



Boletín de Estudios Legales

Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social

Boletín No. 48

Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador, C.A.

Diciembre 2004

Ley de Competencia

El 26 de noviembre pasado, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto N° 526, que contiene la Ley de Competencia, que entrará en vigencia el 1° de enero de 2006. El día 15 de diciembre, el Presidente de la República devolvió el proyecto de ley con observaciones a la Asamblea Legislativa, que lo reconsideró y aprobó finalmente en su sesión del día 22 de diciembre.

El Art. 110 de la Constitución establece: “No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado. A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas”. La protección de la libre competencia ha sido una obligación

constitucional del estado desde 1950, pero no ha tenido un desarrollo legislativo que la haga efectiva, por lo que la nueva ley, debe ser considerada en un avance en la consolidación del régimen constitucional, pese a las críticas que se le harán más adelante.

La necesidad de una ley de protección del régimen de libre competencia fue reconocida desde la última década del Siglo XIX y a partir de la Ley Sherman de los Estados Unidos de América, todos los países con una economía de libre mercado desarrollada han adoptado algún tipo de legislación encaminada a tal finalidad. En

América Latina, únicamente Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay carecen aún de una. En un principio, fueron concebidas como leyes destinadas a combatir los monopolios, pero en su desarrollo, su alcance se ha ampliado,

La protección de la libre competencia ha sido una obligación constitucional del estado desde 1950, pero no ha tenido un desarrollo legislativo que la haga efectiva, por lo que la nueva ley, debe ser considerada en un avance en la consolidación del régimen constitucional...

2 concibiéndose como leyes destinadas a proteger un valor trascendente en que se basa el sistema económico, por oposición a otras leyes que buscan proteger un valor inmediato como el interés de los consumidores, y raras veces emplean el término “monopolio”.

En El Salvador, la primera iniciativa para emitir una ley de libre competencia provino de FUSADES, en 1992, habiéndose presentado el primer proyecto de ley, elaborado con asistencia de asesores chilenos. El proyecto no logró la aceptación del gobierno de turno, pero fue el estímulo para que otras instituciones tomaran interés en el tema. Desde entonces aparecieron por lo menos ocho

proyectos elaborados por el Ministerio de Economía y dos elaborados por otras agrupaciones, todos los cuales han sido objeto de atención de parte de la fundación.

La ley aprobada está basada en los más recientes proyectos del Ministerio de Economía, pero se trata de un texto nuevo. En contraste con las versiones anteriores, se ha adicionado la parte relativa a la institución encargada de aplicar la ley, aunque se ha reducido la parte que contiene normas de carácter sustantivo. Con relación a todos los demás textos, es el más breve, pese a la importante adición hecha. En un sistema de derecho anglosajón, donde se espera que la ley sea desarrollada jurisprudencialmente, el texto parecería excesivamente prolijo; pero en un sistema de derecho codificado, como el nuestro,

En El Salvador, la primera iniciativa para emitir una ley de libre competencia provino de FUSADES, en 1992, habiéndose presentado el primer proyecto de ley, elaborado con asistencia de asesores chilenos.

parece excesivamente breve; de hecho, con 58 artículos, es la más corta de las leyes latinoamericanas de la materia que conocemos; en contraste, la ley panameña, que ocupa casi la mitad de su texto para normas sobre protección al consumidor, tiene 225 artículos. Indudablemente, ha sido la suscripción del

CAFTA y su inminente ratificación por la legislatura, que hace una necesidad práctica inmediata contar con una regulación sobre libre competencia, lo que ha motivado la rápida aprobación de la ley.

La ley está dividida en cinco títulos, varios de los cuales están capitulados. Debemos continuar con el análisis detallado de la

misma para determinar sus cualidades.

Objeto de la ley (Art. 1)

El inciso primero del Art. 1 señala el objeto de la ley, el cual es “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”.

La ley se enmarca así dentro de las tendencias modernas que contemplan este tipo de legislaciones no como un simple mecanismo para la ruptura de monopolios existentes, a diferencia

de las legislaciones clásicas, sino como un medio de protección de un valor constitucional en el que se basa un sistema económico.

Es de hacer notar que el texto de la ley no contiene definiciones de las figuras económicas prohibidas, tal como insistió FUSADES en varias oportunidades. Sin embargo, en un comunicado reciente de un partido político de oposición encontramos una crítica a esto, aduciendo que “la institución supervisora estará facultada a ser arbitraria y discrecional en la aplicación de la ley”. En realidad, están pidiendo que se consagre un error de técnica legislativa, que puede medirse por el hecho de que los proyectos anteriores a la ley definían términos como “monopolio” u “oligopolio”, que ni siquiera se utilizaban en los mismos.

Es de hacer notar que el texto de la ley no contiene definiciones de las figuras económicas prohibidas, tal como insistió FUSADES en varias oportunidades.

