquinas, el ajuste de los costos de los combustibles y el control de salidas no programadas. Por otra parte, las reglas que se aplicaban al pago de potencia estaban basadas en la disponibilidad pasada, lo cual desincentivaba a utilizar el retiro de máquinas como mecanismo para subir el precio de mercado. Además, el estudio indicó que no existían barreras legales o regulatorias significativas en el mercado mayorista de energía eléctrica de El Salvador.

Basándose en el estudio realizado, el Consejo Directivo formuló una serie de recomendaciones entre las que se incluyen:

- Evaluar la conveniencia de llevar a cabo una reforma a la Ley General de Electricidad profundizando en el análisis de las razones de la reticencia de los generadores a participar en los procesos de contratación de libre competencia;
- Efectuar un monitoreo periódico de determinadas variables relevantes del mercado, como los precios de los contratos, la tasa de indisponibilidad y los precios de los combustibles, encargando dicha labor a la Intendencia Económica.

Ejemplo: Otros sectores

La Superintendencia también ha emitido muchas otras recomendaciones para entes públicos sobre diversos temas después de haber realizado estudios de mercado. Ejemplos de dichas recomendaciones:

- Al Ministerio de Economía con respecto al gas licuado de petróleo, concretamente con respecto a las reglas para el intercambio de cilindros y al acceso a instalaciones marítimas de almacenaje;
- Al Ministerio de Economía con respecto a los combustibles líquidos (gasolina, diésel y queroseno), concretamente con respecto a la realización de estudios de la competencia en estos mercados, la reducción de barreras regulatorias a la entrada y la promoción de las importaciones de estos productos;
- A dos municipios y al sector de los hospitales públicos con respecto a sus prácticas de adquisición y contratación;
- Al Ministerio de Agricultura y Ganadería con respecto a la elaboración de normas técnicas de estandarización de los productos aviares (particularmente los huevos);

- A la Defensoría del Consumidor con respecto a la educación de los consumidores sobre las propiedades nutricionales de la carne aviar y el huevo, y con respecto al incremento de la transparencia en la información de tarifas de los planes de consumo de servicios telefónicos;
- Al Ministerio de Hacienda con respecto a las reglas sobre las exenciones fiscales que podrían afectar a la competencia;
- A la Bolsa con respecto a la mejora de su transparencia.

5.4.2. *Monitoreo de mercados*

La Superintendencia también elabora informes o boletines de monitoreo de mercados. Estos informes son documentos analíticos que proporcionan una visión general de las principales variables económicas de algunos mercados o actividades económicas concretas.

Esta labor se desarrolla siguiendo un manual de procedimientos para el desarrollo de boletines de monitoreo, aprobado por el superintendente de Competencia en 2015. En dicho manual se señalan tres mecanismos mediante los cuales es posible comenzar ejercicios de monitoreo: i) siguiendo una instrucción del superintendente a la Intendente Económico; ii) siguiendo una instrucción de oficio dada por el superintendente al coordinador de monitoreo de mercados; y iii) siguiendo una sugerencia del coordinador de monitoreo de mercados al intendente económico.

En el contexto del tercer mecanismo para la selección de mercados que monitorear, la Superintendencia cuenta con una unidad de monitoreo integrada por tres personas que trabajan en tres sectores prioritarios por año. La selección de estos tres sectores se decide en discusiones con el equipo técnico validado por el superintendente. Asimismo, como medida complementaria, las bases de datos de ejercicios anteriores de monitoreo se actualizan con regularidad.

Dichos ejercicios no consisten en un análisis exhaustivo de la competencia en los mercados, sino que lo que se pretende con estos boletines es proporcionar una visión general de la dinámica de las principales variables económicas de los mercados en cuestión. Por lo tanto, los boletines de monitoreo sirven para obtener información con la que decidir si es necesario llevar a cabo estudios más profundos u otras acciones institucionales.

Los boletines de monitoreo son motivados por circunstancias concretas que se considera que conviene vigilar por sus posibles efectos en la competencia. A menudo los informes de monitoreo tratan de dar continuidad al análisis que se ha hecho de las condiciones del mercado en cuestión en estudios de mercado anteriores, o en los que se han tomado medidas coercitivas, con el fin de determinar si los problemas o el comportamiento en cuestión persisten. En otras ocasiones, los ejercicios de monitoreo se utilizan como estudios de mercado preliminares en los que la Superintendencia obtiene indicios de que podría haber problemas que requieran un análisis profundo.

En la siguiente tabla se enumeran los ejercicios de monitoreo que la Superintendencia ha llevado a cabo desde 2015.

Tabla 19. Ejercicios de monitoreo llevados a cabo por la Superintendencia

	Año	Año
Monitoreo del frijol - segundo trimestre de 2015		2015
Evolución de precios y exportaciones del azúcar		2015
Monitoreo del frijol - tercer trimestre de 2015		2015
Evolución de precios y exportaciones del azúcar II		2015
Evolución de precios y exportaciones del azúcar III		2016
Monitoreo del frijol - cuarto trimestre de 2015		2016
Evolución de precios y consumo de carne bovina en El Salvador		2016
Evolución del precio del servicio de energía eléctrica en El Salvador		2017
Perspectiva regional del mercado de harina de trigo en El Salvador		2017
Análisis de coyuntura y evolución de precios de la harina fuerte de trigo en El Salvador		2017
Dependencia alimentaria en El Salvador: La trascendencia de importaciones para el consumo nacional		2018
Análisis de mercados de huevo y pollo en El Salvador		2018
Monitoreo de precios de combustibles líquidos en El Salvador		2018
Precio de créditos, competencia en mercados crediticios y niveles de bancarización en El Salvador		2018

Fuente: Superintendencia.

