

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES INTERNACIONALES

CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN LA LEY DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR

LILLIAM VIRGINIA ARRIETA DE CARSANA*

RESUMEN

La primera Ley de Competencia de El Salvador incluye un régimen de control de las concentraciones económicas obligatorio, previo y exclusivo. La Ley abarca un amplio rango de actos y contratos que deben ser forzosamente sometidos a examen, antes que se formalice o que se concluya cualquier modalidad de concentración o integración económica, que supere los umbrales establecidos. Estas atribuciones de la Superintendencia de Competencia de El Salvador se extienden a todos los sectores de actividades económicas que se llevan a cabo en el país, así como a todas las concentraciones que surtan efectos en el territorio nacional. En este artículo hemos examinado los aspectos regulados por la Ley en materia de control de concentraciones, a partir de

* Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesora de Derecho de Competencia, Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, El Salvador. Contacto: lilium.arrieta@gmail.com

un análisis de algunos de los estudios científicos más relevantes y de su comparación con los sistemas de defensa de la competencia que sirvieron de modelo al momento de redactar la legislación de competencia salvadoreña.

Palabras clave: concepto de concentración económica, control exclusivo y *ex ante*, criterios cuantitativos para autorizar una concentración, criterios cualitativos para autorizar una concentración.

MERGERS AND ACQUISITIONS IN EL SALVADOR'S COMPETITION LAW

ABSTRACT

The first Competition Law of El Salvador establishes that all mergers and acquisitions must be authorized by the Competition Agency- the Competition Superintendence- in a mandatory, ex ante, and exclusive manner. The Law refers to a wide range of acts considered mergers or acquisitions, that cannot be executed unless authorized by the Competition Superintendence. However, the Law also states that this mergers and acquisitions must attain certain economic dimensions. According to the Law, all sectors of economic activities are subject to these dispositions, since the Superintendence is the only administrative institution with the power to authorize mergers and acquisitions that take place in the Salvadoran market or that affect the Salvadoran market. Our paper analyses the legal aspects related to mergers and acquisitions, based on some the most relevant scientific studies. We also include some references to the competition laws of other countries that inspired our first Competition Law.

Key words: *mergers and acquisitions concept, exclusive and previous control, economic criteria for evaluating mergers and acquisitions, qualitative criteria for evaluating mergers and acquisitions.*

1. ASPECTOS GENERALES

La primera Ley de Competencia salvadoreña establece un régimen de control de las concentraciones económicas, que tiene la finalidad de preservar las estructuras competitivas de los mercados, a partir de un examen *ex ante* de las fusiones y adquisiciones que superen determinados umbrales económicos. De conformidad con la LC, absolutamente todas las concentraciones económicas entre agentes independientes que excedan ciertas dimensiones, deben ser autorizadas en forma previa por la Superintendencia de Competencia¹.

Además de abarcar un amplio rango de actos y contratos que deberán ser sometidos a examen previo, porque suponen la concentración de agentes económicos independientes, el régimen de control de concentraciones económicas constituye una potestad exclusiva de la Superintendencia de Competencia, que se extiende a todos los sectores de actividades económicas que se llevan a cabo en el país, así como a todas las concentraciones que surtan efectos en el

1 De forma general, sobre el control de concentraciones, puede consultarse, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, págs. 335-371; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones de Empresas*, Colex, Madrid, 2006; GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. & MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, págs. 629-750; KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n. 1 (2003), págs. 207-251; LEVÉQUE, F. & SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003.

territorio nacional². La autorización de las concentraciones que surtan efectos en El Salvador, únicamente puede ser concedida por la Superintendencia de Competencia de este país.

De conformidad con la LC, la competencia material de las autoridades de competencia, se extiende aún a los agentes cuyo ramo de actividad está sometido al control de otra entidad fiscalizadora nacional, como en el caso del mercado de la electricidad, de las telecomunicaciones o del sector financiero³. En igual forma, la competencia territorial se extiende a los actos jurídicos realizados en el extranjero, cuando se trate de concentraciones que puedan surtir efectos en nuestro país⁴.

-
- 2 Cabe precisar que el primer régimen de control de concentraciones implantado por el Legislador salvadoreño, se creó para el sector de las telecomunicaciones en la Ley de Telecomunicaciones de 1997. El derogado numeral 4° del artículo 111 de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada con D.L. n. 142 del 6 de noviembre de 1997, publicada en el D.O. n. 218, Tomo 337 del 21 de noviembre de 1997, establecía textualmente que “... los operadores de servicios de acceso con más de cincuenta mil usuarios sólo podrán fusionarse con la previa aprobación de la SIGET, para lo cual los interesados deberán comprobar que la fusión no limita la competencia”. Sin embargo, al entrar en vigencia la LC, estas atribuciones de la SIGET fueron suprimidas, al derogar expresamente el artículo 111 de la Ley de Telecomunicaciones.
- 3 La competencia exclusiva en razón de la materia, se encuentra reflejada en el Art. 36 LC. “Cuando se trate de concentraciones que son llevadas a cabo por agentes económicos sujetos a la fiscalización de cualquiera otra entidad fiscalizadora: Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Valores, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; Autoridad de Aviación Civil, Autoridad Marítima Portuaria, la Superintendencia, deberá emitir opinión sobre su procedencia de conformidad a esta Ley. Esta opinión tendrá carácter vinculante para el ente fiscalizador”.
- 4 La competencia en razón del territorio ha sido establecida en el inciso sexto del artículo 23 del RLC, en el cual se establece, que también tendrán que someterse a control de la SC las concentraciones formalizadas en otros países, pero que tengan efectos en el territorio nacional: “En el caso de concentraciones derivadas de actos jurídicos realizados en el extranjero, deberá solicitarse la autorización correspondiente antes que surtan efectos jurídicos o materiales en territorio nacional”. Sobre este tema, *vid.* RIVERA, E. y SCHATAN, C., *Los Mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas N° 41, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, septiembre de 2006, pág. 29, quienes explican que en la Ley de Competencia de El Salvador, prácticamente no hay sectores excluidos de su ámbito competencial.

El control de concentraciones constituye una herramienta de protección de la estructura del mercado, que ha sido implantada en las legislaciones de la mayor parte de sistemas similares al salvadoreño, *v.gr.* Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Honduras, México y Panamá, entre otros⁵. Sin embargo, a diferencia del encuadramiento de las prácticas anticompetitivas prohibidas, en cuya regulación encontramos tanto elementos del modelo anglosajón, como del modelo europeo, en el caso del control de las fusiones y adquisiciones empresariales, la Ley de Competencia de El Salvador refleja mayores semejanzas con el modelo europeo, tal como se podrá constatar en las páginas que siguen.

1.1. CONTROL EXCLUSIVO Y *EX ANTE*

La inclusión de un régimen de control de concentraciones a través de un sistema de notificación previa, responde a la tendencia observada en

-
- 5 A título de ejemplo, sobre el control de concentraciones en Iberoamérica, *vid.* art. 12 y ss. y en particular el art. 13 la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, el cual establece: “*Se prohíben las concentraciones económicas cuyo objetivo o efecto sea restringir, disminuir o impedir indebidamente la libre competencia...*”. En sentido similar, *vid.* Art. 7 y ss. de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999; Art. 54 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 9 de la Ley 1340 de 2009, del 24 de julio por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, publicada en el Diario Oficial N° 47.420 de 24 de julio de 2009; Art. 16 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica de 1995; Art. 7 y ss. de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; Art. 16 y ss. de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 21 y ss. de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; Art. 7 y ss. de la Ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y, en Venezuela, Art. 11 y ss. de la Ley de Competencia de 1991. Precisamos que en Perú, la Ley de Competencia de 2008 no incorpora un régimen de control de concentraciones, aunque en ese país, de conformidad con la Ley N° 26876 del 18 de noviembre de 1997, publicada en el D.O. “El Peruano” del 19 de noviembre de 1997, el control de concentraciones es ejercido únicamente en el sector eléctrico. La Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008, tampoco contiene un régimen de control de concentraciones.

una gran mayoría de sistemas⁶, donde se ha optado por incluir un mecanismo que contribuya a prevenir la formación de estructuras de mercado, en las que el aumento del tamaño o la reducción del número de agentes, puede restringir la competencia a través de efectos unilaterales o coordinados⁷.

Al igual que un sector mayoritario de la doctrina, en el análisis de las concentraciones sometidas a su conocimiento, la Superintendencia ha reconocido que las fusiones y adquisiciones tienen el potencial para

-
- 6 Puede consultarse el Anexo II de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007, pág. 99, donde a partir de una muestra de 70 Estados, la UNCTAD informa que 52 de ellos han optado por un régimen de control *ex ante*, que al igual que el nuestro, requiere una notificación obligatoria antes de la formalización de la concentración. Sobre la notificación previa obligatoria en El Salvador, *vid.* RIVERA, E. & SCHATAN, C., *op. cit.*, pág. 27, quienes explican que nuestro modelo adopta un sistema de control *ex ante*, en el cual todas las concentraciones que se enmarcan en los supuestos establecidos por la LC, deben solicitar una autorización previa a las autoridades de competencia.
- 7 *Vid.* CARLTON, D.W. & PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3rd edition, Massachusetts, 2000, pág. 22, quienes explican que las concentraciones generalmente incrementan el poder de mercado del ente resultante y reducen la competencia, al reducir el número de competidores. En sentido similar, *vid.* *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, Paris, 1998, pág. 41 y ss., donde en su documento marco para el diseño y aplicación de las leyes de competencia, estos organismos internacionales señalan que el control de las concentraciones busca contrarrestar los efectos anticompetitivos unilaterales y concertados que puedan producirse por causa de la concentración de poder económico y por la reducción de operadores en el mercado. Coinciden en señalar que el control de concentraciones busca mantener estructuras de mercados competitivas, a partir de una actuación previa que pretende evitar el crecimiento desmesurado del poder económico o poder de dominio, así como los riesgos de concertación que surgen al disminuir el número de operadores, GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, *cit.*, pág. 697 y ss.; CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, págs. 37 y 38; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th edition, 2007, pág. 404; MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pág. 231; y, AREEDA, P.; KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, 6a edición, Aspen, 2004, pág. 856 y ss.

desplegar efectos adversos en las condiciones de competencia, porque pueden dar lugar al surgimiento de agentes económicos con el poder de afectar unilateralmente la competencia o porque al reducir el número de operadores, pueden facilitar la concertación de acuerdos anticompetitivos.

En la autorización de concentración entre el grupo empresarial Millicom y otros, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia manifestó que por regla general, en materia de concentraciones horizontales “*se produce generalmente una reducción en el número de competidores de un mercado, efecto que es asociado con un reforzamiento de la posición de dominio, aumentos de la concentración de mercado y/o de la facilitación de la coordinación entre competidores*”⁸.

El régimen adoptado por nuestra normativa es un control totalmente *ex ante*, puesto que ninguna concentración económica que se enmarque en los supuestos previstos por la LC, puede llevarse a cabo sin la autorización previa de las autoridades de competencia⁹. Las solicitudes deben hacerse imperativamente antes que se concrete cualquiera de las modalidades de fusiones y adquisiciones que la normativa prevé y

8 *Vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que estos efectos se producen especialmente en las concentraciones de tipo horizontal en virtud de su misma naturaleza.

9 De conformidad con las reformas introducidas al Código de Comercio de 1970, después de la aprobación de la Ley de Competencia, las fusiones reguladas por esta Ley no pueden ser inscritas en el Registro de Comercio, hasta que hayan sido autorizadas por la Superintendencia de Competencia. *Vid.* Art. 319 C.Co.- “... *La fusión se hará constar en escritura matriz y el testimonio de la misma se inscribirá en el Registro de Comercio y surtirá efectos a partir de la fecha de su inscripción. Para efectos de inscripción, el Registrador deberá comprobar, según el caso: a) Que no se trata de una fusión sujeta a notificación, según la Ley de Competencia; b) Que cuenta con la aprobación de la Superintendencia de Competencia; c) Que se ha realizado la notificación de Ley a la Superintendencia de Competencia, sin que ésta hubiese emitido resolución alguna en el plazo estipulado en la Ley de Competencia...*”. Además de esta obligación, de conformidad con el artículo 32 del RLC, el notario autorizante de actos de formalización de una concentración, tampoco podrá celebrarlos sin haber tenido a la vista la autorización de concentración de la SC.

particularmente, antes que el acto jurídico que da lugar a la concentración se perfeccione; que se adquiera o se ejerza de hecho el control de otro agente económico y/o se formalice la fusión o combinación del control de los operadores económicos¹⁰.

1.2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EN LA NORMATIVA SALVADOREÑA

La Legislación de competencia salvadoreña ha adoptado un criterio flexible y funcional, para la definición de los actos que constituyen una concentración económica, retomado esencialmente de la normativa europea en materia de concentraciones, donde encontramos una definición prácticamente idéntica¹¹. La Ley de Competencia salvadoreña

10 Para un mayor detalle de los actos que según nuestra normativa de defensa de la competencia dan vida material o jurídica a una concentración, *vid.* el art. 23 RLC, donde el Legislador enumeró algunos de ellos: “*La solicitud de autorización de concentraciones a que se refiere el Art. 33 de la ley, deberá hacerse antes de que ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: a) El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto; b) Se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro agente económico, o se adquieran de hecho o de derecho, entre otros, activos, participación en fideicomisos, participaciones sociales, membresías o acciones de otro agente económico; c) Se formalice un convenio de fusión entre los agentes económicos involucrados, o tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en dicho artículo; y, d) En los casos que la concentración proceda de un acto de autoridad, esta última requerirá, antes de dictar el acto, el pronunciamiento favorable de la Superintendencia, lo que deberá relacionarse en el acto que se emita*”.