Desde su primer año de estudios, todos los abogados son enseñados que la inclusión de definiciones en las leyes es un error, ya que los cuerpos legales no son diccionarios ni textos de estudio. Por otra parte, las definiciones en la ley tienen un efecto legal, como es la restricción del concepto que se define, lo que constriñe al intérprete en su aplicación; si la definición no es exacta o está errada, se corre el riesgo de una aplicación de la ley incorrecta o que ésta no cumpla con su cometido de proteger el bien jurídico que pretende; éste es un problema que se da frecuentemente con las tipificaciones penales, que son indispensables, cuando resultan insuficientes para la supresión de conductas

dañinas a los intereses de terceros, pero que no pueden castigarse por no corresponder exactamente a la figura típica. Sin embargo, las nuevas leyes salvadoreñas contienen cada vez mayor número de definiciones. Es acertado que se haya evitado el error en la ley en comento.

Prohibición general de actos que limiten o restrinjan la libre competencia (Art. 1)

Las últimas versiones del proyecto de ley elaborado por el Ministerio de Economía carecían de una prohibición general de todo tipo de actos tendientes a impedir o restringir la libre competencia entre los agentes económicos. FUSADES y otras organizaciones insistieron en que dicha prohibición se incluyera y no que no sólo se tipificaran conductas comunes que implican limitación a la libre competencia.

Tal disposición fue incluida en el inciso segundo del Art. 1, de la siguiente manera: “Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley”.

Es de notar, sin embargo, que tal prohibición general, por una parte, no considera los actos anticompetitivos unilaterales en que pueden incurrir los agentes económicos y, por otra, no

4 puede tener aplicación efectiva. El Título III de la ley ha sido dedicado a la tipificación puntual de las conductas anticompetitivas prohibidas y son las únicas sobre las cuales puede tomar acción la entidad encargada de la vigilancia y aplicación de la ley, como se indica más adelante. Esto crea una contradicción dentro del mismo cuerpo legal y deja un vacío importante.

Sujetos obligados (Art. 2)

De conformidad al Art. 2: “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas o cualquier organismo que tenga participación en las actividades económicas”. La disposición es sumamente amplia y nos indica que cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, queda sujeta a las nuevas prescripciones legales.

La excepción a la regla general aparece en el inciso segundo del mismo artículo, que excluye a las actividades monopolísticas reservadas por ley, y de conformidad a la disposición constitucional antes citada, al estado y a los municipios. En el comunicado del partido opositor antes indicado se critica el Art. 2 alegando que al someter al estado a las disposiciones de ley se abre el camino a nuevas privatizaciones con el pretexto de fomentar la competencia. Tal crítica no tiene razón de ser; las disposiciones del Art. 2 son claras en el sentido de respetar los monopolios establecidas en otras leyes a favor del estado y los municipios y nada hace pensar que puedan atacarse.

Superintendencia de Competencia (Arts. 3 a 24)

Con el objeto de velar por el cumplimiento de la ley, se crea una nueva institución oficial autónoma denominada Superintendencia de Competencia, vinculada al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Economía.

En los últimos proyectos del Ministerio de Economía habían sido excluidos los capítulos que se referían al organismo encargado de la vigilancia y cumplimiento de la ley, anunciándose que su regulación se dejaría a una ley posterior. Casi todos los comentaristas de los proyectos estuvieron en desacuerdo con esto y reclamaron una ley que contuviera sistemáticamente todas las disposiciones materiales y adjetivas de la regulación sobre libre competencia. La ley resulta de más fácil aplicación conteniendo en un solo cuerpo todas las normas relativas a la materia.

También surgió desacuerdo acerca de la naturaleza de la institución que debía aplicar la ley. La mayoría de las instituciones que comentaron los proyectos favorecían la creación de una institución oficial autónoma, aduciendo la necesidad de garantizar la independencia de la institución. FUSADES recomendó la creación de una entidad desconcentrada del Ministerio de Economía.

En primer lugar, se señaló que la labor de la entidad encargada de la vigilancia de la ley en materia de libre competencia, administrativamente hablando, no corresponde a una entidad autónoma, puesto que no puede realizar actividades que le produzcan ingresos y tiene que depender siempre

del aporte que anualmente le proporcione el estado para su funcionamiento; los únicos ingresos propios con los que contaría la entidad serían producto de las multas que imponga y se corre el riesgo de que pretenda autofinanciarse o complementar las partidas presupuestarias que recibe del gobierno central con dichos ingresos, lo que puede provocar una serie de multas injustificadas (la nueva institución tiene un tratamiento diferente al de otras autónomas creadas con el nombre de “superintendencia”, en lo que respecta al destino de las multas que impone, pues en las leyes orgánicas de aquéllas aparecen disposiciones que ordenan el ingreso de dichos productos al fondo general del estado; en ausencia de una disposición similar, las multas impuestas por la Superintendencia de Competencia ingresarían a su patrimonio). En segundo lugar, se señaló que una institución oficial autónoma resulta una solución más cara, y especialmente cuando, como sucede muchas veces, dichas entidades se convierten en grupos de intereses en sí mismos y comienzan a crecer, no de acuerdo a las necesidades para las que fueron creadas, sino según sus necesidades propias; se las califica frecuentemente como “elefantes blancos” y con toda razón.