5.4.3. Opiniones

La Superintendencia puede emitir opiniones después de realizar un estudio o un monitoreo de mercado. Además de las recomendaciones que formula en sus estudios de mercado, la Superintendencia también puede emitir opiniones cuando se lo piden otros entes públicos o de oficio. Esta sección está dedicada a las opiniones emitidas en este último caso.

La Superintendencia tiene potestad para emitir sus opiniones sobre proyectos de ley y reglamentos, así como sobre procedimientos de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública que puedan limitar significativamente, restringir o impedir la competencia.

Las opiniones emitidas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Competencia no son vinculantes. Por lo tanto, el destinatario de la opinión de la Superintendencia no está obligado a tomar ninguna medida. Por otro lado, el hecho de que las opiniones de la Superintendencia no sean vinculantes significa que no son susceptibles de apelación ni ningún tipo de recurso judicial.

Sin embargo, la Superintendencia también tiene otras atribuciones que le permiten evaluar situaciones especiales relacionadas con los sectores regulados en las que el la regulación sectorial confiere efecto vinculante a las opiniones de la Superintendencia. Por ejemplo, la Superintendencia puede emitir opiniones vinculantes como resultado de: i) los artículos 33 y 38 de la Ley Especial de Asocios Público Privado; ii) los artículos 9-A y 115-A de la Ley de Telecomunicaciones; iii) el artículo 7, sección 13, el artículo 14, sección 47, y los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de Aviación Civil; y iv) los artículos 10 y 194 de la Ley General Marítimo Portuaria⁹⁰.

Entre 2006 y agosto 2018, la Superintendencia emitió 184 opiniones sobre normativa. Un total de 42 de las 84 opiniones emitidas entre 2013 y 2018 fueron solicitadas por la Secretaría para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República y por el Ministerio de Relaciones Exteriores. El Consejo Directivo emitió otras 21 opiniones referentes a procedimientos de contratación y adquisición pública en diversos sectores.

⁹⁰ En algunos casos, como los examinados en el párrafo arriba, las opiniones de la Superintendencia tuvieron un efecto vinculante como resultado de las reformas a la regulación sectorial promovidas por los entes reguladores, los cuales reconocieron el valor de la competencia y el de las opiniones de la Superintendencia.

Tabla 20. Opiniones de la Superintendencia (2006-2018)

Actividad	Número	Porcentaje
Electricidad	49	26,63
Actividad económica del Estado	28	15,22
Otras	21	11,42
Transporte aéreo	19	10,33
Financiero	13	7,07
Hidrocarburos	10	5,44
Transporte marítimo-portuario	10	5,44
Medicamentos	9	4,89
Telecomunicaciones	7	3,8
Agricultura	4	2,17
Comercio	4	2,17
Actividades de promoción de la inversión	3	1,63
Comercio internacional	3	1,63
Actividades en plataformas económicas	1	0,54
Agroindustria	1	0,54
Transporte	1	0,54
Suministros agrícolas	1	0,54
Total	184	100

Fuente: Superintendencia.

5.5. Estimaciones *ex ante* y *ex post* del impacto

En 2016, tras diez años en funcionamiento, la Superintendencia consideró necesario diseñar herramientas que le permitieran estimar los posibles efectos de sus decisiones. Como resultado, la entidad elaboró documentos orientativos para la realización de estimaciones *ex ante* y *ex post*.

La guía para la realización de análisis *ex ante* del impacto establece los parámetros que la Superintendencia utilizará para medir *ex ante* los efectos previstos de sus decisiones o resoluciones. El análisis *ex ante* se lleva a cabo por motivos de abogacía de la competencia inmediatamente después de emitirla decisión o resolución, pero antes de que pueda tener efecto. Con él se pretende explicar al público los beneficios que se prevé que aporten la decisión tomadas por la entidad.

En el período 2017-2018, se llevaron a cabo estimaciones *ex ante* de prácticas anticompetitivas y de concentraciones en los siguientes sectores: harina, azúcar (2017), cerveza, gasolina, adquisiciones y contrataciones públicas en puertos, construcción y telecomunicaciones (2018). Los beneficios económicos que se preveía generar para los consumidores con las actuaciones de la Superintendencia en esos sectores ascendían a 236,9 millones de USD.

La guía para la realización de estimaciones *ex post* del impacto establece los parámetros para evaluar el efecto que realmente han tenido las actividades de la Superintendencia. Los análisis *ex post* se realizan cuando ha pasado algún tiempo desde que se emitió la resolución o la decisión pertinente, normalmente de cinco a diez años. Estos análisis miden los efectos reales de una decisión y determinan si se lograron los efectos esperados.

Los análisis del impacto ayudan a comprender las decisiones de la Superintendencia. Dado que están centrados en los posibles beneficios para los consumidores, el público puede entender mejor los efectos previstos y los ahorros que permitirá la decisión.

6. Conclusiones y recomendaciones

El Salvador tiene un régimen de competencia que, en general, está en la línea de las normas y prácticas internacionales. La agencia de la competencia de El Salvador, la Superintendencia, tiene el mandato de promover y proteger la competencia para incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Al mismo tiempo, todas las instituciones y los entes públicos de El Salvador tienen el deber de promover y proteger la competencia. Ahora bien, este proceso de revisión inter pares ha identificado una serie de ámbitos de mejora, en beneficio de la legislación y las políticas en materia de competencia de El Salvador:

Se ha identificado la necesidad de aplicar ciertos ajustes estructurales al marco institucional de la Superintendencia. Una prueba importante de la fortaleza de la política de competencia en un país es su capacidad de resistir a la influencia política partidista, especialmente en momentos de cambio político. El apoyo a una política de competencia sólida, objetiva, independiente y libre de injerencias políticas nunca debe interrumpirse.