11 *Vid.* Artículo 3.1 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, publicado en el DOCE L. 24 del 29 de enero de 2004, relativo al control de las concentraciones entre empresas en el que se establece que: “*Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias empresas*”, el cual como puede apreciarse, tiene un alto grado de similitud con el texto del artículo 31 de la LC.- “*Para efectos de esta Ley se*

dispone que se entiende por concentración económica, tanto los supuestos en los que se lleva a cabo una fusión material y jurídica de los agentes económicos¹², como los casos en los cuales esta combinación se materializa a través de la adquisición del control de un agente económico por otro¹³, siempre y cuando se parta de operadores independientes¹⁴.

considera 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 todo o de parte de más agentes económicos”.

- 12 La regulación legal de las fusiones en El Salvador, se encuentra en el artículo 315 del Código de Comercio de 1970, el cual establece que *“hay fusión cuando dos o más sociedades integran una nueva, o cuando una ya existente absorbe a otra u otras”*. En forma complementaria, el artículo 18 del RLC introduce otros supuestos en los que puede considerarse que se produce una concentración, en los términos siguientes: *“Para los efectos del Art. 31 de la ley, se entenderá que constituye operación de concentración económica, además de las fusiones efectuadas en los términos indicados en el Código de Comercio, cualquier acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, que conduzca a la concentración de empresas, divisiones o participaciones de empresas y activos en general”*.
- 13 Sobre el control de un agente económico por otro, pueden consultarse las resoluciones del CDSC SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007; SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007 y SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007, en las cuales las Autoridades de Competencia han manifestado que *“el concepto de control se refiere a los medio de influencia que normalmente disponen los propietario de una persona jurídica. Control significa: la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una persona jurídica en cuanta a la determinación de las decisiones comerciales y estratégicas. El elemento inherente a la determinación de la existencia de una concentración es si a partir de algún acto jurídico, se conforma en el mercado una sola unidad económica, donde antes había dos o más unidades independientes de toma de decisiones. Los mecanismos a través de los cuales se completa esta transformación caben dentro de la definición de control. De acuerdo a la doctrina, existe control, normalmente, cuando se posee la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad”*.
- 14 Sobre este requisito, *vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que *“...habiéndose determinado que MILLICOM CABLE N.V. es un agente económico independiente de las sociedades... la operación encaja dentro de los supuestos establecidos en la Ley de Competencia para*

Con el fin de delimitar las situaciones que pueden encajar en estos supuestos, la Ley establece en primer lugar, que se considera concentración tanto las fusiones, como todo acto, contrato, acuerdo o convenio que permita la consolidación, la integración o la combinación de los negocios de los agentes económicos, en forma total o parcial¹⁵. En segundo lugar, en el caso de las concentraciones por adquisición del control de otro agente económico, la LC define este elemento,

considerarla como una concentración económica”, para agregar en la misma resolución que “El elemento inherente a la determinación de la existencia de una concentración es si a partir de algún acto se conforma en el mercado una sola unidad económica, donde antes había dos o más unidades independientes de toma de decisiones”.

- 15 Independientemente de la forma como se concrete una concentración económica, el elemento que la define es el cambio del control. Sin embargo, algunos estudios explican la casuística más común a partir de la cual se manifiestan las distintas modalidades de concentración, distinguiéndolas generalmente entre fusiones y otras formas de llevarlas a cabo. A título de ejemplo, porque la casuística es muy variada, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, *cit.*, pág. 337, quien hace notar que desde una perspectiva formal, se consideran concentraciones las fusiones, las compras de acciones o participaciones de sociedades, las adquisiciones o intercambios de activos, los contratos de dominación o de cesión de la gestión de una empresa, entre otros. En sentido similar, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pág. 1218 y ss., quienes también manifiestan que además de las fusiones, se consideran concentraciones todas las formas por medio de las cuales se adquiere el control de una empresa por otra, como por ejemplo mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de activos, mediante compra de derechos de propiedad y acuerdos entre accionistas, aún en casos de suministros de créditos muy importantes. En el ámbito anglosajón, *vid.* ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 6th edition, Chicago, 2007, pág. 325, quienes comentan que los “*mergers*” incluyen una gran variedad de formas de transferencia o consolidación de derechos de propiedad o control, o aún de directivos comunes. En la normativa de competencia nacional, incluida la documentación oficial de la Superintendencia, encontramos algunas referencias a las modalidades de concentración en la voz, n. 16 del Glosario de Términos, donde se hace una remisión al artículo 315 del Código de Comercio de 1970, del cual se ha retomado la definición de fusión. El Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración, elaborado por la Superintendencia de Competencia y (en www.sc.gob.sy, consultada el 28 de septiembre de 2009), agrega en el n. I, relativo a la definición de una concentración, que encajan en estas operaciones, la compra-venta, la coinversión, las alianzas estratégicas para optimizar recursos y las concesiones.

como la capacidad de un agente económico para influenciar a otro, a través de diversos mecanismos que permiten participar en la toma de decisiones del segundo¹⁶.

Al igual que la normativa europea, nuestra Ley identifica el concepto de control con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de otra empresa¹⁷. Se trata de una facultad adquirida jurídicamente o *de facto*, que permite incidir en la toma de decisiones de otro agente económico en forma duradera¹⁸. En materia de derecho de competencia, se entiende que existe adquisición del control, cuando

-
- 16 *Vid.* la definición de control que ofrece la Ley de Competencia en el Art. 32 LC, el cual textualmente dice: “*Para los efectos de esta ley se entenderá por control, la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico*”, reiterado en términos idénticos en la voz, n. 11 del Glosario de Términos aprobado por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.
- 17 *Vid.* numeral 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, el cual expresa una definición muy similar a la de nuestra LC, en los términos siguientes: “*El control resultará de los derechos, contratos y otros medios, que por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa...*”.
- 18 Sobre el requisito de la durabilidad del cambio de control, *vid.* CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 85 y ss.; GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, *cit.*, pág. 638 y ss.; y, KORAH, V., *op. cit.*, págs. 391 y 392, quienes coinciden en señalar, que el cambio de control debe ser duradero o permanente, para que se considere que ha surgido una nueva entidad económica. En la normativa, europea, *vid.* la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOCE C 95/1 del 16 de abril de 2008, pág. 4 y ss., donde la Comisión establece que una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero del control, puesto que el concepto de concentración se refiere a operaciones que a su vez, provocan un cambio duradero en la estructura de los mercados.

se produce un cambio¹⁹, que resulta en la pérdida de independencia económica por parte de un operador económico, porque se reúne bajo la misma unidad de dirección de otro agente económico, quien adquiere la facultad de tomar las decisiones relativas a la política empresarial o a la estrategia económica²⁰.

La normativa de competencia salvadoreña no distingue los distintos tipos de concentraciones que pueden ocurrir en función de la relación competitiva que existe entre los agentes económicos, puesto que se trata de un aspecto esencialmente desarrollado por la doctrina, quien generalmente las separa en horizontales, verticales y conglomeradas. Se denominan concentraciones horizontales, las que se llevan a cabo entre agentes que son competidores en un mismo mercado relevante;

-
- 19 En opinión consultiva proveída a solicitud del Grupo Industrial Diversificado, S.A. de C.V. y Varcor, S.A. de C.V., con fecha 18 de diciembre de 2007, la Superintendencia estableció que las operaciones entre agentes que pertenecen a un mismo grupo no se considera concentración a efectos de la LC, puesto que “*no alteraría el control respecto del escenario que existía ex ante*”.
- 20 Sobre la noción de control en el derecho de la competencia, *vid.* ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, *cit.*, pág. 337, quien explica que el elemento determinante es la pérdida de independencia económica que se produce; siendo significativa la integración de las empresas que se encuentran bajo una misma unidad de dirección, de modo que a partir de ese momento su política empresarial será establecida por la empresa que ha tomado el control. En sentido complementario, *vid.* GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, págs. 635-660, quienes explican que con arreglo al Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, debe tratarse de un cambio duradero y no meramente incidental, en la estructura del control de agentes anteriormente independientes. En sentido similar, CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, págs. 82-102, apuntan que el concepto de control en materia de derecho de la competencia, es un concepto autónomo que alude con mucha amplitud, a los medios de influencia de los que normalmente disponen los propietarios de una empresa y KORAH, V., *op. cit.*, pág. 392. En el ámbito anglosajón, *vid.* SULLIVAN, L.A. & GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2nd edition, Los Ángeles, 2006, pág. 550, quienes manifiestan que el término “merger” usado en el derecho de la competencia es muy amplio e incluye diversas formas de adquirir activos de otra empresa, en cantidades tales que permitan influir directamente en su comportamiento. En igual sentido, AREEDA, P.; Kaplow, L., *op. cit.*, pág. 785, quienes exponen que la materialización de una concentración puede revestir diversas formas, siempre y cuando se produzca una sustitución de la capacidad individual para tomar decisiones, por una sistema de control unificado.

verticales las que se efectúan entre agentes económicos que operan en etapas sucesivas del proceso productivo en un mismo mercado; y, conglomeradas, las que se llevan a cabo entre agentes económicos que intervienen en mercados totalmente diferentes²¹.

A diferencia de sistemas como la Unión Europea o los Estados Unidos, la Ley de Competencia de El Salvador, no las distingue, ni las somete expresamente a un régimen diferente²². En la Legislación

-
- 21 Sobre las distintas tipologías de concentraciones, a título indicativo, *vid.* CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las concentraciones...*, *cit.*, pág. 34, quien explica que son fusiones y adquisiciones horizontales aquellas en las que una empresa adquiere a otra que ofrece bienes o servicios similares o idénticos y opera en el mismo mercado geográfico. Son verticales, aquellas en las que se produce la compra de una empresas que tiene la calidad de proveedora o cliente y conglomeradas, las que se llevan a cabo entre empresas que operan en mercados diferenciados. En sentido similar, ofrecen este mismo rango de definiciones de los tres tipos de concentraciones que pueden darse, GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPÍ BADIA, J.M., *op. cit.*, pág. 695; SULLIVAN, L.A. & Grimes, W.S., *op. cit.*, pág. 550; VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. & VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005, pág. 203; CARLTON, D.W. & PERLOFF, J.M., *op. cit.*, pág. 19.
- 22 En el sistema antitrust de los EE.UU., el Departamento de Justicia (USDOJ) y la Comisión Federal del Comercio (FTC) han establecido un tratamiento distinto para los diferentes tipos de concentraciones. Esta diversidad se refleja en la normativa -guía elaborada para los distintos tipos de concentraciones. En Europa, también se ha optado por seguir esta vía, diferenciando las directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales y no horizontales. Al respecto, puede consultarse. los Lineamientos para las Concentraciones Horizontales de 1992, de la División de Competencia del Departamento de Justicia de los EE.UU. (*Horizontal Merger Guidelines* 1992, U.S. Department of Justice, Antitrust Division), revisadas en 1997 (en www.usdoj.gov/aatr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html consultada el 4 de julio de 2008) y los *Non-horizontal merger guidelines* (1984), U.S. Department of Justice, Antitrust Division (en www.usdoj.gov/aatr/public/guidelines/2614.html, consultada el 4 de julio de 2008). En la normativa europea, *vid.* las Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, publicadas en el DOCE C 31 del 5 de febrero de 2004 y las Directrices para la evaluación de concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, aún en discusión (en www.ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf, consultada el 8 de octubre de 2008).

nacional, todos los tipos de concentraciones se someten a las mismas reglas, aunque un sector mayoritario de la doctrina coincide en señalar que sí es necesario prever que los probables efectos anticompetitivos de unas y otras son generalmente diferentes²³.

En los pronunciamientos proveídos por la Superintendencia de Competencia durante sus primeros años de funcionamiento, encontramos que las concentraciones examinadas fueron sometidas a un mismo análisis. La SC calificó el tipo de concentración, pero no examinó los posibles efectos anticompetitivos específicos de uno u otro tipo²⁴. Sin embargo, a finales de 2008, se comenzó a incluir este tipo

23 *Vid.* GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5th edition, Los Ángeles, 2004, pág. 409 y ss., quien —en síntesis— señala que las concentraciones horizontales eliminan la competencia entre competidores directos; las concentraciones verticales pueden afectar la competencia en el mercado de abastecimiento de los insumos necesarios para elaborar determinado producto, en el de distribución del producto terminado o en el de la competencia directa a quien pueda afectarse con la adquisición de un proveedor o distribuidor común; mientras que el riesgo mayor de la concentración de conglomerado, es la eliminación de un competidor potencial. También hacen una exposición muy similar de los riesgos que cada tipo diferente de concentración genera para la competencia en el mercado, AREEDA, P., KAPLOW, L., *op. cit.*, págs. 785-899, quienes agregan que de forma general, todos los tipos de concentraciones, resultan en estructuras de mercado menos competitivas, incrementan las posibilidades de cometer prácticas anticompetitivas y producen eficiencias más o menos deseables. En sentido parecido, SULLIVAN, L.A. & GRIMES, W.S., *op. cit.*, pág. 568; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 37 y ss.; KORAH, V., *op. cit.*, pág. 411 y ss.; GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, pág. 695 y ss. Por su parte POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2nd edition, Chicago, 200, pág. 136 y ss., advierte que las concentraciones que tengan implicaciones sobre los competidores potenciales —reales— deben tratarse como concentraciones horizontales. El juez POSNER también señala que al momento de valorar los efectos de las fusiones verticales, también es necesario examinar la posibilidad que puedan resultar en la eliminación de un competidor potencial, en la medida en que puede tratarse de un agente económico que puede reconvertir fácilmente su línea de producción.