La labor que desempeñará la Superintendencia de Competencia es la que corresponde naturalmente a un Ministerio de Economía,

...se señaló que la labor de la entidad encargada de la vigilancia de la ley en materia de libre competencia, administrativamente hablando, no corresponde a una entidad autónoma, puesto que no puede realizar actividades que le produzcan ingresos y tiene que depender siempre del aporte que anualmente le proporcione el estado para su funcionamiento...

especialmente cuando la orientación gubernamental no tiende hacia la planificación económica, se trata de una vigilancia que debe ejercer el gobierno central sobre ciertos aspectos de la economía. La independencia de actuación de la entidad no se dará porque sea autónoma o no, como se ha comprobado numerosas veces en nuestro país, sino que resultará de la voluntad política de dejarla actuar bajo criterios técnicos y no políticos o personales. Aún siendo una entidad desconcentrada, podría garantizarse la autonomía de sus resoluciones confiando las facultades de investigación de la institución a un Director General, encargado además de todos los actos preparatorios a los decisorios, y confiando éstos y las facultades sancionatorias a un organismo adscrito al Ministerio, aunque no dependiente de éste, a la manera del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos en el Ministerio de Hacienda o el Consejo de Educación Superior en el Ministerio de Educación. La legislatura, sin embargo, se ha decidido por una institución oficial autónoma y ésta es una realidad que debemos tomar en cuenta.

De conformidad al Art. 5 de la ley, la Superintendencia está constituida por un Consejo, un Superintendente y las unidades que se establezcan en el reglamento de la ley.

El texto del título correspondiente a la Superintendencia revela excesiva prisa en su

6 redacción, como se puede advertir de la falta de uniformidad del lenguaje empleado. En el decreto aprobado originalmente, la entidad creada con el nombre de Consejo en el Art. 5, era referida con ese nombre en la mayoría de los artículos que se refieren a ella, pero también como Consejo Directivo en los Arts. 6, 45 y 48 y como Junta de Directores en los Arts. 6 y 7, aunque no cabe duda de que se trataba de la misma entidad. En las observaciones hechas por el Presidente de la República a la Asamblea Legislativa, se señala que el nombre de la entidad debería ser “Consejo Directivo”, aunque el cuerpo parlamentario unificó el término como “Consejo”.

El Consejo es la máxima autoridad de la Superintendencia y estará integrada por un Superintendente y dos Directores, nombrados por el Presidente de la República por un período de cinco años. Deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años, con grado universitario, de reconocida honorabilidad y probidad, estar en posesión de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los cinco años anteriores a su nombramiento, y con conocimientos y experiencias en las materias relacionadas a su cargo, éste último, un requisito muy difícil de cumplir en el país. Quedan sujetos a un régimen de incapacidades y sujetos a estrictas causales de remoción sobrevinientes. Las funciones del Consejo son las usuales en los organismos de dirección de las autónomas, aunque incluye las facultades sancionatorias que establece la ley.

Habrán también tres Directores suplentes nombrados de la misma forma que los propietarios, pero el régimen de suplencia quedaba

indefinido en el texto aprobado originalmente, por lo que el Presidente de la República observó los artículos correspondientes y la Asamblea Legislativa los ha aclarado.

En tanto que los Directores solamente acuden a las sesiones del Consejo y devengarán dietas, el Superintendente será un funcionario a tiempo completo. Sus atribuciones serán las de dirección y administración de la entidad y el ejercicio de la representación de la misma. Es el funcionario al que corresponderá ordenar y contratar estudios de mercado y consultorías sobre aspectos técnicos que se consideren necesarios y quien dará trámite a los procesos que resulten de denuncias hechas o iniciados de oficio.

En cuanto al personal de la Superintendencia, debido a la particular naturaleza de la institución, estará sometido a un régimen que es inusual en nuestra administración, aunque acertado para una oficina de vigilancia de la libre competencia. Así, todos los que presten servicios a la Superintendencia, a cualquier título, deberán declarar bajo juramento y por escrito los cargos que ocupen o hayan ocupado y de cualquier actividad económica o comercial en que se encuentren o hayan encontrado involucrados durante los últimos tres años (Art. 18) y están sometidos a un estricto régimen de reserva de información, debiendo incluirse en sus contratos de trabajo una cláusula de confidencialidad y penalidad por su incumplimiento (Art. 19).

Una recomendación sobre la que FUSADES insistió constantemente, pero que tampoco fue atendida era la de que el organismo encargado

de la vigilancia de la ley debía tener también facultades preventivas y consultivas, de manera similar a los organismos homólogos existentes en varios países sudamericanos. En numerosas ocasiones, los particulares no pueden determinar con facilidad si sus actuaciones se ajustan a un marco regulatorio complejo y con implicaciones económicas sutiles y determinables, en muchas ocasiones, por técnicos especialistas. La consulta del particular a la institución le serviría para aclarar su posición legal y suspender la conducta anticompetitiva que pudiera estar realizando sin tener que enfrentar la sanción estatal, y se crearía una jurisprudencia debidamente publicitada a la que deben atenerse los particulares quienes, encontrándose en el mismo caso, quedan advertidos de la necesidad de suspender las infracciones en que incurren o correr el riesgo de ser sancionados.