Una primera propuesta de mejora tiene que ver con el Consejo Directivo. El actual mecanismo de designación de los miembros del Consejo Directivo no solo puede redundar en pérdidas repentinas de experiencia y conocimientos cuando todos los miembros del Consejo Directivo son reemplazados al mismo tiempo, sino que también crea el riesgo —y, en cualquier caso, la percepción— de que las acciones de la Superintendencia pueden quedar sometidas a injerencias políticas. Además, el hecho de que solo el superintendente sea nombrado a jornada completa, mientras que los demás miembros del Consejo Directivo trabajan a tiempo parcial, crea un riesgo relacionado con conflictos de intereses. Otro de los riesgos existentes —dada la participación general del superintendente en todos los aspectos de la operación de la Superintendencia, incluida la apertura de la investigación y decisoria del caso— se refiere a una potencial (percepción) de falta de imparcialidad y falta de separación de poderes entre los roles investigativo y decisorio.

Un segundo ámbito de mejora tiene que ver con los recursos. No se puede decir que los recursos de la Superintendencia sean precarios, pero su presupuesto está entre los más bajos de las instituciones que conocen de asuntos económicos en El Salvador.

Otro desafío para la Superintendencia consiste en lograr que se cumpla la legislación sobre competencia, particularmente en lo que respecta a los cárteles y a los abusos de posición dominante. Un tema relacionado es que las multas que se imponen en caso de infracción no son altas, pues dependen de un múltiplo de salarios mínimos. Por ello, es poco probable que cumplan su función disuasoria con los agentes económicos para las prácticas anticompetitivas.

Uno de los temas que tiene una incidencia negativa en la aplicación de la ley son las demoras, a raíz de que se recurren las resoluciones de infracción de la Superintendencia. El proceso de apelación es lento y se pueden tardar años en tener una sentencia firme desde la fecha de interposición del recurso, aunque haya una única instancia de apelación, la Corte Suprema.

Además, los procedimientos deberían revisarse para mejorar la aplicación de la ley de competencia.

Uno de los desafíos de la Superintendencia, que se da en toda la región, es que no puede priorizar entre sus actividades de ejecución, porque está obligada a investigar todas las denuncias que cumplan los requisitos legales requeridos.

Otro de los retos importantes tiene que ver con el régimen de clemencia. En El Salvador, la clemencia meramente representa una posible reducción de la multa administrativa, sin determinar la cuantía y sin posibilidad de que se exima del pago de la sanción al que pide clemencia. La experiencia internacional demuestra que es poco probable que un enfoque así sea efectivo, y eso se refleja en el poco éxito del régimen de clemencia de El Salvador.

Con respecto a los acuerdos verticales, la ausencia de prácticas sancionadas se explica por los requisitos legales establecidos por ley, que hacen que se solapen (y se confundan) con los casos de abuso de posición dominante. Es aconsejable que se clarifique el marco jurídico al respecto.

Por último, en cuanto al control de las concentraciones, los umbrales de notificación están en un nivel muy alto para una economía del tamaño de la de El Salvador. Esto explica el reducido número de transacciones examinadas por la autoridad de competencia. Se sugiere, pues, que se ajusten los umbrales de notificación de concentraciones para reflejar el tamaño de la economía de El Salvador y los actores del mercado.

Si nos fijamos en la abogacía, los grandes esfuerzos de la Superintendencia al respecto se observan en variables como el número de recomendaciones reglamentarias a favor de la competencia, así como los convenios firmados por la Superintendencia con instituciones académicas para actividades educativas y de promoción en torno a la Ley de Competencia y temas conexos.

Las recomendaciones que figuran a continuación sugieren formas de abordar los principales desafíos para la legislación y la política de competencia de El Salvador que se han identificado en este documento de revisión inter pares. Como en todas las revisiones inter pares de la OCDE, las recomendaciones se dirigen al país. Esto significa que, en parte, lo que se expone a continuación requiere la adopción de medidas por parte de entidades distintas de la Superintendencia y, en algunos casos, la reforma de la Ley de Competencia. Por otro lado, la propia Superintendencia puede dar respuesta a algunos de los desafíos mencionados.

6.1. Diseño institucional

6.1.1. Reforzar la independencia y la autonomía de la Superintendencia

Como ya se ha señalado, una prueba importante de la solidez de la política de competencia en un país es su capacidad para resistir la influencia política partidista. La sección 7.3 de la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre política y gobernanza regulatoria recomienda que se considere la creación de «entidades regulatorias independientes» cuando «las decisiones de las entidades regulatorias puedan tener impactos económicos significativos en las partes reguladas y sea necesario proteger la imparcialidad de la entidad».

Tal como está ahora, el marco legal implica una serie de riesgos para la autonomía, y la independencia de la Superintendencia y de sus órganos resolutorios. Esto debería solucionarse. A continuación, se analizan algunos de los ámbitos en los que se aconseja intervenir. Otros ejemplos serían aumentar los recursos de la Superintendencia a niveles acordes con la importancia de un regulador transversal a los distintos sectores de la economía, en comparación con los otros reguladores económicos.