24 En El Salvador, las concentraciones autorizadas por la SC hasta la fecha, han sido en su mayoría horizontales: *v. gr.* los casos de concentraciones SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007; SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007 y SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007. Para casos de concentraciones conglomeradas, *vid.* SC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007, mientras que la SC-002-S/C/R-2008 del 25 de marzo de 2008, fue calificada como concentración vertical. Sin embargo, en

de análisis, a partir de una solicitud presentada por el grupo empresarial Millicom, en cuya autorización, la entidad contralora se pronunció sobre los posibles efectos anticompetitivos producidos por los distintos tipos de concentración, reconociendo que cada una podía producir efectos unilateral o coordinados perjudiciales para las condiciones de competencia en el mercado relevante²⁵.

2. CRITERIOS CUANTITATIVOS PARA DETERMINAR LAS CONCENTRACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN

La Ley de Competencia contiene criterios cuantitativos basados en la multiplicación de salarios mínimos, para delimitar las concentraciones que deben solicitar una autorización previa de las que no, determinando que no toda concentración económica que se lleve a cabo o que surta efectos en el mercado nacional, requiere autorización de las autoridades de competencia salvadoreñas²⁶.

ninguno de estos pronunciamientos consta que se haya hecho un análisis de los efectos anticompetitivos inherentes a cada tipo.

- 25 Al respecto, *vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “*Dentro del ámbito de competencia, las operaciones entre agentes económicos pueden dar lugar a tres tipos diferentes de concentraciones; verticales, horizontales y de conglomerado. Cada una de ellas con diferentes efectos sobre la concentración, la eficiencia, las posibilidades de reforzamiento de una posición dominante previa y en consecuencia, sobre la posibilidad de afectar la competencia*”.
- 26 Para los criterios cuantitativos de las concentraciones que requieren autorización en El Salvador, *vid.* Art. 33 de la LC. “Las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia...”. En forma complementaria, de conformidad con los literales a) y b) del artículo 152 del Código de Trabajo de El Salvador, aprobado con D.L. n. 15 del 23 de junio de 1972, publicado en el D.O. n. 142, Tomo 236 del 31 de julio de 1972, el salario mínimo es establecido periódicamente por el Consejo Nacional del Salario Mínimo. Para el salario mínimo vigente a la fecha de este artículo, véase el Decreto Ejecutivo N° 134 del 19 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial N° 241, tomo 381 del 22 de diciembre de 2008 y vigente a partir del 1 de enero de 2009, donde se establece que el salario mínimo en la industria es de \$ 6.77 diarios.

Al igual que las normas de defensa de la competencia de muchos países de nuestra región o pertenecientes a sistemas afines²⁷, la LC prevé umbrales económicos que permiten aplicar un criterio objetivamente cuantificable, para separar las concentraciones que requieren autorización de aquellas que no²⁸. En El Salvador, sólo

-
- 27 En Iberoamérica, encontramos que existen diversos criterios para el establecimiento de umbrales, a partir de los cuales se hace necesario solicitar una autorización para llevar a cabo una concentración. Los numerales 1 y 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, de Colombia, establece umbrales cuantificados sobre la base de salarios mínimos legales vigentes. En el Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina de 1999 y en el Art. 20 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992, encontramos umbrales basados en volúmenes de ventas. En el numeral 3° del Art. 54 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; en el art. 8 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España; y, en el Art. 7 de la Ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, encontramos un sistema basado en parte, en cuotas o porcentajes de mercado y en parte, en volúmenes de ventas. La Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica de 1995; la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007 y, la Ley de Competencia de 1991 de Venezuela, no especifican umbrales mínimos.
- 28 Sobre el elemento cuantitativo que permite delimitar las concentraciones, que requieren solicitar autorización de las que no, en el sistema europeo cada país fija los umbrales que afectan el mercado nacional, mientras que la normativa comunitaria establece que las concentraciones que interesan al derecho europeo deben tener una dimensión comunitaria. Sobre el tema de los umbrales en el modelo europeo, *vid.* CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 135 y ss., quienes comentan que, por razones técnicas como políticas, el legislador – europeo en este caso— fija un tamaño mínimo necesario para que las concentraciones interesen al derecho de la competencia comunitario, que por razones obvias supera las dimensiones cuantitativas establecidas en las normas nacionales. Es lo que se conoce como dimensión comunitaria de las concentraciones. Encontramos esta misma explicación en PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1ª edición, 2007, pág. 404 y ss., y, KORAH, V., *op. cit.*, pág. 395 y ss., quienes coinciden en señalar que no cualquier concentración tiene una dimensión cuantitativa que interese al derecho europeo de la competencia, por lo que si bien es necesario establecer umbrales para distinguir las concentraciones que requieren autorización de las que no, por motivos obvios, los mismos serán diferentes en el ámbito nacional que en este mercado supranacional.

requieren autorización previa las concentraciones entre agentes económicos que representen un total de activos igual o mayor a los 50,000 salarios mínimos urbanos en la industria o cuyos ingresos conjuntos excedan 60,000 salarios mínimos urbanos en la industria²⁹, los cuales equivalen actualmente a US \$ 121,860,000.00 y a US \$ 146,232,000.00³⁰.

29 Cabe precisar que la terminología adoptada por la LC, ha dado origen a algunos conflictos sobre su aplicación. Esta norma hace referencia a “salarios mínimos urbanos en la industria”, mientras que el Código de Trabajo y el Decreto de fijación periódica únicamente hace referencia al sector productivo, pero no distingue entre el ámbito rural y el urbano. El Decreto de fijación establece los “salarios mínimos en la industria”. Sin embargo, en la resolución SC-004-D/PA/R-2006 AC con SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006, pronunciada por el CDSC el 6 de noviembre de 2007, en el recurso de revisión presentado por las empresas petroleras sancionadas, las autoridades de competencia manifestaron que no tienen duda que entre la Ley de Competencia y el decreto que fija el salario mínimo existe una vinculación, porque tanto desde una interpretación gramatical como desde una interpretación finalista, no existe antinomia entre ambas disposiciones. Los salarios mínimos urbanos en la industria, a los que hace referencia la LC deben ser cuantificados conforme a los parámetros de los salarios mínimos en la industria determinados en el correspondiente Decreto Ejecutivo. Sobre este tema, consideramos que procede agregar que en la Inc. 27-2007 Ac. del 9 de octubre de 2007, publicada en el D.O. n. 196, tomo n. 377, del 22 de octubre de 2007, la SCN manifestó que “*En efecto, en cada prescripción que tase la multa o sanciones económicas conforme a un parámetro abstracto como el salario mínimo, resultaría conveniente el señalamiento expreso del Legislador sobre la especie de salario al que se acudirá según el sector productivo o la clasificación que sobre los mismos emite el Órgano Ejecutivo, para no generar violaciones a la seguridad jurídica y al principio de legalidad penal. En el presente caso, existe una excesiva indeterminación de qué rubro económico debe ser tenido en cuenta para la integración de la sanción penal. Y origina un ámbito de discrecionalidad judicial difícilmente justificable, derivada de una defectuosa regulación de la materia, la cual pone en serio riesgo la aplicación efectiva del Derecho Penal, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica en general. Distinto es el caso en el cual se determine, cuando menos, el sector productivo al que dicho salario mínimo sea aplicable, pues esto reduce la indeterminación, y proporciona un grado de certeza cuantificable según se trate del salario mínimo para trabajadores de la industria, comercio y servicios, maquila textil y confección o trabajadores agropecuarios, entre otros, fijados por el Órgano Ejecutivo*”, por lo que puede considerarse que la redacción adoptada por la LC reúne el mínimo de parámetros requeridos.

30 Puede consultarse www.sc.gob.sv

Al respecto, cabe precisar que tanto organismos nacionales como la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social –FUSADES– o internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE– han manifestado su conformidad con los umbrales adoptados por la Ley de competencia salvadoreña³¹. La OCDE ha manifestado en varios de sus estudios y más recientemente en el examen inter pares, realizado a El Salvador en septiembre de 2008, que el mecanismo de cuantificación de umbrales basado en salarios mínimos es uno de los más idóneos que las legislaciones de competencia puedan adoptar, por cuanto permite realizar fácilmente ajustes inflacionarios sin tener que reformar la Ley³².

-
- 31 Sobre este tema, *vid.* Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N° 48, Antiguo Cuscatlán, diciembre 2004, págs. 11 y 12, quienes consideran que el umbral establecido por la LC es el más indicado, ya que permite autorizar concentraciones para que las empresas nacionales puedan rivalizar con empresas extranjeras. Sin embargo, respecto de los umbrales adoptados por nuestra legislación, también puede consultarse, la Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, donde al momento de discutir el texto del artículo 33 LC, consta la intervención del Diputado del partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, Salvador Arias, quien en nombre de su fracción política propuso que además del establecimiento del umbral basado en el salario mínimo, se agregara un criterio basado en la cuota de mercado conjunta de los agentes que soliciten autorización para concentrarse, con el siguiente texto: “*Las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan los 50,000 salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que impliquen la participación de agentes económicos o grupos de agentes económicos que representen en conjunto una cuota del 25% o más del mercado relevante, serán prohibidos*”. Dicha propuesta fue sometida a votación, pero no alcanzó el número de votos necesarios.
- 32 De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Banco Mundial, en su documento conjunto *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, pág. 56 y ss., el establecimiento de umbrales basados en mecanismos que permitan un ajuste inflacionario —basado por ejemplo en una multiplicación de los salarios mínimos vigentes en un momento determinado— igual a los que establece nuestra Ley de Competencia— es el más idóneo, por su adaptabilidad a las fluctuaciones económicas. Este criterio fue reiterado en forma específica para la normativa salvadoreña en *Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008*, *cit.*, pág. 23, donde en esta evaluación del funcionamiento de la normativa y de la agencia de defensa de la competencia, estos organismos internacionales concluyen que una disposición muy

Por otra parte, con relación al establecimiento de los umbrales, aunque la LC no lo disponga expresamente, en los pronunciamientos de la Superintendencia de Competencia puede advertirse que la agencia contralora ha entendido que los umbrales deben tener un nexo local. Es decir que debe tratarse de operadores con presencia en el país, que presenten activos o ingresos en el mercado nacional.

Esta postura resulta particularmente evidente en la autorización de concentre entre Bancolombia y Banagrícola, donde el CDSC manifestó que para determinar si en este caso se ha sobrepasado el umbral previsto en la correspondiente autorización, es necesario tomar en consideración “*que los activos totales de las sociedades objeto de la concentración con activos en el país alcanzan o superan los umbrales*”³³, así como más recientemente en la autorización de concentración entre el grupo Millicom y otros, donde el Consejo Directivo de la SC manifestó que “*todos los agentes económicos que pertenecen o están bajo control de los grupos económicos intervinientes y con operaciones en El Salvador, son parte del análisis y así son considerados dentro de la verificación de cumplimiento de umbrales*”³⁴.

útil de nuestra Ley la a fijación de umbrales que han sido efectivamente indexados para la inflación, por medio de un enlace al salario mínimo anual.

- 33 Sobre el requisito de presencia nacional o de nexo local, *vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC manifestó que “*Es necesario aclarar que, aun cuando la operación en análisis se llevará a cabo entre MILLICOM CABLE N.V. y las sociedades CENTRAL AMERICAN CAPITAL GROUP, INC. y CA CABLE INVESTMENT GROUP LIMITED, todos los agentes económicos que pertenecen o están bajo control de los grupos económicos intervinientes y con operaciones en El Salvador, son parte del análisis y así son considerados dentro de la verificación de cumplimiento de umbrales...*”.
- 34 Puede consultarse también, SC-014-S/C/R-2007 del 14 de agosto 2007 y la SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, donde el CDSC manifestó que “*...para determinar si en este caso se ha sobrepasado el umbral previsto en la correspondiente autorización, bastaría con comprobar que los activos totales de las sociedades objeto de la concentración con activos en el país alcanzan o superan la suma de US\$ 102, 240,000.00*”. En sentido similar, *vid. Derecho y Política de la Competencia en El Salvador, Examen Inter-pares 2008, cit.*, pág. 21, donde estos organismos internacionales también apuntan que al momento de examinar las concentraciones económicas, la SC ha concluido que si existe el requisito de “nexo local” y que está operando bajo el supuesto que los activos o ganancias de las partes en concentración económica deben ser locales.

Con el fin de contribuir a esclarecer los supuestos dudosos o limítrofes, el RLC contiene algunos criterios que ayudan a cuantificar los umbrales³⁵ aunque en su redacción original ahora reformada, el RLC preveía la posibilidad que los agentes económicos pudieran hacer consultas previas a la Superintendencia de Competencia antes de iniciar cualquier proceso de concentración.