Prácticas anticompetitivas (Arts. 25 a 36)

La ley contempla cuatro tipos distintos de prácticas anticompetitivas: a) acuerdos entre competidores; b) prácticas anticompetitivas entre no competidores; c) abuso de posición dominante en el mercado; y d) concentraciones que puedan constituir un obstáculo a la libre competencia.

Una recomendación sobre la que FUSADES insistió constantemente, pero que tampoco fue atendida era la de que el organismo encargado de la vigilancia de la ley debía tener también facultades preventivas y consultivas, de manera similar a los organismos homólogos existentes en varios países sudamericanos.

El más grave defecto del proyecto aprobado es, en nuestra opinión, la ausencia de una disposición que permita a la Superintendencia determinar de acuerdo a criterios técnicos si una conducta no contemplada en la ley es limitante de la libre competencia.

En el texto de la ley se han recogido la mayoría de las figuras económicas que constituyen, en la experiencia de muchas sociedades, las prácticas anticompetitivas más comunes y que como tales

son reconocidas por la mayoría de las legislaciones y la doctrina y se las proscriben. Al hacer esta cerrada enumeración de conductas prohibidas, que son las únicas que pueden perseguirse, existe una contradicción con el inciso segundo del Art. 1, que proscriben de manera general todo tipo de conductas que, dentro de la definición hecha en el mismo, obstaculicen la libre competencia. El más grave defecto del proyecto aprobado es, en nuestra opinión, la ausencia de una disposición que permita a la Superintendencia determinar de acuerdo a criterios técnicos si una conducta no contemplada en la ley es limitante de la libre competencia.

Todos los autores están de acuerdo en que es imposible una tipificación exhaustiva de las conductas anticompetitivas. Cada vez que esto se ha tratado, agentes económicos se las han arreglado para burlar el espíritu de la ley y recurrir a figuras novedosas que persiguen el mismo

fin, esto es, eliminar a los competidores del mercado, de manera que cada vez surgen nuevas prácticas no previstas en la legislación y seguirán surgiendo. Todas las leyes en materia de libre competencia que conocemos contienen una

8 disposición que permite a la autoridad determinar si una conducta novedosa o no señalada por el legislador puede constituir una práctica anticompetitiva y la facultad de prohibirla. El vacío existente en la ley aprobada motivará la aparición de ingeniosas formas de lograr lo que proscribe sin burlar la letra de la ley, como ha pasado en todas partes.

Otro grave defecto que puede señalarse es que en la tipificación contenida en la ley no se han incluido las conductas que el Código de Comercio califica como “competencia desleal” (Art. 491 Com.) y que incluye algunas de las prácticas anticompetitivas más comunes, aún en nuestro medio, especialmente cuando no resultan de acuerdos de algún tipo entre agentes económicos. La eliminación de competidores por medio de la destrucción u ocultación de los envases reutilizables de sus productos, por ejemplo, no cabe dentro de las conductas tipificadas en la nueva ley, sino que sigue siendo regulada como competencia desleal en la legislación mercantil común. El afectado por dicha práctica o cualesquiera otras señaladas en el Art. 491 del Código de Comercio no tendría la posibilidad de recurrir a la Superintendencia de Competencia para obtener la cesación de aquélla y obtener resarcimiento por el daño causado, ya que ésta no puede conocer sobre el asunto; tiene que recurrir al procedimiento judicial señalado para ello. Es posible que la mayor parte de las prácticas anticompetitivas que se dan en el país, e indudablemente las que afectan a pequeños empresarios, caigan dentro de la figura de competencia desleal; para ellos, la nueva ley es ineficaz.

En las observaciones hechas por el Presidente de la República a la Asamblea Legislativa había un reconocimiento de que la tipificación hecha en la ley aprobada es insuficiente. Una primera observación indica que en el Art. 25, que enuncia las prácticas anticompetitivas entre competidores, la enumeración hecha en el mismo debe ser puramente ejemplificativa, sugiriendo que se establezca que esas prácticas quedarán prohibidas, adicionándose la expresión “entre otras”, lo cual resulta una solución aceptable para el tipo de conductas de que trata dicho artículo exclusivamente.

Otra observación, referida al mismo punto, y complementándolo, indicaba que “precisamente, por no existir la posibilidad que puedan ocurrir otras conductas no previstas en la enumeración de las prohibiciones contenidas en el Título III de la ley, se hace necesario incorporar una disposición que aclare las reglas y criterios a los que deberá estar sometida la evaluación y juzgamiento de estas conductas no previstas expresamente. Por esta razón, se recomienda adicionar un inciso segundo al artículo 46 de la ley, con el texto siguiente: ‘Asimismo, cuando la Superintendencia estime la ocurrencia de una nueva modalidad de prácticas prohibidas que atenten contra la competencia, distintas a las enunciadas en el Título III “de las Prácticas Anticompetitivas” (sic) de esta ley, deberá motivar suficientemente la respectiva resolución y de manera especial deberá consignar en la misma, según sea el caso, el grado de incidencia o gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado o la reincidencia’”.