6.1.2. Velar por que se establezcan las condiciones de nombramiento y cese del Consejo Directivo con normas claras y transparentes

Es necesario velar por que el nombramiento de los miembros del Consejo Directivo siga un procedimiento de selección pública, que se haga a través de órganos con un amplio consenso político y que se elimine la percepción de parcialidad política (como sucede ahora, con el nombramiento exclusivo por parte del presidente de la República). Esto podría adoptar varias formas, como el establecimiento de criterios claros para seleccionar a los miembros del Consejo Directivo según sus cualidades y sus conocimientos especializados; la decisión del nombramiento podría recaer en entidades no políticas (organismos económicos independientes, por ejemplo) o en instituciones con una amplia representación (necesidad de aprobación por mayoría cualificada de la asamblea legislativa, por ejemplo).

Además, si el cese de los miembros del Consejo Directivo no se produce al término de su mandato, debería existir una causa justificada, seguir unas normas de procedimiento transparentes y estar sujeto a revisión judicial. En este sentido, la tradición de la Superintendencia de poner su cargo a disposición del nuevo Gobierno puede crear una percepción de politización.

Una última reforma sugerida es que el nombramiento del Consejo Directivo se haga de forma escalonada, de modo que no se pierda la experiencia y la memoria institucional, y se refuerce su papel técnico y apolítico, así como la percepción que se tiene de la Superintendencia.

6.1.3. Velar por que los miembros del Consejo Directivo sean empleados a tiempo completo para asegurar la eficacia de la Superintendencia y la ausencia de conflictos de intereses

Actualmente los miembros del Consejo Directivo trabajan a tiempo parcial y solo el superintendente trabaja para la Superintendencia a jornada completa. Habida cuenta de ello, los miembros del Consejo tienen otras ocupaciones a tiempo completo, lo que puede originar conflictos de intereses. Aunque la ley regula la excusa y recusación de los miembros del Consejo, puede suceder que un caso o una investigación esté relacionado con un asunto que también se esté examinando en un ministerio u organismo para el que el miembro del Consejo esté trabajando a tiempo completo.

Además, es poco probable que los miembros del Consejo Directivo a tiempo parcial dediquen el tiempo y la atención necesarios para hacer frente a la complejidad de la aplicación de la Ley de Competencia, por lo que el superintendente tiene un papel y una influencia desproporcionados dentro del Consejo. Por todo ello, se recomienda que todos los miembros del Consejo sean nombrados a tiempo completo y que se restrinja estrictamente su capacidad de acogerse a otras funciones durante su mandato.

6.1.4. Separar claramente la función de investigación de la de decisión

Las funciones de investigación y de decisión de la Superintendencia no están suficientemente diferenciadas, porque el superintendente supervisa la preparación de los casos y también es uno de los tres miembros del Consejo con derecho a voto (salvo que sea recusado por algún conflicto personal). Se recomienda, pues, que se adopte un procedimiento para separar claramente la función de investigación de la de decisión.

6.2. Aplicación de la ley a prácticas anticompetitivas

6.2.1. Aplicar una estrategia eficaz para combatir los cárteles

Como se mencionaba en la Revisión inter pares de 2008, uno de los principales desafíos para la Superintendencia es demostrar que es capaz de hacer cumplir la ley, especialmente contra los cárteles.

Para la Superintendencia, un buen programa anticárbel también tendría el efecto beneficioso de reforzar la notoriedad y el apoyo público de las políticas de competencia y la agencia.

La Superintendencia cuenta con una serie de herramientas legales que necesita para implementar con éxito un programa anticárbel. Hasta la fecha, sin embargo, solo ha investigado un caso en el que se han recabado pruebas mediante allanamientos. Se sugiere que la Superintendencia haga un mejor y más intensivo uso de su facultad para aplicar medidas coercitivas.

6.2.2. Considerar la posibilidad de reasignar ciertos recursos de las investigaciones de abusos hacia los cárteles, sin por ello pasar por alto estas primeras

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

Dado que ahora la Superintendencia tiene más experiencia, se recomienda que se reasignen recursos de la lucha contra las conductas abusivas —sin dejar de aplicar medidas coercitivas contra esas conductas cuando corresponda— a la lucha contra los cárteles.

6.2.3. Centrarse en la lucha contra la colusión en licitaciones públicas

El derecho penal del país es aplicable a la colusión en licitaciones públicas, igual que la Ley de Competencia. Ahora bien, son pocos los casos de colusión en licitaciones que se han llevado bajo la Ley de Competencia. A juzgar por la experiencia en otros países, concentrarse en la colusión en licitaciones públicas puede dar sus frutos. Se trata de una conducta bastante habitual que, casi con total seguridad, existe en El Salvador. Las acciones judiciales por estas infracciones tienen visibilidad y se entienden bien, por lo que es probable que aumenten la prominencia y la reputación de la agencia de la competencia, tanto ante la opinión pública como ante otros entes públicos.

6.2.4. Considerar la posibilidad de trabajar con listas negras de empresas involucradas en colusión en licitaciones

Una sanción habitual en muchas jurisdicciones es que las empresas condenadas por colusión en licitaciones no puedan presentarse a licitaciones públicas durante un periodo determinado. Si esta práctica (llamada «lista negra») se usa correctamente, puede aumentar el poder disuasorio de la aplicación de las normas de competencia, un ámbito en que, como ya se ha señalado, El Salvador ha tenido dificultades en los últimos años.

6.2.5. Reformar el régimen de clemencia según las normas internacionales

Como ya se señalaba en la Revisión inter pares de 2008, un reto importante para El Salvador tiene que ver con su régimen de clemencia.