Sin embargo, a pesar de tratarse de una atribución de la SC, que se muestra particularmente útil en un país como El Salvador, donde la normativa de competencia constituye un ámbito de regulación totalmente nuevo y en el cual, las autoridades de competencia deben poder orientar a los operadores económicos, a fin de evitar la comisión de infracciones y la imposición de sanciones por violaciones a la Ley³⁶, ésta fue

-
- 35 Para los criterios establecidos en el RLC, *vid.* Art. 19. “*Para calcular el monto de los activos totales, según lo dispuesto en el Art. 33 de la ley, la Superintendencia deberá sumar todos los activos de las empresas participantes. Para calcular el monto de los ingresos totales referidos en el Art. 33 de la ley, la Superintendencia deberá sumar los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas objeto de la operación de concentración económica, durante su último ejercicio fiscal, previa deducción realizada de los descuentos sobre ventas, así como del Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios y de otros impuestos directamente relacionados con la actividad económica en cuestión*” y Art. 20.- “*Para los efectos del Art. 33 de la ley, se tomará en cuenta el salario mínimo anual urbano en la industria vigente al día anterior a aquél en el que se realice la solicitud y, en caso que las operaciones se pacten en moneda extranjera, se aplicará el tipo de cambio publicado por el Banco Central de Reserva de El Salvador, de conformidad al Art. 57 de su Ley Orgánica*”.
- 36 El Art. 78 del RLC dispone, que además de las potestades sancionatorias, contraloras y de abogacía de la competencia, la SC también puede evacuar consultas de los agentes económicos, sobre cualquier tema, en los términos siguientes: “*Cualquier agente económico, así como las dependencias y entidades de la Administración Pública, estatal o municipal, podrán formular ante la Superintendencia cualquier consulta en materia de competencia...*”. En una Opinión consultiva emitida por la SC el 12 de febrero de 2007, a solicitud de BANCOLOMBIA (Panamá), S.A., la SC estableció que: “*1) Las consultas en materia de competencia tienen como finalidad aclarar las aplicaciones de carácter general que se derivan de la Ley, en cuanto al contenido sustantivo de la misma e ilustrar respecto de su aplicación en cuanto a aspectos procedimentales. En el marco de la concentración, se analiza si el acto u operación que se pretende llevar a cabo involucra la concentración de agentes independientes entre sí, y la combinación de activos o ingresos totales exceden los umbrales o salarios mínimos urbanos en la industria prescritos en la ley*”.

considerablemente limitada en 2008, a partir de las primeras reformas al RLC y en la actualidad no es posible hacer consultas relativas a los umbrales³⁷.

3. CRITERIOS CUALITATIVOS PARA DETERMINAR LAS CONCENTRACIONES QUE PUEDEN AUTORIZARSE

Una vez comprobada la independencia de los agentes afectados por la concentración y comprobados los umbrales anteriormente señalados, con el propósito de guiar el análisis que permita separar las concentraciones que pueden autorizarse, de las que no, la LC ha impuesto dos condicionamientos cualitativos a las autoridades de competencia, que deben ser considerados al momento de tomar una decisión respecto de las concentraciones económicas examinadas: Deben autorizarse las concentraciones que no afecten significativamente la competencia, así como las que demuestren la capacidad de producir ganancias de eficiencia.

3.1. CONCENTRACIONES QUE NO PRODUCEN EFECTOS SIGNIFICATIVOS CONTRARIOS A LA COMPETENCIA

En el primero de los condicionamientos, la LC dispone que sólo deban prohibirse las concentraciones que tengan una afectación significativa en las condiciones de competencia en el mercado³⁸. En forma inicial,

37 El texto del artículo 78 RLC reformado establece que “*Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 14, letras l) y m) de la Ley, se estará a lo siguiente...*”. Es decir, que actualmente, la SC sólo puede evacuar consultas sobre proyectos de leyes, ordenanzas o reglamentos en los que pudiere limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia y sobre los procedimientos de contratación y adquisición públicos, en los que pudiere limitarse, restringirse o impedirse significativamente la competencia.

38 *Vid. supra* el texto del artículo 33 LC transcrito íntegramente en la nota 26 y en forma complementaria, el numeral III del *Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración*, elaborado por la Superintendencia de Competencia, donde la Superintendencia ha manifestado que la posibilidad de restringir indebidamente la competencia no es una consecuencia necesaria del tamaño de los agentes económicos involucrados o de su participación en el mercado. Sin

encontramos que el término presenta la dificultad de constituir un concepto indeterminado, aunque en la normativa interna de la Superintendencia de Competencia en materia de concentraciones, en concordancia con la normativa europea que ha servido de base para la elaboración de nuestro régimen de control de concentraciones³⁹, la afectación significativa de la competencia ha sido identificada con la creación de una posición dominante, a partir de la cual se pueden cometer abusos que limiten las posibilidades de elección de las que dispone el consumidor⁴⁰ o que resulte en una reducción del número

embargo, la SC considera que un tamaño reducido y una participación insignificante en el mercado son conclusivos de que no se producirá el efecto restrictivo. Puede considerarse también la conclusión de la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC manifestó que se autoriza la concentración porque al analizar la operación propuesta “*no se advierte, bajo dicho análisis, que la presente operación produzca una limitación significativa a la competencia en los mercados relevantes analizados*”.

- 39 *Vid.* número 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, en el que se establece que “*Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común*” y el número 3 del artículo 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, relativo al control de las concentraciones entre empresas, en el que se establece textualmente que “*Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común*”.
- 40 Esta identificación de la afectación significativa de la competencia con la adquisición o consolidación de una posición dominante que resulta de una concentración económica, es conocida como el test de dominación en el mercado. Sobre este tema, *vid.* CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 194 y ss., quienes explican que el criterio de afectación significativa está unido a la noción de posición dominante en el mercado relevante. Es por ello que en la normativa y en la jurisprudencia europea, el test de dominancia constituye la principal afectación a la competencia, aunque también se admite que pueden existir otras formas de afectación significativa. En sentido parecido, *vid.* PACE, L.F., *op. cit.*, págs. 406 y 407 y GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, pág. 680, quienes en igual forma, exponen que la posibilidad de afectar en forma significativa la competencia o de crear un obstáculo significativo para la competencia, está vinculada estrechamente con la creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

de operadores que facilite la concertación de acuerdos anticompetitivos⁴¹.

En forma complementaria, los literales a) y b) del artículo 34 LC, agregan otros elementos que no se refieren a la adquisición de una posición dominante, pero que también es necesario considerar para determinar los supuestos en los que se puede producir una limitación significativa de la competencia. En materia de control de concentraciones, la SC debe tomar en consideración la eficiencia económica que pueda resultar, así como –textualmente– cualquier “otro elemento relevante”.

El legislador ha hecho un intento por concretar el contenido de este último criterio en el Reglamento de aplicación de la LC. El artículo 22 del RLC enumera cuatro supuestos totalmente diversos, en los que puede concluirse que no se produce un incremento del poder de mercado, porque la afectación territorial es poco significativa⁴², porque

Por su parte, KORAH, V., *op. cit.*, pág. 404 y ss., agrega que es necesario considerar la reducción del número de operadores, favorece la creación de posiciones de dominio conjuntas a partir de la coordinación de las actuaciones de varios agentes económicos, quienes se comportan como si se tratara de una entidad individual.

- 41 En la normativa salvadoreña de competencia, encontramos que en el *Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Autorización de Concentración*, la SC ha manifestado en el numeral IV que de acuerdo a la ley, no serán objetadas, por la Superintendencia las operaciones de concentración que no tiendan a producir una limitación significativa de la competencia, porque en ellas, el agente económico concentrado no obtiene una posición dominante en el mercado. En el numeral I del mismo Formulario-Guía, la SC también ha manifestado que el poder de mercado creado por las concentraciones puede llevar a una disminución de la posibilidad de elección de los consumidores y una facilitación de la conformación de carteles o de acuerdos horizontales entre competidores. En igual forma en A Framework..., *cit.*, pág. 42, la OCDE establece que el principal efecto unilateral de las concentraciones es la adquisición de poder de dominio, que permite subir precios sobre el nivel competitivo, crear barreras de entrada o reducir las posibilidades de elección de los consumidores.
- 42 El aspecto territorial de la afectación a la competencia ha sido escuetamente mencionado en la parte resolutive, de la resolución final SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, en la cual si bien el CDSC no se extendió mucho en los puntos de la motivación relacionados con el aspecto territorial, autorizó la concentración porque además de otros criterios considerados, “*la participación de Bancolombia Puerto Rico Internacional, Inc. en el país ha sido muy baja y la declaración por parte de la*

su efecto temporal no es permanente o duradero⁴³, porque se trata de situaciones que involucran a un agente económico con poco o ningún peso en el mercado⁴⁴ o porque constituyen la restructuración de un mismo grupo económico⁴⁵.

institución de que el crédito referido constituye un hecho aislado que no se planea continuar desarrollando”.

- 43 Sobre el aspecto temporal, aún no existen pronunciamientos de la SC, pero cabe recordar que la normativa europea que ha servido de base al control de concentraciones adoptado por la Ley de Competencia salvadoreña, lo impone como un requisito necesario que deben reunir las concentraciones que serán sometidas al procedimiento de autorización. La definición de concentración ofrecida por el numeral 1 del artículo 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, requiere que se trate operaciones que den lugar a un “cambio duradero del control”. Sobre este mismo requisito, *vid.* la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones, publicada en el DOCE C 95/1 del 16 de abril de 2008, págs. 4 y ss., donde la Comisión establece que una concentración sólo comprende operaciones que den lugar a un cambio duradero del control, puesto que el concepto de concentración se refiere a operaciones que a su vez, provocan un cambio duradero en la estructura de los mercados.
- 44 El tema del agente económico insolvente o de la empresa en quiebra, es un tema cuyo estudio supera las dimensiones y fines de nuestro estudio, sobre el cual las autoridades de competencia de El Salvador aún no han tenido oportunidad de pronunciarse. Sin embargo, al incluirlo entre los supuestos del artículo 22 RLC, nuestra normativa recoge una situación que se encuentra expresamente considerada en la normativa de los EE.UU., en los *Horizontal Merger Guidelines* (1992), U.S. Department of Justice, Antitrust Division, revisados en 1997 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, consultada el 4 de julio de 2008), en cuyo apartado n. 5 se establece que una concentración tienen pocas posibilidades de crear o incrementar el poder de mercado, cuando la insolvencia de uno de los agentes puede dar lugar a su salida del mercado relevante. En la doctrina europea, CALVO CARAVACA, A.L. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 224 y ss., explican que si bien es una defensa que surge en el sistema anglosajón, también ha recibido cierto reconocimiento en el sistema europeo, en los últimos dos decenios. En el mismo sentido, KORAH, V., *op. cit.*, págs. 416 y 417, expone que la defensa de la firma insolvente o en quiebra puede ser considerada en forma extraordinaria, en el ámbito europeo, siempre y cuando se compruebe que se trata realmente de una empresa en serias dificultades económicas, que no existe un mecanismo menos anticompetitivo de salvar a la empresa afectada y que en ausencia de la concentración la empresa insolvente saldría del mercado; y, en sentido similar, GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, págs. 712 y 713, plantean que se trata de una operación cuya realización también permite evitar los efectos anticompetitivos que

La redacción de este artículo presenta algunas deficiencias, porque si bien la normativa establece que se trata de elementos relevantes, no determina su finalidad o efecto⁴⁶. Por el tipo de situación esbozada en cada uno de ellos, consideramos que se trata de casos de concentraciones, en los que por diversos motivos no se produce una afectación significativa de la competencia.

El romano IV) del Formulario-Guía para Presentar una Solicitud de Concentración, elaborado por la Superintendencia de Competencia, nos permite llegar a esta misma conclusión, por cuanto las cuatro situaciones enumeradas en el artículo 22 del RLC, han sido incluidas entre las operaciones que pueden ser autorizadas⁴⁷. Sin embargo, para

produciría la salida del mercado de un competidor y la reducción de la capacidad de producción.

- 45 Los supuestos de reestructuración empresarial o corporativa han dado lugar a varias declaratorias de improcedencia de parte de la SC de El Salvador, por considerar que estas situaciones no se enmarcan en los requisitos establecidos por el artículo 31 de la LC. Al respecto, *vid.* improcedencia SC-001-S/C/NR-2008 del 26 de febrero de 2008 e improcedencia SC-023-S/C/NR-2007 del 15 de enero de 2008, donde la SC manifestó que las concentraciones sometidas a consideración no requerían autorización porque no se cumplía el requisito de agentes económicos independientes, ya que los supuestos examinados constituían en realidad “*una reestructuración corporativa de las sociedades*”.
- 46 Vid. el texto del Art. 22 RLC, el cual transcribimos íntegramente con el fin de exponer la diversidad de casos previstos: “Para los efectos del Art. 34, letra b) de la ley, se consideran, entre otros, los siguientes elementos relevantes: a) Que los agentes económicos involucrados en actos jurídicos sobre acciones o participaciones de sociedades extranjeras no adquieran el control de sociedades salvadoreñas, ni acumulen en territorio nacional acciones, participaciones sociales, participación en fideicomisos o activos en general, adicionales a los que, directa o indirectamente, posean antes de la transacción; b) Que las concentraciones recaigan sobre un agente económico que se encuentre en estado de insolvencia, siempre que éste compruebe haber buscado infructuosamente compradores no competidores; c) Las vinculaciones de carácter temporal que se realicen para desarrollar un proyecto determinado o finalidad específica, como los consorcios, alianzas estratégicas, entre otros; y, d) Las operaciones de simple reestructuración corporativa, donde un agente económico tenga en propiedad y posesión, directa o indirectamente, por lo menos durante los últimos tres años, el 98% de las acciones o participaciones sociales de el o los agentes económicos involucrados en la transacción.
- 47 Cabe precisar que en nuestro ordenamiento jurídico, no existen pronunciamientos sobre el valor de los formularios-guía de la SC, puesto que constituyen una herramienta nueva al igual que toda la normativa de competencia. De una parte, se trata de un

superar la falta de precisión y para mejorar la operatividad de la normativa de competencias, consideramos que sería conveniente reformar el literal b) del artículo 34, junto con el artículo 22 RLC, para precisar su alcance.