La Asamblea Legislativa atendió las observaciones del Presidente y aprobó la adición propuesta, que consideramos acertada, pero que aún así nos parece insuficiente. La primera adición se da en el artículo que enumera las prácticas anticompetitivas entre competidores, no referida a todo tipo de prácticas anticompetitivas, por tanto, solo en aquel tipo de figuras queda una disposición abierta que permite la libertad de juzgamiento por parte de la Superintendencia. Con respecto a las demás prácticas anticompetitivas, operaría la tipificación cerrada que establece la ley.

Acuerdos entre competidores (Art. 25)

El primer tipo de prácticas anticompetitivas proscritas en la ley cabe dentro de la categoría de “acuerdos entre competidores”, actividades hasta ahora permitidas por la legislación mercantil y que se ejemplifica generalmente con la figura que en la práctica es conocida como “pacto de caballeros”.

Tales tipos de conductas son: a) acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta; b) fijación o limitación de cantidades de producción; c) fijación o limitación de precios en subastas o licitaciones; y d) división del mercado, de cualquier tipo.

Prácticas anticompetitivas entre no competidores (Arts. 26 a 29)

Las prácticas anticompetitivas entre no competidores que aparecen proscritas en la ley son: a) venta condicionada a la adquisición de

otros productos del proveedor o empresas asociadas al mismo; b) venta sujeta a condición de no usar, adquirir, vender o proporcionar bienes o servicios a terceros; y c) concertación entre agentes económicos para ejercer dichas prácticas o invitación a hacerlo. Todas son reconocidas prácticas contrarias a la libre competencia.

A diferencia de los pactos entre competidores, el Art. 27 establece condiciones para que se dé la violación a la ley en las prácticas entre no competidores, tales son: a) que los infractores tengan una posición dominante en el mercado relevante; b) que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trata; y c) que puedan producir el efecto de limitar la competencia.

Se recoge aquí una figura que es cada vez de mayor aceptación en la legislación y la jurisprudencia en materia de libre competencia: la aplicación de la regla de razón para la determinación de la incidencia de la práctica en el sistema económico. A diferencia de las prácticas entre competidores, cuyas figuras tipificadas quedan prohibidas per se, en este caso se da un margen de discrecionalidad al aplicador de la ley, para determinar si la situación concreta afecta de alguna manera el régimen de competencia. Esto es así porque se ha comprobado que en innumerables ocasiones las prácticas generalmente consideradas anticompetitivas y que son declaradas prohibidas en las leyes, no producen distorsiones en el sistema general, por ocurrir entre agentes económicos con una participación muy limitada en el mercado o por no afectar la circulación de bienes o servicios específicos de

10 que se trata. Las condiciones recogidas en el Art. 27 son las aceptadas generalmente por la doctrina como aspectos a determinar para considerar a la práctica lesiva o no.

En el texto de la ley continúan dos artículos estableciendo los aspectos que el aplicador de la ley debe determinar para decidir sobre el carácter anticompetitivo de la práctica. Así según el Art. 28, en la consideración del mercado relevante se debe ver a: a) posibilidades de sustituir el bien; b) costos de distribución del bien mismo y tiempo requerido para abastecer el mercado relevante; c) costos y posibilidades de que los consumidores puedan acudir a otros mercados; y d) restricciones normativas que limiten acceso a fuentes alternativas. Según el Art. 29, en la consideración de la posición dominante del agente económico en el mercado se debe ver: a) participación del mismo en dicho mercado y posibilidad de fijar precios unilateralmente; b) la posibilidad de restringir el abastecimiento en el mercado relevante; c) la existencia y poder de sus competidores, y d) las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos. Todas estas disposiciones son innecesarias; su lugar está en un libro de texto o en los enunciados de la jurisprudencia, no en una ley, ya que el aplicador debe considerar éstos y cualesquiera otros aspectos

que los técnicos en la materia, los economistas, consideren para la determinación de tales conceptos.

Cabe señalar que las facultades de determinar según la regla de razón y no según la regla per se, si una conducta es anticompetitiva o no lo es, debería extenderse para todo tipo de conducta tipificada en la ley, inclusive los pactos entre competidores, ya que en los mismos pueden darse idénticas circunstancias que las motivan dichas reglas entre los actos entre no competidores.

Cabe señalar que las facultades de determinar según la regla de razón y no según la regla per se, si una conducta es anticompetitiva o no lo es, debería extenderse para todo tipo de conducta tipificada en la ley, inclusive los pactos entre competidores, ya que en los mismos pueden darse idénticas circunstancias que las motivan dichas reglas entre los actos entre no competidores.

Abuso de posición dominante (Art. 30)

El tercer tipo de conductas proscritas en la ley se trata de las que constituyen abuso de posición dominante, señalándose como tales: a) la creación de obstáculos a entrada de competidores o expansión de los existentes; b) los actos que tiendan a limitar, impedir o desplazar la competencia en forma significativa dentro del mercado; c) la disminución de precios por debajo de costos, con objeto de eliminar competidores; y d) la venta de productos a precios diversos en distintas zonas del país, con objeto de eliminar competidores en dichas zonas. Todas son prácticas ampliamente reconocidas como anticompetitivas y a algunas se les ha dado regulación en los instrumentos centroamericanos de integración.