Muchos países tienen regímenes de clemencia, pues se ha demostrado que son una herramienta muy útil para combatir los cárteles. Sin embargo, la mera existencia de este tipo de regímenes no garantiza que funcionen: la experiencia internacional demuestra que su diseño y su aplicación son clave para su éxito. Para que los participantes en un cártel lo dejen y cooperen con las autoridades, deben tener un incentivo. Ese incentivo adopta la forma de una amenaza creíble de multas muy elevadas o, en los países en los que la conducta de los cárteles es delictiva, de enjuiciamiento penal; y un camino claro para evitar esas sanciones es colaborar con la aplicación de la legislación sobre cárteles.

En este momento es poco probable que el régimen de El Salvador esté ofreciendo los incentivos necesarios. En primer lugar, probablemente las sanciones no son lo suficientemente severas para que las empresas opten por cesar las prácticas anticompetitivas o solicitar clemencia, como se expone más adelante. En segundo lugar, aunque se decidieran a hacerlo, la ley no les eximiría del pago de multas y sanciones; simplemente se otorgaría a la Superintendencia la facultad discrecional de reducir el importe de la multa. Todo ello —combinado con que la Superintendencia no ha elaborado ni puesto en práctica un procedimiento formal

para solicitar clemencia— significa que las empresas y los individuos no tienen seguridad alguna si dan un paso adelante y solicitan clemencia. La experiencia internacional demuestra que se requieren garantías de plena inmunidad para que las empresas tengan un incentivo para dar ese paso. Por último, solo puede otorgarse clemencia al primer solicitante, lo que restringe indebidamente los incentivos de las demás empresas implicadas a dar el paso y cooperar con la investigación.

Se recomienda una reforma del régimen actual de acuerdo con las prácticas internacionales, de modo que las solicitudes de clemencia tengan garantizada la inmunidad o la reducción del importe de la sanción, y tengan claro cómo solicitar la clemencia.

6.2.6. Adoptar instrumentos de definición de mercado, poder de mercado y análisis de prácticas anticompetitivas de acuerdo con las prácticas internacionales

La labor de la Superintendencia en lo referente a la aplicación de las normas de competencia ha sido objeto de críticas porque, pese a concentrarse en conductas que deberían estar sujetas a un análisis por efectos, la Superintendencia no ha llevado a cabo un análisis en profundidad en línea con las prácticas internacionales.

Por ello, se recomienda a El Salvador que no solo use instrumentos de definición de mercado, poder de mercado y análisis de prácticas anticompetitivas de acuerdo con las prácticas internacionales, sino que se haga evidente su uso al aplicar las normas de competencia, particularmente en el razonamiento de las resoluciones. Una forma de hacerlo es adoptar y seguir guías al respecto, como se indica a continuación.

6.2.7. Eliminar el requisito de posición dominante para las acciones vinculadas a acuerdos verticales, y delimitar el marco legal de las prácticas abusivas

La legislación prevé que solo se prohíban los acuerdos verticales si una de las partes tiene una posición dominante. Si bien es cierto que es poco probable que los acuerdos verticales sean problemáticos a menos que una de las partes tenga poder de mercado, la posición dominante impone un umbral muy elevado que impide su aplicación efectiva. En efecto, este requisito probablemente explique en parte por qué no ha habido ninguna resolución relativa a infracciones con acuerdos verticales.

Además, ese requisito hace que la aplicación de la ley [enforcement] contra las prácticas anticompetitivas verticales se solape con la aplicación de la ley contra los abusos de posición dominante, lo que crea una confusión innecesaria —que se hace evidente en varios casos de abuso— y restringe las posibilidades de aplicación legítima contra los acuerdos verticales contrarios a la competencia.

Habida cuenta de todo ello, se recomienda lo siguiente: (i) no restringir la aplicación de la ley de competencia [enforcement] respecto de acuerdos verticales a las situaciones en que existe una posición dominante; (ii) clarificar el marco legal para la aplicación de la ley contra los abusos de posición dominante, de modo que se ajuste a las prácticas óptimas internacionales.

6.2.8. Preparar y publicar directrices cuando sea apropiado

En El Salvador, no existen guías oficiales para el control de las concentraciones, el abuso de posición dominante, los acuerdos horizontales o verticales, o las sanciones. En realidad, la Superintendencia aplica los criterios caso a caso.

La publicación y elaboración de directrices contribuye a aumentar la seguridad jurídica, facilita el cumplimiento y también puede utilizarse como herramienta de abogacía para promover la competencia.

6.3. Sanciones y medidas correctivas

6.3.1. *Imponer multas disuasorias*

Desde 2013 la mayor parte de las multas por prácticas anticompetitivas que se han impuesto han tomado como referencia los salarios mínimos, a pesar de que la Superintendencia tiene potestad para imponer sanciones basadas en la facturación en caso de delitos de particular gravedad. En otros países las multas basadas en la facturación de las empresas se consideran el mejor indicador para trasladar el efecto económico de las prácticas contrarias a la competencia y determinar multas disuasorias.

En El Salvador, los montos de las multas impuestas hasta ahora han sido bajos y es poco probable que se logre el efecto disuasorio necesario. Se sugiere, pues, que se aclare que todas las prácticas contrarias a la competencia equivalen a delitos de particular gravedad y que se impongan multas más altas según la facturación pertinente.