3.2. CONCENTRACIONES QUE PRODUCEN EFICIENCIAS ECONÓMICAS BENÉFICAS PARA LOS CONSUMIDORES

El segundo de los condicionamientos que la Ley de Competencia establece, resalta la finalidad promotora de la eficiencia económica consignada en el artículo 1 LC y constituye en nuestra opinión, el aspecto del régimen de concentraciones adoptado por la Ley, que requiere de una mayor revisión⁴⁸. El inciso tercero del artículo 34 LC dispone que

documento que tiene por finalidad orientar a los particulares, pero de otra, consideramos que—al igual que en el sistema de defensa de la competencia europeo en el anglosajón—estos formularios vinculan a la SC en la medida en manifiestan un pronunciamiento oficial de la Institución, que sirve de base para que los agentes económicos organicen sus comportamientos. Sobre el valor de los formularios guía o de los lineamientos elaborados por las agencias de competencia en materia de concentraciones en otros países, *vid. Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington, D.C., 2 de abril de 2007, Chapter 1.B Substantive Merger Law, págs. 54 y 55, donde la Comisión para la Modernización de la Normativa Antitrust de los EE.UU. señala que los formularios-guía o “*guidelines*” elaborados por la Comisión Federal del Comercio (FTC) y la División de Competencia del Departamento de Justicia, constituyen una herramienta muy valiosa que orienta a las empresas y que aporta transparencia al proceso administrativo, pero que también ha servido de base para las decisiones judiciales de las cortes de ese país. En sentido similar, *vid. HERRERO SUÁREZ, C.*, “La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial, Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, en *RDM*, n. 242, Madrid, 2001, pág. 1951, quien apunta que los lineamientos informan a los particulares sobre los principios básicos que las autoridades de competencia van a seguir para la evaluación de las concentraciones económicas.

48 La relación entre la eficiencia económica y las concentraciones fue inicialmente explorada por el economista norteamericano OLIVER WILLIAMSON en un artículo que constituye el punto de partida de los estudios sobre el tema de la defensa de eficiencia. *Vid. WILLIAMSON, O.E.* “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, en *American Economic Review*, vol. 58, n. 1, March 1968, págs. 18-35.

la Superintendencia no podrá denegar ninguna modalidad de concentración económica que deba ser sometida al procedimiento de autorización⁴⁹, cuando los agentes económicos involucrados demuestren que la fusión o adquisición puede producir ganancias significativas en eficiencia, que no puedan alcanzarse de otra forma y que no resulten en una reducción de la oferta, siempre y cuando se traduzcan en ahorros de costos y en beneficios directos al consumidor⁵⁰.

En la LC se establece esta defensa, *vid.* inciso tercero del artículo 34: “...La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación, integración o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en esta Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”(resaltado nuestro).

- 49 Algunos sectores políticos han querido ver en esta disposición, la prolongación de una normativa pro empresario, ya que obliga a la SC a autorizar concentraciones sobre la base de la eficiencia económica que pueda resultar. Al respecto, *vid.* Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, donde consta la intervención del Diputado del partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, Salvador Arias, quien en nombre de su fracción política, insistió en que no se debía limitar a la Superintendencia de Competencia con una disposición de este tipo. La fracción del FMLN sugirió que se redactara en forma diversa y con más énfasis en la protección del consumidor que de los agentes económicos. Sin embargo, FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N° 48, *cit.*, pág. 12, expresa una postura a favor de la opción adoptada por la LC, acotando que esta disposición es necesaria frente a la inminente suscripción y entrada en vigor de tratados de libre comercio que obligan a ampliar la concepción del ámbito geográfico dentro del cual se desenvuelve la competencia. Para FUSADES el poder económico que ostentan muchas empresas extranjeras hace necesarias las fusiones, porque ello contribuirá a garantizar la supervivencia de muchas empresas nacionales.
- 50 *Vid.* HERRERO SUÁREZ, C., *op. cit.*, pág. 1950, quien establece que el modelo adoptado para demostrar las eficiencias económicas está directamente relacionado con la polémica sobre los fines del derecho de la competencia. Incluso si se reconoce que la eficiencia es el objetivo principal, habrá que determinar qué tipo de eficiencia se considera más importante. En la jurisprudencia de la SC citada en ese apartado (SC-017-D/PA/NR- 2006), encontramos la eficiencia económica ha sido definida como “aquella situación que propicia la mejor asignación de recursos escasos y que causa una mejora del bienestar general”, identificándola con manifestaciones de la eficiencia asignativa.

En forma complementaria, precisamos que de la lectura de los tipos de ganancias de eficiencia descritas en nuestra normativa de competencia, consta que el Legislador ha hecho énfasis en la eficiencia productiva. La descripción de las conductas que pueden ser invocadas como defensas de eficiencia no es taxativa, pero el RLC ofrece una enumeración mayoritaria de formas de eficiencia productiva, a partir de las cuales se entiende que todo ahorro en costes de producción o toda mejora en el proceso productivo, que de alguna forma disminuya costos, constituye una ganancia en eficiencia⁵¹.

Sin embargo, además de las múltiples referencias a la eficiencia productiva, tanto el RLC⁵², como los pronunciamientos del CDSC,

51 *Vid.* el literal e) del art. 21 RLC, cuyo texto remite al artículo 14 RLC, el cual transcribimos íntegramente para resaltar las diversas conductas o resultados que constituyen defensas de eficiencia en nuestra normativa de competencia: “*Al evaluar las conductas a que se refiere el Art. 26 de la Ley, la Superintendencia deberá considerar si hay ganancias en eficiencia que se deriven de la práctica bajo análisis que incidan favorablemente en el proceso de competencia, permitiendo a sus participantes integrar sus capacidades productivas, o lograr una mayor eficiencia de la actividad económica, o promover la innovación o fomentar la inversión productiva y que se traduzcan en beneficios a los consumidores en la actividad respectiva. Se considerarán ganancias en eficiencia, entre otras: a) La generación de ahorros en recursos que permitan al agente económico, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo; b) La generación de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente; c) La disminución significativa de los gastos administrativos; d) La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado; y, e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución*”.

52 Aunque se trate de estudios enfocados en economías más grandes que la salvadoreña, cabe precisar que en los estudios más recientes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico se ha determinado que en materia de defensas de eficiencia, en los casos de autorización de concentraciones económicas, existe cierta tendencia a proteger la eficiencia dinámica, puesto que los beneficios que la innovación tecnológica aporta tienen un efecto sobre un mayor número de personas y a más largo plazo. Sobre este tema, *vid. Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, May 2008, pág. 20 y ss. (en www.oecd.org, consultada el 4 de julio de 2008), así como el Capítulo 1B del Informe de la Comisión para la Revisión de la Normativa Antitrust de los EE.UU. (Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations, Washington D.C., April, 2007), pág. 47 y ss. En el mismo sentido, *vid.* SULLIVAN,

incluyen la posibilidad de invocar manifestaciones de eficiencia dinámica como defensa de eficiencia, ya que en igual forma está previsto, que las concentraciones que fomenten la innovación o el desarrollo tecnológico, también pueden ampararse en una defensa de eficiencia, que obligue a las autoridades de competencia a autorizar la concentración solicitada⁵³.

A diferencia del condicionante examinado anteriormente, la excepción de eficiencia económica o la defensa de eficiencia contenida en nuestra Ley, supedita la decisión que las autoridades de competencia pueden adoptar⁵⁴. De conformidad con el artículo 34 LC, la Superintendencia

L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pág. 640 y ss., quienes concuerdan que actualmente existe consenso en torno a la teoría que considera que los consumidores se benefician más de los resultados de la eficiencia dinámica, que de los de la eficiencia distributiva.

53 Sobre los tipos de eficiencia que pueden alegarse ante una concentración y la el CDSC considera expresamente, *vid.* la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “*Las eficiencias que puede generar una operación de concentración pueden ser de diversa índole, entre otras, aquéllas que previsiblemente causan una reducción en los costos variables o marginales; la sustancialidad de esta categoría es favorable en su ponderación, pues su acción incidirá lógicamente de manera directa en los precios a corto plazo. Por otra parte, se encuentran aquellas eficiencias que implan razonablemente una previsible reducción en los costos fijos, este tipo de eficiencia tienden a ser causa de movimientos en el mercado a más largo plazo y su afectación directa en el precio no es tan directa ni clara, por ello posiblemente sólo si su significancia es amplia y manifiesta tendrán un alcance positivo en términos de evaluación de la eficiencia y los beneficios asociados a la misma. Un tercer grupo está conformado por las denominadas eficiencias dinámicas, las cuales se manifiestan como innovaciones o mejoras productivas, procesos más expeditos o de significativamente menores requerimientos y/o nuevos y mejores productos, entre otros*”.

54 *Vid.* HERRERO SUÁREZ, C., *op. cit.*, pág. 1948, quien explica que se trata de una solución que permite autorizar operaciones inicialmente prohibidas, con arreglo a criterios competitivos, sobre la base de los eventuales beneficios económicos que puedan generar. En sentido similar, *vid.* U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Horizontal Merger Guidelines (1992), revisadas en 1997 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, consultada el 4 de julio de 2008), donde la División de Defensa de la Competencia del Departamento de Justicia de los EE.UU. manifiesta que las eficiencias producidas a través de las concentraciones pueden mejorar la capacidad y los incentivos para competir, lo que puede generar precios más bajos, mejor calidad, mejor servicio o productos nuevos y *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, May 2008, pág. 20 (en www.oecd.org,

tiene la obligación de autorizar las concentraciones que, a pesar de enmarcarse en los supuestos prohibidos por la normativa de defensa de la competencia, demuestren que tienen la capacidad para generar mayor número de efectos pro competitivos que anticompetitivos, siempre que también se cumplan los demás requisitos legales mencionados en la LC⁵⁵.

Los estudios más recientes sobre el tema reconocen que se trata de un aspecto polémico, cuyo principal obstáculo reside en la dificultad probatoria, por cuanto los operadores económicos invocan estas defensas con base en predicciones de resultados futuros de difícil comprobación. A pesar de esta dificultad, de conformidad con la Ley de Competencia salvadoreña, la Superintendencia tiene que autorizar -o denegar- las operaciones, sobre la base de presunciones que deberán fundamentarse en la probabilidad razonable que las eficiencias

consultada el 4 de julio de 2008), donde este organismo internacional reconoce que “*today, agencies, in most if not all OECD jurisdictions recognize that mergers having some anticompetitive aspects should be permitted if they would also lead to efficiencies that are more significant than the anticompetitive harms*”.

- 55 De conformidad con el texto del inciso tercero del artículo 34 LC, además de aportar pruebas sobre las ganancias de eficiencia, los operadores deben demostrar que éstas son “*merger specific*” o inherentes a la concentración, es decir que sólo pueden alcanzarse a través de la concentración, que no producirán una reducción de la oferta y que los efectos pro competitivos producirán beneficios directos al consumidor. Sobre el tema de los requisitos que las ganancias en eficiencia deben cumplir, *vid. GELLHORN, E. y otros, op. cit.*, pág. 461 y ss., quienes apuntan que uno de los aspectos que deben considerarse al momento de autorizar concentraciones que proyectan ganancias en eficiencia, son los beneficios específicos en ahorros de costos al consumidor, que sólo pueden alcanzarse a través de la concentración y KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., *op. cit.*, pág. 226 y ss., también señalan que las eficiencias deben ser verificables, inherentes a la concentración y no deben reducir la oferta. En sentido similar, SULLIVAN, L.A. & GRIMES, W.S., *op. cit.*, pág. 649; HERRERO SUÁREZ, C., *op. cit.*, pág. 1952; GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, pág. 711; y KORAH, V., *op. cit.* pág. 415, coinciden en señalar que la normativa europea también exige que se cumplan estos requisitos, requiriendo que las eficiencias alegadas sean verificables, que beneficien directamente a los consumidores y que sean inherentes a la concentración.

invocadas se produzcan o no se produzcan⁵⁶, a partir de proyecciones económicas elaboradas por las empresas involucradas⁵⁷.

En la práctica de otros sistemas con mayor experiencia, esta dificultad probatoria, ha resultado en una escasa aplicación de esta

-
- 56 En el ordenamiento salvadoreño, las autoridades de competencia parecen haber adoptado este criterio en la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “...las posibles ganancias en eficiencia expuestas por los agentes económicos deberían estar suficientemente sustentadas como para que sea posible la verificación en forma razonada de cada una de ellas...Aquellos argumentos que indicasen ganancias en eficiencia de forma imprecisa, no susceptibles de verificación en forma razonable, no podrían ser tomados en cuenta”. No obstante ello, es necesario precisar que la condición de la probabilidad razonable, ha sido establecida en el *Horizontal Merger Guidelines* (1992), U.S. Department of Justice, Antitrust Division, revisados en 1997 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, consultada el 4 de julio de 2008), donde también se menciona que las eficiencias son difíciles de verificar y de cuantificar porque se trata de proyecciones futuras elaboradas sobre la base de la información proporcionada por las empresas interesadas, por lo que éstas deberán proporcionar suficientes elementos para que la agencia de competencia pueda verificar su probabilidad y magnitud por medios razonables.
- 57 *Vid.* HERRERO SUÁREZ, C., *op. cit.*, pág. 1945 y ss., quien reitera que se trata de operaciones económicas de difícil comprobación, ya que es muy difícil acertar sobre las eventuales ventajas económicas de una concentración antes que ésta se lleve a cabo. En el mismo sentido, *vid.* *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, May 2008 (en www.oecd.org, consultada el 4 de julio de 2008), donde se establece que puede ser muy desafiante para las agencias de competencia tratar de comparar las eficiencias proyectadas como efecto de una concentración, respecto de los efectos anticompetitivos que éstas pueden generar (traducción nuestra). En sentido parecido, MOTTA, M.; POLO, M. y VASCONCELOS, H., “Merger Remedies in the European Union: An overview”, en LEVÉQUE, F. & SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003, pág. 122, quienes coinciden en señalar que el análisis de una concentración siempre requiere que se hagan consideraciones sobre la base de posibles equilibrios futuros que puedan resultar a raíz de los cambios en la estructura del mercado. Por otra parte, KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., *op. cit.*, págs. 216 y 217, comentan que la dificultad probatoria de la eficiencia es uno de los temas que ha opuesto las escuelas económicas de Chicago y Harvard. Los autores de Harvard consideran las eficiencias como un aspecto indispensable para valorar correctamente los efectos de una concentración, mientras que los representantes de Chicago consideran que la apreciación de la eficiencia es un aspecto que está fuera del alcance de la ley.

excepción; aún en sistemas como el anglosajón, donde si bien en materia de derecho *antitrust* se da mucho peso al tema de la protección de la eficiencia económica⁵⁸, los estudios recientes que existen sobre el tema, reportan que la mayor parte de casos resueltos por los tribunales de los EE.UU., en los que se ha alegado esta excepción, han sido decididos sobre bases distintas que las ganancias en eficiencia⁵⁹.