Concentraciones (Arts. 31 a 36)

Las concentraciones de empresas, generalmente a través de la forma de fusión de sociedades, pero posibilitadas también por una infinidad de figuras legales, no son, en sí mismas, prácticas anticompetitivas sino situaciones naturales en el desarrollo y crecimiento de las empresas exitosas, pero es cierto también que pueden dar lugar a algunas de las más severas restricciones de competencia. Fue precisamente la formación de concentraciones monopólicas en las economías capitalistas desarrolladas lo que dio lugar a la aparición de las primeras leyes de protección de la libre competencia. La consideración de las concentraciones como posible práctica anticompetitiva requiere siempre de la apreciación discrecional del aplicador de la ley para determinar un gran número de circunstancias, desde la posible creación de un monopolio hasta la formación de una empresa con una posición dominante en el mercado que pueda desplazar a los demás competidores; por otra parte, tiene que considerar la posibilidad de que surja un monopolio natural, que la concentración resulte en beneficio de los consumidores o permita la supervivencia de empresas que no tendrían la posibilidad de continuar sus operaciones de otra forma. Es por estas razones que la tipificación de las concentraciones contenida en la ley no puede ser considerada como una prohibición absoluta, sino que se establece un procedimiento para su examen y autorización.

El Art. 31 de la ley declara que existe concentración: a) cuando agentes económicos que han sido independientes entre sí realicen entre

otros: actos, contratos, acuerdos, convenios, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios en todo o en partes; y b) cuando uno o más agentes económicos, que ya controlan por lo menos otro agente económico, adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de parte de más agentes económicos.

El ejemplo típico del primer caso es la fusión de sociedad, ampliamente considerado por nuestro Código de Comercio; el término “fusión” es usado en varios artículos del capítulo que se refiere a las concentraciones como sinónimo de éstas. La nueva ley establece que las concentraciones que impliquen combinación de activos que excedan de cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o cuyos ingresos totales excedan de sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria, necesitan autorización de la Superintendencia para llevarse a cabo (Art. 33). El Art. 34 establece que para determinar, con los mismos criterios que en el caso de los acuerdos entre no competidores, la posición dominante que adquirirá la empresa en el mercado, se considerará la eficiencia económica que resulte de la fusión y cualquiera otro relevante.

Se establece además que no podrá denegarse la autorización de la Superintendencia en casos de concentraciones “cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”. Esto

12 ha provocado la protesta de grupos de oposición, aduciendo que se está facultando a la Superintendencia a autorizar monopolios, en violación a la Constitución, y que debería mantenerse la norma, que se encontraba en varios proyectos, prohibiendo la fusión de empresas cuando ésta signifique el control de más del 25% del mercado. No podemos estar de acuerdo con esta opinión; la norma transcrita tiene una deficiente redacción, pero es necesaria frente a la inminente suscripción y entrada en vigor de nuevos tratados de libre comercio que obligan a una amplitud de miras con respecto a la competencia que significan las empresas extranjeras para las nacionales. La limitación de las fusiones a una porción del mercado sólo tiene razón de ser en una economía cerrada, pero en un mercado abierto, las empresas nacionales tendrán que competir con empresas extranjeras, a las que no puede ponérseles condicionantes sobre su tamaño o la proporción del mercado que dominarán, y ante cuyo poder económico la única posibilidad de supervivencia de muchas empresas nacionales puede ser la fusión para la creación de nuevas empresas de gran fortaleza y capacidad de innovación técnica.

La Superintendencia tiene un plazo de noventa días para emitir opinión sobre las solicitudes de autorización de concentraciones que presenten, a partir del día siguiente a la presentación de solicitud, salvo casos en que determine que necesita información adicional; el silencio administrativos produce efectos positivos y se entenderá que la fusión puede llevarse a cabo (Art. 35). En caso de concentraciones de empresas sujetas a otra entidad fiscalizadora del estado, la

Superintendencia deberá escuchar su opinión y ésta le será vinculante.

Una situación distinta se da con la segunda figura señalada en el capítulo. A diferencia de la fusión es una situación no contemplada en nuestra legislación mercantil común y puede darse por múltiples caminos: compra de empresas, compra de acciones de sociedades, contratación de créditos, herencia, etc., todos conducentes a la formación de grupos económicos que dominan una multitud de empresas que muchas veces deberían competir entre sí. Las adquisiciones de empresas con actividades económicas diversas y las integraciones verticales de empresas relacionadas entre sí, por lo general, no producen mayores distorsiones en el sistema de libre competencia; distinto es el caso de la unión bajo un mismo agente económico de empresas dedicadas a la misma actividad; es uno de los más evidentes casos de rompimiento del sistema de libre competencia y todas las legislaciones sobre la materia tratan sobre el mismo.