6.3.2. *Proporcionar orientaciones sobre cómo se imponen y se calculan las multas para garantizar una mayor transparencia y previsibilidad*

No se han publicado guías sobre los procedimientos y la metodología a seguir con la fijación de las multas. En estos momentos, la única orientación se encuentra en los artículos 37 y 38 de la Ley de Competencia, que estipulan las normas y los criterios generales que deben tenerse en cuenta al imponer una sanción.

Como ya se ha señalado, las directrices contribuyen a aumentar la seguridad jurídica, facilitan el cumplimiento y pueden utilizarse como herramienta de promoción de la competencia. En el caso de las multas, es probable que también contribuya a la disuasión, al dejar claro cuán severas pueden ser las sanciones por infracciones en temas de competencia.

6.3.3. *Garantizar el cobro rápido de las sanciones*

El Salvador se enfrenta a dificultades considerables con el cobro de las multas. La Ley de Competencia establece que todas las multas deben pagarse en un plazo de ocho días desde la emisión de la resolución final del Consejo Directivo, pero en la práctica muchas multas tardan mucho en pagarse, si es que se llegan a pagar. En El Salvador se han puesto sobre la mesa algunas reformas con un procedimiento para el cobro de multas, a fin de aumentar el efecto disuasorio y la eficacia de la Ley de Competencia.

Se recomienda que se adopten medidas en este sentido, de modo que el cobro de las multas se acelere; por ejemplo, con un requerimiento de pago o al menos con la provisión de una garantía bancaria, sujeta a devolución en caso de que prospere el recurso presentado.

6.4. Cuestiones procesales

6.4.1. *Velar por que la Superintendencia pueda establecer prioridades entre los casos que instruye*

La Superintendencia no puede plantearse si investigar una denuncia en función de sus prioridades y su disponibilidad de recursos; es decir, si se cumplen los requisitos legales, está obligada a investigar todas las conductas denunciadas. Esto probablemente redunde en gastos inútiles y en que la Superintendencia no es capaz de reasignar sus (limitados) recursos a los ámbitos en que su actuación podría tener un mayor impacto.

Se recomienda, pues, que El Salvador vele por que la Superintendencia pueda priorizar sus investigaciones para optimizar la asignación de recursos. Esto incluye, entre otras cosas, que pueda

establecer prioridades entre los casos que instruye y que pueda escoger la forma de llevar a cabo las investigaciones iniciales (actuaciones previas...).

6.4.2. Considerar la posibilidad de ampliar los plazos de investigación

Los plazos actuales parecen bastante cortos. En particular, un plazo de treinta días para recabar pruebas es demasiado corto según la experiencia internacional. Se recomienda, pues, que los plazos de investigación se amplíen, de acuerdo con las prácticas internacionales.

6.4.3. Utilizar las inspecciones y los allanamientos de manera más eficaz, aunque solo se notifique a la parte investigada después de que se hayan llevado a cabo dichas inspecciones y allanamientos

Si bien la Superintendencia puede hacer inspecciones sin previo aviso (registros con allanamiento preventivo), no se ha dado el caso en los últimos cinco años.

Se recomienda, pues, que la Superintendencia despliegue más eficazmente en el futuro la posibilidad del allanamiento y otras posibilidades de inspección. Una recomendación importante al respecto es permitir que el cumplimiento del deber de notificar a la parte investigada se haga más adelante en el proceso, de manera que la Superintendencia pueda investigar y hacer allanamientos, al tiempo que se deja el tiempo suficiente a la entidad investigada para preparar su derecho de defensa. También se recomienda que, al investigar las posibles infracciones, la Superintendencia recurra a allanamientos, en lugar de optar por registrar los locales avisando con poca antelación. Por último, se recomienda que la Superintendencia adquiera las competencias y habilidades necesarias para que los allanamientos de madrugada sean eficaces (uso de informática forense, entre otros).

6.4.4. Proteger la información comercial sensible obtenida por la Superintendencia, y proporcionar orientaciones sobre qué se considera información sensible

Para promover la cooperación en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia, proteger los intereses legítimos de las partes investigadas y facilitar la cooperación internacional, es importante que la información recabada por la Superintendencia sea utilizada únicamente para los fines previstos, es decir, para la investigación vinculada a las prácticas anticompetitivas. Es fundamental, pues, que la información comercial sensible, con un valor comercial inherente, no se revele a terceros.

En este sentido, se sugiere que la Superintendencia prepare y publique una guía sobre cómo identificar y manejar dicha información en el futuro.

6.4.5. Adoptar procedimientos de compromiso y de acuerdo

Terminar los casos llegando a un acuerdo con los demandados, con las medidas correctivas apropiadas, tiene un atractivo obvio como forma eficaz de resolver los casos y elimina la posibilidad de recursos judiciales. En algunas jurisdicciones, en particular en los Estados Unidos, la mayoría de los casos de competencia se resuelven de este modo.

Hay dos maneras de acordar las sanciones entre las partes: los compromisos (conocidos como «garantías» en El Salvador) o los acuerdos. Si bien la ley salvadoreña permite los compromisos, en la actualidad no existen procedimientos en vigor con respecto a las garantías, como ya sucedía en la Revisión inter pares de 2008. El Salvador debería crear un procedimiento de este tipo para permitir los compromisos en caso de delitos no relacionados con cárteles.

Al mismo tiempo, se recomienda que El Salvador no permita que los cárteles se beneficien de compromisos o garantías. Es aconsejable, sin embargo, que se permita a los cárteles llegar a acuerdos en la investigación —es decir, que se beneficien de una reducción de la pena fijada, sin que eso afecte a la

orden de cese de las prácticas anticompetitivas— a cambio de reconocer su responsabilidad y su infracción.