-
- 58 Si bien el artículo 1 de la Ley de Competencia establece que la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, constituyen los dos fines principalmente protegidos por el derecho de competencia, algunos autores, acotan en que en materia de control de concentraciones económicas debe darse preferencia a la eficiencia económica, aunque se consideren los efectos de la concentración sobre el bienestar de los consumidores. Sobre este tema, *vid.* KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., *op. cit.*, págs. 207 y ss. y págs. 230 y 231, quienes comienzan su artículo sobre la integración de la defensa de eficiencia en los *Guidelines* sobre concentraciones horizontales publicados por la FTC y la División de Competencia del USDOJ de los EE.UU., afirmando que en materia de fusiones y adquisiciones, la eficiencia económica ha sido reconocida como la principal finalidad del derecho de competencia, no sólo en ese país, sino también por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en virtud de los beneficios que el proceso competitivo y las ganancias en eficiencia aportan a la sociedad, aunque en páginas posteriores de su artículo, KOLASKY y DICK reconocen que los efectos de una concentración en el bienestar de los consumidores constituyen también un aspecto decisivo para autorizarla.
- 59 *Vid.* ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pág. 362, donde se señala que a pesar de existir una mayor disposición a considerar evidencias sobre las eficiencias económicas, hasta la fecha, ninguna decisión judicial se ha basado en las eficiencias proyectadas, para autorizar una concentración que también presenta efectos anticompetitivos (*Notwithstanding this greater willingness to hear evidence as to efficiencies, to date no decision has relied on efficiencies in rejecting a challenge to an otherwise illegal merger*). En sentido similar, AREEDA, P. y KAPLOW, L., *op. cit.*, págs. 856-858; POSNER, R.A., *op. cit.*, pág. 136; SULLIVAN, L.A. & GRIMES, W.S., *op. cit.*, págs. 649 y 650; GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pág. 463; y HERRERO SUÁREZ, C., *op. cit.*, págs. 1954 y 1955, quienes aclaran que se trata de decisiones de Cortes inferiores de los EE.UU., puesto que en materia de concentraciones, no existe ningún pronunciamiento relevante de la Corte Suprema de ese país, desde 1975. Por otra parte, tanto GELLHORN, pág. 463, como SULLIVAN, pág. 650 y HERRERO SUÁREZ, C., pág. 1953, comentan que en algunos casos, las cortes de ese país han resuelto que si bien se pueden admitir las defensas de eficiencia en operaciones que aumentan considerablemente los niveles de concentración del mercado, las eficiencias tendrían que ser “extraordinarias”. Por su parte, KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., *op. cit.*, pág. 229, explican que en realidad se trata de una regla que dispone que la importancia de las eficiencias debe ser directamente proporcional a los efectos anticompetitivos que pueda tener una concentración.

Aunque encontramos estudios que señalan que las políticas de control de concentraciones en economías pequeñas deben dar el mayor peso posible a las ganancias en eficiencia que las fusiones y adquisiciones pueden generar, en términos de economías de escala y de competitividad ante empresas extranjeras o en mercados internacionales⁶⁰, cabe destacar que el valor que la Ley de Competencia de El Salvador atribuye a las ganancias en eficiencia, es mayor que la generalidad de normas de defensa de la competencia de sistemas normativos afines al nuestro.

En la normativa europea o la normativa de los EE.UU., las eficiencias económicas producidas por una concentración constituyen un elemento que las autoridades deben tomar en cuenta para adoptar una decisión, a fin de ponderar los efectos pro competitivos que las eficiencias proyectadas puedan tener, pero no vinculan la decisión de las autoridades de competencia⁶¹.

60 Sobre este tema, *vid.* GAL, M.S., *Competition Policy in Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, pág. 194 y ss., donde en un estudio enfocado en las particularidades de la competencia en economías pequeñas, esta autora concluye que se trata de mercados que muestran generalmente una estructura oligopólica, en los cuales conviene dar la ponderación necesaria a las economías de escala o de alcance, que resulten en una disminución de costos de producción, al momento de diseñar políticas de control de concentraciones, puesto que además de beneficiar a los consumidores, puede mejorar las posibilidades que las empresas tienen para alcanzar su escala mínima eficiente de producción y competir con agentes económicos más grandes o en mercados más grandes.

61 Sobre el valor de las eficiencias en la normativa europea de defensa de la competencia, CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 210 y ss., establecen que se trata de una posible justificación económica a la concentración, que pone en evidencia el mayor énfasis económico que la Comisión Europea ha adoptado en materia de derecho de competencia, que demuestra un mayor acercamiento con el derecho estadounidense en materia de control de concentraciones. Sobre este mismo punto, *vid.* el considerando 29 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo del 20 de enero de 2004, donde se establece que las ganancias en eficiencia pueden ser tomadas en consideración, en los términos siguientes: “*para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores...*”. En el modelo de los EE.UU., *vid.* *Antitrust Division, Horizontal Merger Guidelines* (1992) revisados en 1997 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, consultada

En esta parte del régimen de control de concentraciones salvadoreño, advertimos que se ha seguido el modelo canadiense, donde las defensas de eficiencia tienen también carácter vinculante⁶². En El Salvador las eficiencias proyectadas obligan a las autoridades de competencia a resolver en sentido favorable, siempre que los agentes económicos logren probarlas⁶³ y que se cumplan con los demás requisitos que

el 4 de julio de 2008), en cuyo apartado n. 4 relativo a las eficiencias, la división de Defensa de la Competencia del Departamento de Justicia de los EE.UU. ha establecido que se trata de elementos que pueden contribuir a tomar una decisión para la autorización de una concentración, a condición que éstas cumplan ciertos requisitos.

- 62 En la *Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador*, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004, consta que uno de los modelos estudiados durante el proceso de elaboración de la LC fue el de Canadá, lo que nos permite concluir que entre todos los modelos analizados, el canadiense fue el modelo que sirvió de base para nuestra normativa de competencia. En el entorno legal americano, ésta es la única Ley que atribuye una fuerza vinculante a las ganancias de eficiencia. El artículo 96 de la Ley de Competencia de Canadá (Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade 1889, published in The Revised Statutes of 1985, c. 34), establece que no se pueden prohibir las concentraciones que resulten en ganancias de eficiencia, que sean mayores que los eventuales efectos anticompetitivos que la concentración pueda producir, siempre que no exista otro medio para alcanzarlas (*The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made*).
- 63 *Vid.* inciso quinto del artículo 46 del RLC, el cual textualmente señala: “*La carga de la prueba de las eficiencias económicas resultantes de prácticas presuntamente anticompetitivas y de concentraciones corresponderá a los presuntos infractores o solicitantes, según el caso*” (Precisamos que este inciso fue agregado en mayo de 2008, con las primeras reformas al RLC). Puede consultarse también la resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “*Para el análisis, se emplea la información de las partes involucradas en la concentración y el análisis de los efectos de ésta en el mercado salvadoreño. En efecto, por un lado los involucrados deberán plantear y demostrar en el procedimiento administrativo autorizador, la naturaleza, magnitud y probabilidad de las ganancias en eficiencia; por el otro, la autoridad de competencia analizará si tales ganancias son mayores que los efectos limitativos de la competencia, en caso de producirse estos, como resultado de la concentración sometida a autorización*”.

dispone el artículo comentado: que sean inherentes a la concentración y que produzcan beneficios tangibles para los consumidores⁶⁴.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, la Superintendencia de Competencia de El Salvador, no ha denegado ninguna de las autorizaciones de concentraciones que le han sido solicitadas⁶⁵. La mayoría de solicitudes han sido declaradas improcedentes porque se trata de supuestos que no requieren autorización y las que han sido examinadas, han sido autorizadas porque la SC ha determinado que se trata de operaciones que no producirán una afectación significativa de la competencia, por lo que el examen de las ganancias de eficiencia, se torna innecesario⁶⁶.

Sin embargo, existen dos antecedentes en los cuales, al momento de analizar la concentración, el CDSC se pronunció sobre las ganancias de eficiencia. Se trata de dos concentraciones que fueron autorizadas

-
- 64 Sobre estos requisitos, *vid.* resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “...se analizarán como válidas aquellas ganancias en eficiencia que surjan como producto de la concentración, y que no sean susceptibles de ser alcanzadas sin la realización de la misma...Asimismo, es necesario que las alegadas eficiencias produzcan beneficios directos al consumidor”.
- 65 *Vid.* Información oficial de la Superintendencia de Competencia en www.sc.gob.sv, donde consta que hasta el 28 de septiembre de 2009 se habían presentado 25 solicitudes, de las cuales 7 han sido autorizadas, 14 han sido declaradas improcedentes, 1 ha sido declarada inadmisibile, 1 no fue tramitada porque las partes desistieron y 1 se encuentra actualmente en trámite.
- 66 *Vid.* Resolución final SC-010-S/C/R-2007 del 29 de marzo de 2007, donde el CDSC manifestó que “...se determina que la [concentración] no representa un peligro potencial de afectación de las condiciones de competencia en el sector; por ello, en el presente caso no se requiere valorar otros aspectos como las ganancias en eficiencias a que se refiere el artículo 34 letra a) de la Ley de Competencia”. En el mismo sentido, *vid.* Resolución final SC-15-S/C/R-2006 del 16 de febrero de 2007, donde el CDSC manifestó “...la operación podría no representar limitantes a la competencia ni posibilidad evidente de daños a las misma. Por lo tanto, en el presente caso, no es necesaria la verificación cuantitativa de las ganancias en eficiencia por parte de los agentes involucrados”. Sobre este punto, *vid.* también *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, May 2008, pág. 28, (en www.oecd.org, consultada el 4 de julio de 2008), donde se establece que las ganancias en eficiencia son una defensa o excepción, cuyo análisis únicamente cobra relevancia en el examen de las concentraciones que presentan efectos anticompetitivos.

porque no presentaban una afectación significativa a la competencia, pero en cuya autorización la Superintendencia impuso a los agentes económicos, la obligación de rendir informes periódicos durante un determinado plazo, para demostrar las eficiencias alegadas, así como su impacto en el bienestar de los consumidores⁶⁷.

En el primero de los casos, se trata de una concentración por la compra de la totalidad de las acciones de Inversiones Financieras Cuscatlán, S.A., por parte de Citibank Overseas Investment Corporation (COIC), en el cual la Superintendencia consideró que procedía autorizar la adquisición, porque el agente adquirente del control -en este caso COIC- había demostrado que existía probabilidad razonable que las eficiencias alegadas se produjeran a corto, mediano y largo plazo. El CDSC también observó que se cumplían los demás requisitos legales, porque los efectos proyectados sólo se podían alcanzar a través de la combinación de los negocios de los agentes involucrados y porque las eficiencias alegadas se trasladarían a los consumidores, en la forma de servicios financieros de mejor calidad y precio⁶⁸.

67 *Vid.* resolución final SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007, donde el CDSC autorizó la concentración, pero requirió que la sociedad absorbente presente durante un periodo de 5 años, evidencias sobre las ganancias de eficiencia y sobre sus efectos en los consumidores, en los términos siguientes: “...c) Ordenar a COIC presentar a este Consejo Directivo anualmente, a partir de la formalización de la operación de concentración, evidencias de los ahorros y eficiencias logrados como resultado de la operación de concentración analizadas, así como comprobar el traslado de dichos ahorros y eficiencias de manera directa al consumidor, durante un periodo de cinco años a partir de la fecha de realización de la operación” y resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ordenó a Millicom “presentar a este Consejo Directivo anualmente a partir de la formalización de la operación de concentración, evidencias de los ahorros y eficiencias logrados como resultado de la operación de concentración analizada, así como comprobar el traslado de dichos ahorros y eficiencias de manera directa al consumidor, durante un periodo de dos años a partir de la fecha de realización de la operación”.

68 *Vid.* Resolución final SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007, donde en síntesis, en una resolución de 97 páginas, el CDSC manifestó que las ganancias en eficiencia deben ser inherentes a la concentración, comprables en forma razonable y deben beneficiar al consumidor, en los términos siguientes: “La exposición de las ganancias

En el segundo de los casos, también se trató de una concentración llevada a cabo a través de la compra de la totalidad de acciones de varias empresas de telecomunicaciones por parte del grupo Millicom., autorizada por el CDSC porque –en síntesis- los agentes económicos involucrados habían demostrado que existía la probabilidad razonable que las ganancias en eficiencia alegadas producirían ahorros de costos, que se convertirían en beneficios para los consumidores, en la forma de paquetes de servicios de telecomunicaciones más completos y de mejor calidad⁶⁹.