En la ley nueva, sin embargo, no tiene regulación. Como se indicó antes, no es, en sí misma, una conducta prohibida, pero toda la regulación sobre las concentraciones es lógicamente aplicable al caso de fusión de sociedades. ¿Es que el legislador considera que un accionista mayoritario de una sociedad debe solicitar autorización a la Superintendencia antes de adquirir en bolsa de valores o por cualquier otro medio acciones de una sociedad competidora? La intención del legislador no queda nada clara y mas bien, por el texto de las disposiciones que contemplan el procedimiento para autorizar concentraciones

parece ser que simplemente hay una omisión en la consideración de la figura. Un grave problema y una situación sin solución se dará, como se indicará a continuación, cuando la concentración surja sin autorización previa de la Superintendencia.

Sanciones (Arts. 37 a 39)

Uno de los aspectos más sorprendentes de la nueva ley y una de sus deficiencias más notorias consiste en que la única sanción a que puede hacerse acreedor el infractor de la misma es multa, penalidad insuficiente para lograr el respeto del régimen de libre competencia.

El Art. 38 establece que las infracciones a la ley serán sancionadas con multa, determinada de acuerdo a criterios como la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva y la reincidencia, hasta por un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. Además existen multas por no brindar la información requerida por la Superintendencia y por denuncias maliciosas. La suspensión o modificación de la práctica anticompetitiva, con garantía suficientes de la misma, son eximentes de la sanción, cuando no se trate de reincidencia (Art. 39).

Esto presenta varios problemas. Ciertas situaciones que afectan la libre competencia pueden motivarse

no en acciones dolosas sino en la legítima actividad mercantil de una empresa que por su agresividad y eficacia consigue una posición tan dominante que impide el ingreso de nuevos competidores en el mercado, existiendo esa potencialidad; el reciente caso de AT&T en los Estados Unidos es un ejemplo de esto. Es obvio que estas situaciones merecen una corrección, pero no una sanción como la multa.

La mayoría de las situaciones que resultan en una violación del régimen de libre competencia no se resuelven con la imposición de una multa sino con la orden de tomar las medidas correctivas.

El abuso de la posición dominante, particularmente, requiere de acciones distintas. El Art. 494 del Código de Comercio, que trata de la competencia desleal establece: “La sentencia que declare la existencia de actos de competencia desleal ordenará además la cesación de tales actos, las medidas necesarias para impedir sus consecuencias y para evitar su repetición, así como el resarcimiento de daños y perjuicios, cuando sea procedente”. Esta

disposición nos ofrece un excelente modelo de lo que deberían ser las facultades de la autoridad encargada de la vigilancia de la ley de competencia; de conformidad a la ley aprobada no existen facultades de ordenar conductas, de dividir monopolios, de ordenar ventas de acciones que provocan concentraciones. Tampoco tiene la facultad de ordenar el resarcimiento de daños causados a terceros por prácticas anticompetitivas,

Uno de los aspectos más sorprendentes de la nueva ley y una de sus deficiencias más notorias consiste en que la única sanción a que puede hacerse acreedor el infractor de la misma es multa, penalidad insuficiente para lograr el respeto del régimen de libre competencia.

14 y aunque el afectado tiene la opción de acudir a la jurisdicción mercantil ordinaria para obtener una compensación económica, la Superintendencia no le proveerá una satisfacción, con lo que se aumentará la frustración y el escepticismo del público hacia la institución. También puede darse el caso que tras la imposición de la multa y su pago, continúe la práctica dañina y no nos cabe duda que un intento de imponer una nueva sanción se enfrentaría al alegato del infractor de que el asunto ha sido juzgado y sancionado, por lo que constituiría violación constitucional la revisión de la cuestión y la imposición de una segunda multa; el argumento no debería prosperar puesto que una situación declarada ilegal por la ley no puede subsanarse ni volverse permanente por la imposición y el cumplimiento de un castigo; pero dada la errática jurisprudencia del país no podemos aseverar que un recurso judicial sobre esa base no sería, por lo menos, admitido por un tribunal del país, obstaculizando la labor de la Superintendencia con una falacia.

La posibilidad de que puedan expandirse las facultades de la Superintendencia para que pueda dictar medidas que rectifiquen las violaciones al régimen de libre competencia tropieza con la disposición contenida en el Art. 14 de la Constitución, que establece que las únicas penas que la autoridad administrativa puede imponer son las de multa y arresto hasta por cinco días. No obstante esto, podía haberse dado una solución por la que se permitiera a la Superintendencia ejercer acción contra el infractor de la ley ante autoridad judicial para que ésta determine las acciones a tomar contra aquél.

Procedimiento (Arts. 40 a 49)

Las disposiciones sobre el procedimiento a seguir para la imposición de sanciones son escuetas, pero no encontramos en ellas disposiciones que puedan impugnarse por razones de constitucionalidad expresa o puedan considerarse violatorias del debido proceso.

El procedimiento puede iniciarse de oficio o por denuncia, e incluye resolución motivada que inicie la instrucción, notificación de la misma, audiencia al presunto infractor y resolución. La instrucción corresponderá al Superintendente, pero la resolución final la emitirá el Consejo.