6.4.6. *Ofrecer las debidas garantías procesales:*

- Dar acceso al informe presentado por la Superintendencia al Consejo Directivo antes de tomar ninguna decisión para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa.
- Garantizar que los acusados puedan presentar oralmente su defensa ante los responsables de la resolución.
- Separar claramente la función investigativa de la decisoria.

Las debidas garantías procesales y la transparencia en cuanto a la forma en que se vela por el cumplimiento de la legislación en materia de competencia son elementos importantes en el derecho de competencia. Si bien la aplicación de las normas de competencia en El Salvador busca cumplir con los estándares internacionales de transparencia y con las debidas garantías procesales, hay una serie de ámbitos en los que las prácticas actuales pueden avanzar, como se ha descrito anteriormente.

Si se separa claramente la función investigativa de la decisoria, se logra una mayor transparencia en los procesos de la Superintendencia.

6.4.7. *Adoptar medidas para agilizar los recursos judiciales*

La duración de los recursos de apelación de las resoluciones relacionadas con infracciones de la Ley de Competencia es uno de los obstáculos más serios para la aplicación efectiva de la legislación sobre competencia de El Salvador. Es un problema que exige un compromiso serio de todas las partes en El Salvador.

Al mismo tiempo, la Superintendencia debe fortalecer las iniciativas que ha venido aplicando en esta materia, tales como la capacitación de los jueces, la estrecha colaboración con la Fiscalía General que participa en los casos de la Corte Suprema y que hace cumplir las órdenes de la Superintendencia, y la presentación de argumentos y alegatos bien fundamentados ante la Corte.

6.5. Control de concentraciones

6.5.1. *Modificar los umbrales de control de las concentraciones*

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

Sin embargo, como ya se mencionaba en la Revisión inter pares de 2008, parece que la obligación de notificar una concentración se ha puesto a un umbral tan alto, que se revisan muy pocas concentraciones. Una reciente evaluación de los umbrales de control de concentraciones realizada por la Superintendencia concluyó que el tamaño relativamente pequeño de la economía nacional implica que la mayoría de las transacciones con posibilidades de afectar a la competencia en el mercado de El Salvador no alcanzan los umbrales actuales establecidos. Habida cuenta de ello, una reciente propuesta legislativa incluía bajar los umbrales de control de las concentraciones para adaptarlos a la realidad de El Salvador.

Se recomienda que los umbrales de control de concentraciones se revisen en este sentido, para asegurar que las transacciones que puedan afectar a la libre competencia en El Salvador estén sujetas a revisión. Al mismo tiempo, el derecho primario no tiene por qué prever los umbrales de control de las concentraciones. Es preferible que se traten en norma secundaria, de modo que la Superintendencia pueda aplicar o recomendar las actualizaciones pertinentes. Esto permitiría equilibrar mejor la balanza entre los

beneficios de identificar las transacciones contrarias a la competencia y los costos de controlar las concentraciones y, con el tiempo, ir ajustando los umbrales de notificación gracias a la experiencia adquirida.

6.5.2. Considerar la posibilidad de cobrar tasas de notificación adecuadas y razonables en el caso de concentraciones notificables

Las agencias de competencia no tienen ningún control sobre cuántas concentraciones se le notifican ni sobre qué grado de complejidad tendrán. Para gestionar los costos que implica el control de concentraciones, no es raro que las agencias de competencia cobren tasas de notificación, dentro de lo apropiado y razonable. Además, este mecanismo tiene la ventaja de reforzar la autonomía presupuestaria de las agencias de la competencia.

Por otro lado, es fundamental que las tasas sean apropiadas y razonables, considerando los esfuerzos que va a requerir el control de la concentración. Las tasas de notificación no deben utilizarse como una forma poco transparente de financiar las actividades generales de la agencia de la competencia, ni tampoco deben ser desproporcionadas ni extorsionistas. Hay que dejar claro cómo funciona la imposición de medidas correctivas según los compromisos ofrecidos por las partes de la concentración.

6.5.3. Modificar el proceso de control de las concentraciones, de acuerdo con las prácticas internacionales

Actualmente, existe un único proceso de control de concentraciones, con independencia de la complejidad o la probabilidad de los efectos contrarios a la competencia de las concentraciones revisadas. Se sugiere a El Salvador que adopte un procedimiento de control a dos niveles, de acuerdo con las prácticas internacionales, particularmente si se reducen los umbrales de notificación y la Superintendencia se ve forzada a revisar un mayor número de concentraciones.

Esta propuesta implicaría un corto período inicial en que se descartaría a la mayoría de las transacciones que no planteasen problemas en relación con la competencia, y en que se identificaría a las transacciones que sí pudieran ser problemáticas; y un período más largo para hacer una valoración más pormenorizada de las transacciones que a primera vista parecen problemáticas.

Además, las partes notificantes deberían poder proponer medidas correctivas a todos los niveles del procedimiento. También deberían establecerse mecanismos para que pueda existir un contacto entre la Superintendencia y las partes implicadas en las concentraciones notificadas, antes y durante los procedimientos de control de las concentraciones, para hablar de los requisitos de notificación, lo que preocupa con respecto a la competencia y las posibles medidas correctivas. Esto debería incluir una interacción informal entre la Superintendencia y las empresas para identificar los problemas y las posibles soluciones.

Los compromisos sobre las concentraciones deben limitarse a eliminar los obstáculos que una transacción crea para la competencia y deben abordar únicamente temas relacionados con la competencia.