4. OMISIÓN DE UN RÉGIMEN DE REMEDIOS CORRECTIVOS

A diferencia del modelo europeo, del cual la legislación de competencia de El Salvador ha retomado muchos de los aspectos relativos al régimen de control de concentraciones o aún de otros modelos existentes en el ámbito iberoamericano, como Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Honduras, España, México y Panamá⁷⁰, la LC no prevé remedios

en eficiencia por parte del COIC debió tomar en cuenta que se analizarán como válidas aquellas ganancias en eficiencia que surjan como producto de la concentración y que no fuesen susceptibles de ser alcanzadas sin la realización de la misma... Es importante mencionar que en todos los casos, las posibles ganancias en eficiencia expuestas por los agentes económicos deben estar suficientemente sustentadas como para que sea posible la verificación en forma razonable de cada una de ellas... en su mayoría estas eficiencias tienen una incidencia en los costos marginales de prestación de los servicios bancarios y beneficios directos al consumidor”.

69 Al respecto, *vid.* resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, donde el CDSC ha manifestado que “Los agentes involucrados en la operación en consulta han presentado un análisis de eficiencias de tipo cuantitativas, las cuales incluyen cálculos de ahorro en costos relacionados con las ventajas que el nuevo paquete de servicios denominado *Quad Play* (telefonía fija y celular, televisión por cable, e internet de banda ancha) produciría sobre el mercado objetivo de las sociedades adquiridas y como estos beneficios serán trasladados hacia los consumidores”.

70 A título de ejemplo, *vid.* el literal b) del artículo 25 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica de 1995, el cual

correctivos que puedan aplicarse en caso de concentraciones que no cumplan con las condiciones impuestas o -en el caso específico de nuestra Ley- que no produzcan las eficiencias económicas que constriñeron su autorización⁷¹.

Aunque el régimen de control de concentraciones salvadoreño establece un sistema de sanciones, los mecanismos que permiten reducir los efectos anticompetitivos de una fusión o adquisición son en su mayoría preventivos. La Ley faculta al CDSC para autorizar una concentración, previa imposición de condiciones o compromisos que reduzcan los efectos anticompetitivos de la concentración, pero no para implementar remedios correctivos *ex post*⁷².

faculta a las autoridades de competencia para ordenar la desconcentración, en los términos siguientes: “La comisión para promover la competencia, puede ordenar..... b. La desconcentración parcial o total de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de pago que proceda”. En igual sentido, *vid.* el artículo 13 de la Ley 1340 de 2009 de Colombia en el que se establece el orden de reversión de una operación de integración empresarial; el numeral 4. b) 2º del artículo 60 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; artículos 19 y 20 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; numeral II del artículo 35 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; numeral 2 del artículo 29 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, en las cuales se ha establecido que las autoridades de competencia pueden ordenar la desconcentración autorizada. En el sistema argentino, las autoridades de competencia deben solicitar la desconcentración al juez competente, de conformidad con el literal c) del artículo 46 de la Ley de Competencia Argentina de 1999. En la Ley de Competencia de Brasil o Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994, se establece que el CADE puede revocar la autorización concedida, sin perjuicio de imponer otras sanciones o medidas.

- 71 En la resolución pronunciada por el CDSC el 10 de mayo de 2007, con el fin de contestar una aclaración solicitada por los representantes de Citibank Overseas Investment Corporation, respecto de la resolución SC-012-S/C/R-2007, del 8 de mayo de ese mismo año, las autoridades de competencia manifestaron que la obligación de los agentes económicos consiste únicamente en rendir informes sobre las eficiencias proyectadas, “*sin que exista obligación de alcanzar los resultados que en forma estimada se habían proyectado ni de trasladarlos al consumidor*”.
- 72 *Vid.* Art. 14 LC.- “*Son atribuciones y deberes del Consejo...e) Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a la Ley*”, el cual se complementa con los incisos cuarto y quinto del artículo 38 LC, en los que se establece la obligatoriedad de las condiciones impuestas y la posibilidad de imponer multas por su incumplimiento.

El CDSC sólo puede actuar preventivamente, imponiendo una serie de medidas que modifiquen los términos iniciales de la concentración o aceptando las que los agentes económicos proponen, con el propósito de mitigar los efectos anticompetitivos. La legislación salvadoreña agrupa estos remedios preventivos en dos rubros: el cumplimiento de determinadas conductas o la modificación de la estructura corporativa de los agentes económicos, con el propósito de reducir los efectos anticompetitivos de la fusión o adquisición⁷³.

Si bien en la gran mayoría de la literatura científica y de la normativa comparada, estas condiciones y compromisos llevan el calificativo de remedios, en la práctica se trata de obligaciones conductuales o estructurales que los agentes económicos deben cumplir o por lo menos aceptar⁷⁴, antes de formalizar cualquier modalidad de concentración prevista por la LC⁷⁵.

73 *Vid.* Art. 31 RLC, en el que a título de ejemplo se enumeran algunas condiciones conductuales y estructurales que el CDSC puede imponer para autorizar una concentración, en los términos siguientes: “*Las condiciones que el Consejo Directivo podrá establecer a los agentes económicos en los casos de solicitud de concentración económica podrán consistir en: a) Llevar a cabo una determinada conducta, o abstenerse de realizarla; b) Enajenar a terceros determinados activos, derechos, participaciones sociales o acciones; c) Eliminar una determinada línea de producción; d) Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar; e) Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos; o, f) Las demás que tengan por objeto evitar que la concentración pueda limitar, restringir o impedir la competencia o libre concurrencia*”.

74 El artículo 38 de la Ley de Competencia enumera las sanciones aplicables a los agentes económicos, las cuales en su mayoría se limitan a la aplicación de una multa por realización de una práctica anticompetitiva o por incumplimiento de una orden de la SC, aunque el CDSC también puede ordenar el cese de la práctica. En materia de concentraciones, *vid.* en particular, los incisos tercero, cuarto y quinto del Art. 38 LC, que textualmente establecen: “*Además de la sanción económica, la Superintendencia, en la resolución final, ordenará la cesación de las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado y establecerá las condiciones u obligaciones necesarias, sean éstas estructurales o de comportamiento. Las mismas sanciones podrán imponerse a aquellos agentes económicos que, debiendo hacerlo, no solicitaren la autorización de una concentración. Cuando el agente económico a quien se le condicionó la solicitud de concentración económica no cumpla con lo ordenado en la resolución final dictada en esta clase de procedimiento de autorización, o lo haga de manera incompleta, incorrecta, falsa o engañosa, la*

Además de los correctivos que pueden imponerse *ex ante*, la LC prevé un régimen de sanciones *ex post*. Sin embargo, un problema mayor de las sanciones previstas para las concentraciones, es que no permiten satisfacer la finalidad restauradora de las condiciones de competencia en el mercado, por cuanto cumplen una función estrictamente punitiva. En caso de incumplimiento de las condiciones impuestas para autorizar una concentración, la LC faculta al CDSC

Superintendencia podrá imponer una multa de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día que transcurra sin que se cumpla con lo ordenado". El Reglamento también prevé que puede autorizarse una concentración sobre la base de compromisos que serán cumplidos en un momento posterior. Al respecto, *vid.* inciso último del artículo 31 RLC, en el que se faculta a las autoridades de competencia para autorizar la concentración sobre la base de condiciones de cumplimiento posterior a la autorización y en el que se les obliga a supervisar su cumplimiento, en los términos siguientes: "*Cuando las condiciones se establezcan en el mismo acto que autoriza la concentración, la autoridad competente verificará oportunamente el cumplimiento de aquéllas*". El mismo artículo también faculta al CDSC para imponer sanciones por el incumplimiento de las condiciones.

- 75 Las condiciones constituyen compromisos que los agentes económicos aceptan o proponen, con el fin de evitar que la concentración sea prohibida. Se trata por regla general de medidas destinadas a preservar la competencia, a pesar de la realización de la operación de concentración. Éstas pueden consistir en condiciones de comportamiento o condiciones que afecten la estructura de la entidad concentrada y que reduzcan o eliminen los efectos adversos en las condiciones de competencia en el mercado. Sobre este tema, en la doctrina europea, *vid.* CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 232 y ss. y GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, pág. 721 y ss., quienes coinciden que se trata de modificaciones al proyecto de concentración, que pretenden reducir sus efectos anticompetitivos; KORAH, V., *op. cit.*, págs. 422 y 423, manifiesta que las condiciones constituyen una forma de remedio, porque permiten que se autorice una concentración, sobre la base de la reducción de sus efectos anticompetitivos. También agrega —al igual que la mayoría de autores consultados— que por lo general las obligaciones estructurales son más prácticas porque no requieren la supervisión que requieren las condiciones conductuales; PACE, L.F., *op. cit.*, págs. 416 y ss., quien comenta que las modificaciones pueden ser propuestas a iniciativa de los agentes o impuestas por las autoridades de competencia, con el fin de lograr disminuir los riesgos anticompetitivos de una concentración, para obtener su autorización. En sentido parecido, ALONSO SOTO, R., *La Reforma de la Normativa Comunitaria de Control de Concentraciones de Empresas: los cambios en materia de procedimiento* (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ras%20control%20concentraciones.pdf, consultada el 4 de julio de 2008).

para imponer multas, pero no para imponer remedios que permitan volver al estado de cosas anterior⁷⁶, como por ejemplo la venta de activos, la desconcentración o la revocatoria de la autorización, tal como se usa en otros países o regiones⁷⁷.

En los sistemas que han recogido esta posibilidad, estos correctivos son impuestos con mucha prudencia, en caso de no cumplirse con una de las condiciones acordadas o en caso de proporcionar información insuficiente o falsa⁷⁸. En la legislación de competencia nacional, estas

76 Vid. los incisos primero del artículo 38 de la LC.- “Las infracciones a la presente Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria...” e inciso cuarto citado supra en la nota 74.

77 En el modelo europeo, la Comunicación de la Comisión 2001/C68/03, sobre las soluciones aceptables con arreglo a Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) N° 447/98 de la Comisión, publicada en el DOCE C68/3 del 2 de marzo de 2001, el numeral 2 de la Introducción establece que las soluciones que se implementen en materia de concentraciones tienen por objeto restablecer las condiciones de competencia en el mercado o en el caso de las condiciones previas, reducir el peso del de las partes (La versión actualizada de la Comunicación de la Comisión sobre soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) N° 139/2004 y al Reglamento (CE) N° 802/2004 (2007), se encuentra en proceso de revisión, disponible en versión preliminar en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf, consultada el 8 de octubre de 2008. En el modelo anglosajón, *vid.* el *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* de octubre de 2004 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm, consultada el 4 de julio de 2008). En Canadá, donde las ganancias en eficiencia también tienen valor vinculante, *vid.* art. 92 de la Ley de Competencia, cuyo literal e) prevé la posibilidad de (i) disolver la concentración; (ii) disponer de activos o acciones en la forma establecida por el Tribunal. En Iberoamérica, *vid.* legislación citada *supra* en la nota 70.

78 Al tomar como referente de nuestra Ley, la normativa europea en materia de concentraciones económicas, encontramos que en el artículo 8 del Reglamento N° 139/2004, existe la posibilidad de ordenar la desconcentración o de revocar la autorización, en casos de concentraciones ejecutadas sin autorización (4.a), en casos de concentraciones autorizadas sobre la base de información inexacta (6.a), pero también por el incumplimiento de una condición impuesta (4.b). En América Latina, sólo los numerales I y II del Art. 22 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992, prevén que se pueda impugnar una concentración autorizada con base en información falsa. Sin embargo, las demás normas citadas a continuación prevén la posibilidad de revocar la autorización o de ordenar la desconcentración. *Vid.* Art. 46

facultades podrían mostrarse útiles en virtud del valor vinculante que tienen las ganancias en eficiencia, ya que actualmente, la LC no contiene ninguna disposición que habilite a las autoridades de competencia para imponer soluciones que permitan corregir o remover los efectos anticompetitivos de las fusiones o adquisiciones autorizadas, cuando se autorizan concentraciones que no producen las eficiencias alegadas⁷⁹.

Si bien un régimen preventivo es más fácil de implementar, varios organismos económicos especializados recomiendan que las normas de competencia incluyan medidas que permitan restaurar las condiciones de competencia, cuando la concentración ya ha sido autorizada. La OCDE y el Banco Mundial señalan que conviene facultar a las autoridades de competencia para imponer remedios estructurales o conductuales, que obliguen a los agentes económicos a reducir su tamaño o cuota de mercado, a disolver la entidad resultante de la concentración o a adoptar comportamientos específicos, que impidan que el agente concentrado perjudique la competencia en el mercado⁸⁰.

de la Ley de Competencia Argentina de 1999; Art. 58/3º de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; el artículo 13 de la Ley 1340 de 2009 de Colombia; literales a) y b) del Art. 25 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de 1995; Art. 19 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 3 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; y, Art. 29 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007.

- 79 Sobre esa tema, *vid.* los comentarios de GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, págs. 728-732 y CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, pág. 237, quienes concuerdan en señalar que las autorizaciones otorgadas en forma condicionada, se convierten en una prohibición cuando las condiciones son incumplidas, porque dejan de ser compatibles con el mercado común. Ante el incumplimiento de una condición, la declaratoria de compatibilidad deja de ser válida. En sentido similar, *vid.* PACE, L.F., *op. cit.*, págs. 416 y 417, quien comenta que la finalidad última tras esta potestad es el restablecimiento de la situación de competencia anterior; y, ALONSO SOTO, R., *La Reforma de la Normativa Comunitaria de Control de Concentraciones de Empresas: los cambios en materia de procedimiento* (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ras%20control%20concentraciones.pdf, consultada el 4 de julio de 2008), pág. 12.
- 80 En su estudio marco para las normas de defensa de la competencia, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, *cit.*, pág. 53 y ss., la OCDE, manifiesta que no tiene sentido imponer multas a las concentraciones anticompetitivas, ya que lo que se busca es la prevención o remoción de las amenazas

A diferencia del modelo europeo y del anglosajón, donde las autoridades de competencia tienen la potestad para ordenar directamente o para requerir la intervención judicial para ordenar algunos de los remedios recomendados por la OCDE, como la desconcentración o la revocatoria de la autorización, la LC no prevé esta posibilidad⁸¹.

para el mercado. El control de concentraciones debería prever mecanismos preventivos y mecanismos correctivos. En los correctivos encontramos los estructurales y los conductuales. Los estructurales van desde la desinversión parcial hasta la disolución total, mientras que los conductuales son órdenes que regulan o modifican el comportamiento de los agentes, para evitar los efectos anticompetitivos. La OCDE va más lejos y sugiere que las normas deben incluir previsiones sobre procedimientos y mecanismos de salvaguardia, que permitan asegurarse que los correctivos estructurales serán realmente implementados.