Una disposición que llama la atención es la contenida en el Art. 41 que establece que el Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del proceso sancionatorio, investigaciones, que indudablemente motivarán la iniciación de procesos de oficio. Sin embargo, el mismo artículo establece que los resultados de tales actuaciones previas no pueden constituir prueba dentro del procedimiento. No comprendemos la razón la razón de esta disposición que hará imposible la sanción muchas conductas violatorias de la ley.

La resolución que impone sanción admite recurso de revisión ante el mismo Consejo. Naturalmente, el afectado cuenta además con el recurso judicial ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Fuera del título que trata de los procedimientos hay una disposición relacionada con los mismos,

que no alcanzamos a comprender. El Art. 52 establece que las acciones y derechos conferidos en la ley caducarán en cinco años (el término correcto sería prescripción). Si se trata de una acción violatoria de la libre competencia que se está dando, no puede esperarse que pueda alegarse que la acción para perseguirla se ha extinguido por haber estado ocurriendo durante más de cinco años y por lo tanto, que la práctica continúe impune. Si se trata de una práctica que se dio, pero que ha cesado y no obstaculiza más la libre competencia en el mercado, no tiene objeto utilizar los recursos del estado para sancionarla. Simplemente, el Art. 52 parece haber sido incluido por un error.

Otras disposiciones

Entre sus disposiciones finales la ley incluye normas sobre obligación de las oficinas estatales y de los particulares de brindar información a la Superintendencia (Art. 50), recopilar y publicar el texto de sus resoluciones (Art. 51), reglamentación (Art. 53), remisión al derecho común en lo no previsto en la misma (Art. 54), continuación de los procesos sobre la materia ya iniciados en las oficinas correspondientes (Art. 55) y especialidad de la ley (Art. 56).

El extendido período de vacancia de la ley, que entrará en vigencia hasta el 1° de enero de 2006, no es inusual en este tipo de normas. Es un período dado a la comunidad empresarial para ajustar sus prácticas a la nueva normativa.

El extendido período de vacancia de la ley, que entrará en vigencia hasta el 1° de enero de 2006, no es inusual en este tipo de normas. Es un período dado a la comunidad empresarial para ajustar sus prácticas a la nueva normativa.

Derogaciones (Art. 57)

Las disposiciones que se derogan por la nueva ley son:

- a) Los Arts. 489, 490 y el numeral III del Art. 491 del Código de Comercio que se refieren a pactos entre comerciantes;
- b) El Art. 232 del Código Penal, que establece el delito de monopolio; este artículo fue copiado literalmente de la legislación española sin tomar en cuenta la falta de una normativa protectora de la libre competencia en el país, lo que creaba una incongruencia inexplicable; a pesar de que se justifica su derogación, no debió haberse descartado la opción de establecer como infracción penal las violaciones al régimen de libre competencia, tal como está establecido en casi todas las legislaciones, particularmente para los casos de reincidencia;
- c) Disposiciones de Ley General Marítima Portuaria, de la Ley de Orgánica de Aviación Civil, de la Ley General de Electricidad y de la Ley de Telecomunicaciones que confieren facultades relativas a la vigilancia de la libre competencia a las autoridades reguladoras de las actividades que tratan; y
- d) Disposiciones de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo que establecen limitaciones a la propiedad de gasolineras en el país.

16 Conclusiones

El régimen legal de protección de la libre competencia ha tardado mucho en concretizarse en nuestro país y ha sido una verdadera aspiración de quienes creen en el régimen de libre empresa como el sistema deseable de organización de la economía y la sociedad. La aprobación de la ley de la materia debía ser un acontecimiento importante en nuestra vida jurídica y en la consolidación de un régimen económico garantizado por la Constitución.

La ley aprobada, sin embargo, es del todo inadecuada para cumplir con los fines que se persiguen con la misma. Su discusión ha tomado doce años en los que se han vertido las más calificadas opiniones sobre el tema y se han considerado los múltiples

La ley aprobada, sin embargo, es del todo inadecuada para cumplir con los fines que se persiguen con la misma. Su discusión ha tomado doce años en los que se han vertido las más calificadas opiniones sobre el tema y se han considerado los múltiples aspectos que debía contener. No se justificaba el apresuramiento con que ha sido redactada ni los múltiples vacíos que contiene.

La reforma de la ley, en los puntos señalados, resulta urgente previo al inicio de la fecha en que entre en vigencia, a fin de que el régimen de libre competencia pueda surtir efecto.

aspectos que debía contener. No se justificaba el apresuramiento con que ha sido redactada ni los múltiples vacíos que contiene. Las observaciones presidenciales al texto aprobado, aparte de ser muy pobres, evidencian el apresuramiento con que el Órgano Ejecutivo está trabajando en la emisión de nuevas leyes, aún de importancia trascendental para el país. Se está recurriendo a las observaciones para la corrección de la ley que sale de la iniciativa del mismo partido de gobierno y para enmiendas que podían haberse hecho si hubiera llevado a cabo una discusión del proyecto.

La reforma de la ley, en los puntos señalados, resulta urgente previo al inicio de la fecha en que entre en vigencia, a fin de que el régimen de libre competencia pueda surtir efecto.