En ocasiones ha surgido preocupaciones porque se ha usado el control de concentraciones en El Salvador para tratar preocupaciones que van más allá de la Ley de Competencia. Esto no se ajusta a las competencias de la agencia y no se alinea con las prácticas internacionales, según las cuales esos temas deberían tratarse mediante otros instrumentos regulatorios. Se recomienda que El Salvador vele por que los remedios se limiten a los necesarios para hacer frente al daño anticompetitivo causado por la concentración.

6.5.4. *Plantearse sanciones más elevadas en caso de incumplimiento de las reglas de control de concentraciones*

Igual que sucede con otras sanciones contempladas por la Ley de Competencia de El Salvador, las sanciones a que se enfrentan las empresas que incumplen las normas para el control de concentraciones son muy bajas, y es poco probable que tengan un efecto disuasorio. Esto puede verse en el alto nivel de medidas coercitivas que la Superintendencia ha tenido que aplicar en los últimos años por incumplimiento, sobre todo cuando se compara con otras infracciones.

Se recomienda que se suba el importe de esas multas, en consonancia con lo que se ha recomendado en el caso de las sanciones en general.

6.6. Aplicación privada

6.6.1. *Prever la aplicación privada ante los tribunales*

La aplicación privada puede tener un importante papel complementario con respecto a la aplicación de la ley por entes públicos. Por un lado, la aplicación privada se puede usar para reducir el vacío de aplicación creado por la inhabilidad de las autoridades públicas para gestionar correctamente todos los casos, debido a que sus recursos son limitados. Además, la aplicación privada a veces se percibe como un método más eficaz que la aplicación pública para detectar y perseguir ciertas infracciones de la competencia; es decir, las que implican restricciones verticales y abusos de los monopolios, así como incumplimientos en sectores con características muy concretas.

Por otro lado, las víctimas deberían tener acceso a compensaciones por las pérdidas sufridas. Esas compensaciones en principio serán dictadas por los tribunales, tras la demanda privadas.

6.6.2. *Velar por que la aplicación privada apoye las medidas coercitivas públicas*

La promoción de la aplicación privada no debería afectar negativamente a las medidas coercitivas impuestas por los entes públicos. No debería promoverse a expensas de la aplicación pública, sino como un complemento necesario. El Salvador debe tratar de encontrar un equilibrio entre las medidas coercitivas públicas y las privadas para que esa aplicación privada: (i) no afecte negativamente a la eficacia de las medidas coercitivas públicas y (ii) fomente un mayor cumplimiento de la normativa que regula las prácticas anticompetitivas, al tiempo que evite los dispendiosos litigios que pueden frenar las conductas beneficiosas desde el punto de vista social.

Un ámbito destacado debería ser asegurar que la aplicación privada complementa el mecanismo para los acuerdos de compensación voluntaria certificados por una agencia de la competencia, lo que parece que se prevé en el artículo 155 de la ley. El Salvador debería velar por que los dos mecanismos vayan a la una y sean coherentes para minimizar los litigios judiciales y evitar pagos duplicados, sin perjudicar a las víctimas de la práctica contraria a la competencia en su acceso a las compensaciones.

6.7. Abogacía

Cabe plantearse la posibilidad de que sea obligatorio que los entes públicos justifiquen la decisión de no seguir una recomendación de la Superintendencia (al menos en el contexto de los estudios de mercado).

La Superintendencia ha sido bastante activa (y ha recogido sus frutos) con los estudios de mercado, que se consideran un instrumento importante para abrir los mercados a la competencia. Al mismo tiempo, no hay ningún mecanismo que obligue a los entes públicos a aplicar las recomendaciones de la Superintendencia.

Entre tener en cuenta las recomendaciones de la Superintendencia y preservar la autonomía democrática y regulatoria de los destinatarios de las recomendaciones, se sugiere que El Salvador considere, al menos en el contexto de los estudios de mercado, imponer la obligación a los entes públicos de justificar su decisión si optan por no seguir una recomendación de la Superintendencia.

6.8. Promoción de programas de cumplimiento

Uno de los instrumentos más importantes para desarrollar una cultura de la competencia es promover la adopción de las políticas de cumplimiento entre las empresas. El cumplimiento puede representar un papel complementario importante si se aumentan las multas y se aplican medidas coercitivas más duras para combatir las prácticas contrarias a la competencia y para que las empresas sean más conscientes de la importancia (para ellas y para la sociedad) de la Ley de Competencia.

La Superintendencia puede tener un papel importante en ese sentido: puede dirigirse a las empresas, explicarles lo que la Ley de Competencia de El Salvador espera de ellas y promover la adopción de programas de cumplimiento en todo el engranaje económico.

Referencias

OCDE. (2008). Derecho y Política de la Competencia en El Salvador – Examen inter-pares. OCDE www.oecd.org/daf/competition/elsalvador-competition.htm.

OCDE. (2012). Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de países de América Latina. OCDE. http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf.

OCDE. (2015). La relación entre la aplicación pública y la aplicación privada de las normas de competencia (inglés). OCDE, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2015\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2015)14/en/pdf).

OCDE. (2016). La independencia de las autoridades de defensa de la competencia - Del diseño a la práctica (inglés) DAF/COMP/GF(2016)5. OCDE, <http://www.oecd.org/competition/globalforum/independence-of-competition-authorities.htm>.

OCDE (2019). El estándar de revisión de los tribunales en los casos de competencia (inglés) <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/standard-of-review-by-courts-in-competition-cases.htm>.

www.oecd.org/competition