- 81 Sobre la posibilidad de revocar la autorización de concentración o sobre la decisión de desconcentración, adoptada directamente por las autoridades de competencia, *vid.* CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las Concentraciones...*, *cit.*, págs. 236 y 237, señalan que el objetivo fundamental de los compromisos es garantizar estructuras de mercado competitivas, por lo cual en caso de infracción de una obligación impuestas para autorizar una concentración, la Comisión Europea puede revocar la decisión de compatibilidad; PACE, L.F., *op. cit.*, pág. 416 y ss., manifiesta que las decisiones de autorización pueden revocarse cuando han sido concedidas con base en información falsa o ante el incumplimiento de una condición u obligación; y, El Interés Público en la Defensa de la Competencia”, en *La Modernización del Derecho de la Competencia*, Marcial Pons Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2005 (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/investig1.pdf, consultada el 28 de septiembre de 2009), pág. 12 y GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. y CARPI BADIA, J.M., *op. cit.*, págs. 729-731, quienes también coinciden en señalar la importancia de imponer remedios que restablezcan las condiciones de competencia, cuando la autorización se haya otorgado esencialmente sobre la base de informaciones erróneas o cuando se haya incumplido con una condición impuesta. En el modelo de los EE.UU., de conformidad con el Antitrust División Policy Guide to Merger Remedies de octubre de 2004 (en www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108lhtm, consultada el 4 de julio de 2008), las autoridades de competencia tienen que requerir la intervención judicial para ordenar la desconcentración, si las partes no cumplen con los compromisos adquiridos durante el procedimiento para su autorización. En sentido idéntico, *vid.* también ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, págs. 404-406 y WOOD, D., “A Comparison of Merger Review and Remedy Procedures in the United States and in the European Union”, en LEVÉQUE, F. y SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003, pág. 68, quien explica que en el sistema de defensa de la competencia de los

Incluso en las concentraciones llevadas a cabo sin autorización de la SC, el único remedio previsto en la Ley es la aplicación de una multa aunque en la práctica, la mayoría de estas fusiones y adquisiciones no deberían poderse llevar a cabo, puesto que el RLC exige que el notario relacione la autorización de la SC en el acto que les da vida jurídica; que el registrador de comercio no las inscriba a menos que exista autorización de la SC⁸²; y, porque, en caso de formalizarse, serían nulas en atención a la normativa común⁸³.

Sin embargo, en el caso de concentraciones económicas que no cumplen con las condiciones acordadas, después de haber sido autorizadas, el problema que subsiste en nuestra normativa, es que la aplicación de multas disuade y penaliza al infractor, pero no restaura las condiciones de competencia. En el caso de las concentraciones que no producen las eficiencias económicas anunciadas, salvo que se les sancione por cometer alguna de las prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley de Competencia, no existe forma de remediar sus efectos anticompetitivos.

Ante esta omisión de la LC, sería conveniente introducir una reforma, que redefiniera el valor de las eficiencias alegadas por los agentes económicos o que incluyera medidas que puedan aplicarse en caso autorizaciones concedidas sobre la base de condiciones o efectos de cumplimiento ulterior. En la actualidad, el RLC obliga a las autoridades de competencia a supervisar el cumplimiento de las condiciones de cumplimiento posterior, pero no dispone mecanismos reparadores en

EE.UU. existen atribuciones que resaltan la separación de poderes, por cuanto los remedios sólo pueden ser impuestos en forma obligatoria a través de una resolución judicial.

82 *Vid.* la nota 9 *supra*, donde transcribimos el texto del artículo el artículo 319 del C.Co. y donde hacemos referencia al artículo del RLC en el que se establece la obligación que tienen los notarios en su calidad de fedatarios públicos, de relacionar la autorización de la SC, en el acto de formalización de la concentración o adquisición.

83 Al respecto, *vid.* artículo 10 del Código Civil, aprobado mediante Decreto Ley s/n, de la Asamblea Legislativa del 23 de agosto de 1859, el cual señala que “*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*”.

caso que no sean cumplidas, ni siquiera para los casos en los cuales se autoricen concentraciones que no producen los efectos procompetitivos proyectados⁸⁴.

Consideramos que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico vigente, las autoridades de competencia no pueden aplicar correctivos que no se encuentran en la Ley, sin recurrir al mecanismo de la reforma⁸⁵. En el caso de tener que revocar la autorización u ordenar la desconcentración, consideramos que no cabría aplicar la teoría de las potestades implícitas, ni el principio de contrario imperio,

84 Sobre la necesidad de control posterior, GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, págs. 410 y 411, señalan que las transacciones horizontales pueden presentar varios peligros para la competencia, pero también pueden producir eficiencias considerables, por lo que la doctrina generalmente propone varios enfoques para el tratamiento de las ganancias de eficiencia en materia de control de concentraciones, entre los cuales se incluye la posibilidad que las autoridades de competencia autoricen las concentraciones que proyectan ganancias en eficiencia, pero con la posibilidad de llevar a cabo una revisión o supervisión *ex post* de las concentraciones. Y —en caso de ser necesario— puedan verificar la producción de las eficiencias y/o ordenar remedios estructurales, que restauren las condiciones de competencia, aunque GELLHORN agrega que este enfoque no es el más común, porque impone a las autoridades de competencia la carga de dar seguimiento a las concentraciones y de supervisar los efectos concretos que las concentraciones generan. En sentido similar, entre muchos otros, WOOD, D., *op. cit.*, pág. 70, quien también señala que las autoridades de competencia prefieren los remedios estructurales, por cuanto requieren menor supervisión y uso de recursos. En sentido idéntico, PAPANDROPOULOS, P., & TAJANA, A., “The Merger Remedies Study. In Disvestiture We Trust?”, in *European Competition Law Review*, vol. 27, n. 8, 2006, pág. 445, quienes también hacen notar que los remedios estructurales permiten restaurar la competencia sin necesidad de un monitoreo posterior.

85 Sobre este mismo tema, *vid.* FUSADES, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, *cit.*, págs. 13 y 14, donde la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, expresa que la falta de mecanismos correctores expresamente dispuestos en la LC constituye una de sus deficiencias más notorias, puesto que no permite que se solucione el verdadero problema de competencia. Sin embargo, sobre las potestades sancionatorias y correctivas de la SC, FUSADES tiene una postura aún más drástica, puesto que si bien reconoce que la mayoría de 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 medidas correctivas, también considera que las actuaciones sancionatorias de las Autoridades Administrativas se encuentran limitadas por el artículo 14 de la Constitución de 1983, en el cual se establece que las únicas sanciones que la Administración Pública puede imponer son el arresto administrativo y las multas.

puesto que en la normativa salvadoreña, la modificación o revocatoria de los actos favorables de la Administración Pública está sometida a condicionantes muy estrictos, en la medida en que pueden modificar derechos adquiridos⁸⁶ o situaciones jurídicas consolidadas⁸⁷.

86 En materia de revocatoria de actos favorables generadores de derechos de la administración, en la jurisprudencia de la SCN, *vid.* sentencia de amparo 305-99 del 19 de marzo de 2001, la cual en lo pertinente manifiesta que “*resulta indispensable plantear una distinción entre los actos que crean derechos subjetivos a favor de los particulares y aquellos actos que no crean tales derechos. La primera clase de actos no pueden ser revocados por la administración, en mérito que han obtenido estado de firmeza... y sólo le quedaría a la Administración Pública la acción de lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa... Si bien es plenamente válida la revocación de un acto administrativo favorable al particular ésta debe realizarse a través de los cauces que el mismo ordenamiento jurídico impone, esto es la acción de lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa*”. En la Legislación administrativa, *vid.* el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de El Salvador, el cual establece que previa modificación o revocatoria de un acto generador de derechos, es necesario instruir el procedimiento de lesividad, en los términos siguientes: “*La Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público. Este acuerdo deberá ser emitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado. El acuerdo de lesividad será publicado en el Diario Oficial*”.

87 Por otra parte, si bien se reconoce la posibilidad que la Administración Pública revoque sus propios actos con base en el principio de contrario imperio, cuando se trata de autorizaciones, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que debe tratarse de una facultad explícitamente regulada en una ley en sentido formal. Al respecto, *vid.* Inc. 30-2001 del 16 de julio de 2004, publicada en el D.O. n. 147, Tomo 364 del 12 de agosto de 2004, donde en lo pertinente la SCN manifestó que “*resulta válido que la Administración reserve para sí ciertas facultades discrecionales con respecto al otorgamiento de la autorización, sujetándola a determinadas condiciones, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones, denegación de renovación, incluso la revocación de la autorización misma... Lo anterior supone un rompimiento del principio de intangibilidad de los actos administrativos, pues las facultades de la Administración en esta materia no se agotan en la concesión de la autorización, sino que se extienden hacia ciertos deberes de vigilancia, pudiendo corregir las situaciones que rebasen el cauce de la norma que sirvió de fundamento para la autorización, para mantener el contenido de la última conforme a las exigencias de orden público consideradas... En este sentido, la técnica autorizatoria administrativa implica per se una incidencia en los derechos subjetivos del administrado... sin embargo, su contrapartida —la*

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, P.; KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, 6ª edición, Aspen, 2004.
- ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (III): Control de las Concentraciones”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, 335-371.
- La Reforma de la Normativa Comunitaria de Control de Concentraciones de Empresas: los cambios en materia de procedimiento (en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ras%20control%20concentraciones.pdf, consultada el 4 de julio de 2008).
- AREEDA, P.; KAPLOW, L., *Antitrust analysis: problems*, Text and Cases, 6ª edición, Aspen, 2004.
- CALVO CARAVACA, A. & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Las concentraciones de empresas*, Colex, Madrid, 2006.
- CARLTON, D.W. & PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3rd Edition, Massachusetts, 2000.
- FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL, “Ley de Competencia” en *Boletín de Estudios Legales* N. 48, Antiguo Cuscatlán, diciembre 2004.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E. & CARPI BADIA, J.M., “La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. & MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, 629-750.
- HERRERO SUÁREZ, C., “La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial, Análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo”, en *RDM*, n. 242, Madrid, 2001, pp.1943-2008.

revocación de la autorización o la denegación de un prórroga por parte de la misma Administración Pública— constituye una afectación en el administrado tal que se le imposibilita, mediante la emisión del acto administrativo revocador el ejercicio de la actividad, generando como se apuntó, una excepción a la intangibilidad del acto, que en principio constituyó el status jurídico del administrado. Por tal motivo, las causales de revocación de los actos administrativos favorables para el administrado debe contemplarse en un respaldo normativo explícito y preciso que se exprese en ley formal”.

- KOLASKY, W.J. & DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 71, n. 1, 2003.
- KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th edition, 2007.
- LEVÊQUE, F. & SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003.
- MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- MOTTA, M.; POLO, M. & VASCONCELOS, H., “Merger Remedies in the European Union: An overview”, en LEVÊQUE, F. y SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003, 106-128.
- PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1^a edición, 2007.
- PAPANDROPOULOS, P. & TAJANA, A., “The Merger Remedies Study- In Divestiture We Trust?”, en *European Competition Law Review*, vol. 27, n. 8, 2006, 443-454.
- RIVERA, E. & SCHATAN, C., *Los mercados en el Istmo Centroamericano y México: ¿qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas n. 41, Unidad de Comercio Internacional e Industria de la CEPAL, México, septiembre de 2006.
- SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2nd edition, Los Ángeles, 2006,
- VISCUSI, W.K.; HARRINGTON, J.E. & VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4th edition, Cambridge, 2005.
- WILLIAMSON, O.E. “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review*, vol. 58, n. 1, March 1968, 18-35.
- WOOD, D., “A Comparison of Merger Review and Remedy Procedures in the United States and in the European Union”, en LEVÊQUE, F. y SHELANSKI, H., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Massachusetts, 2003, 67-74.

Otros documentos citados

A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, Paris, 1998.

- Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies de octubre de 2004.
- Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations, Washington, D.C., 2 de abril de 2007.
- Comunicación de la Comisión 2001/C68/03, sobre las soluciones aceptables con arreglo a Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n. 447/98 de la Comisión, publicada en el DOCE C68/3 del 2 de marzo de 2001.
- Comunicación de la Comisión 2001/C68/03, sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n. 139/2004 y al Reglamento (CE) n. 802/2004 (2007), se encuentra en proceso de revisión, disponible en versión preliminar en http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf, consultada el 8 de octubre de 2008).
- Ley Tipo de Defensa de la Competencia, publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, actualizada y publicada en octubre de 2007.
- Transcripción Taquigráfica de la Discusión y Aprobación de la Ley de Competencia en la Asamblea Legislativa de El Salvador, San Salvador, 25 y 26 de noviembre de 2004.
- Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, May 2008.
- U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Horizontal Merger Guidelines (1992), revisados en 1997.

