

## **DE COMERCIANTES Y EMPRESARIOS A AGENTES ECONÓMICOS EN EL SALVADOR\***

LILLIAM VIRGINIA ARRIETA DE CARSANA\*\*

### RESUMEN

La primera Ley de Competencia de El Salvador fue aprobada al final de 2004. La legislación mercantil previa no prohibía las prácticas anticompetitivas y solo era aplicables a las empresas y comerciantes. La nueva ley establece que todas las entidades que participan en una actividad económica o todos los agentes económicos están obligados a competir, incluyendo empresas, asociaciones sin fines de lucro, empresas públicas y los órganos del Estado. Se trata de un concepto totalmente novedoso que necesita desarrollo y aclaración para ofrecer mayor seguridad jurídica en el mercado.

---

\* Partes de este estudio que se basan en ARRIETA DE CARSANA, L., Regulación de los Acuerdos entre Competidores en El Salvador, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1ª edición, San Salvador, 2012, han sido revisadas y actualizadas a 2014.

\*\* Catedrática de Derecho de Competencia de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, San Salvador, El Salvador. Doctora en Derecho y Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona (España) y Doctora en Derecho Privado de la Universidad Dr. José Matías Delgado (El Salvador). Correo electrónico: [lilliam.arrieta@gmail.com](mailto:lilliam.arrieta@gmail.com)

**Palabras clave:** Ley de Competencia salvadoreña, agentes económicos, comerciantes, empresas públicas.

## ***FROM MERCHANTS AND UNDERTAKINGS TO ECONOMIC AGENTS IN EL SALVADOR***

*ABSTRACT*

*El Salvador approved its' first antitrust act late 2004. The previous commercial legislation did not forbid anticompetitive behavior and was only extensive to undertakings and merchants. The new law states that every person who participates in an economic activity or any "economic agent" is obligated to restraint from anticompetitive behavior, including undertakings, non-profit organizations, State owned enterprises and the State itself. This is such a totally new concept for the Salvadoran market that it definitely needs clarification in order to offer certainty under the law.*

**Key words:** *Salvadoran antitrust act, economic agents, undertakings, State owned enterprises.*

### 1. DE COMERCIANTES Y EMPRESARIOS A AGENTES ECONÓMICOS

El inciso 1° del artículo 2 de la Ley de Competencia de El Salvador (LC) establece que deben entenderse sometidos a sus disposiciones, todos los agentes económicos, personas naturales y jurídicas, entidades de derecho privado y entidades de derecho público, que se dediquen directa o indirectamente a actividades económicas y cuya finalidad puede ser o no el lucro:

Art. 2.- “*Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley todos los agentes económicos, sean personas naturales, jurídicas, entidades estatales, municipales, empresas de participación estatal, asociaciones cooperativas, o cualquier otro organismo que tenga participación en las actividades económicas*”.

Se trata de un ámbito subjetivo amplio y novedoso para nuestro país, que sigue la tendencia adoptada actualmente en una gran mayoría países, donde la aplicación de la normativa de competencia se ha apartado de los criterios más tradicionales, conforme a los cuales se aplicaba únicamente a los empresarios o comerciantes, al igual que la legislación mercantil<sup>1</sup>. Actualmente, una parte mayoritaria del derecho comparado, de la jurisprudencia y de la doctrina, aboga por una generalización de la aplicación subjetiva de las normas de defensa competencia, ya que la efectividad de

1 De forma general, sobre el ámbito personal de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, puede consultarse, BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 60-68; ILLESCAS, R., “El campo de aplicación del derecho de la competencia: los instrumentos jurídicos de la aplicación”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, págs. 126-132; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9th edition, 2007, págs. 45-51 y 226-229 y ROSE, V. and ROTH, P. “Article 81 (1)”, en Bellamy, C. and Child, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6th edition, 2008, págs. 91-107; sobre la aplicación del derecho de la competencia a sujetos de derecho público, ALONSO UREBA, A., *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985; GEDDES, R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004; MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado: los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 147-205; Rapport Public 2002 du Conseil d’Etat, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, págs. 223-279; STIGLITZ, J., *Economía del sector público*, traducción de MARÍA ESTHER RABASCO y LUIS TOHARÍA, BOSCH, 2ª edición, 1997, págs. 11-95 y 197-236; VICENT CHULIÀ, F., “Poderes Públicos y Derecho de la Competencia”, en *Revista General de Derecho*, 1993, págs. 3313-3378; para su aplicación a El Salvador, ver ARRIETA DE CARSANA, L.V., *Regulación de los Acuerdos entre Competidores en El Salvador*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Dr. José Matías Delgado, 1ª edición, San Salvador, 2012, págs. 145-192.

las mismas depende de que sus reglas sean aplicables al mayor número posible de operadores que intervienen en las distintas actividades económicas en el mercado. La experiencia adquirida en muchos sistemas ha demostrado que en los intercambios económicos participa una diversidad de sujetos capaces de afectar la libre competencia, debiendo estar sometidos a esta legislación, para que el mercado funcione adecuadamente<sup>2</sup>.

Esta toma de conciencia ha producido una ampliación de la calidad y cantidad de los sujetos subordinados a las reglas de libre competencia en el mercado, llegando actualmente a considerar que todas las personas o entidades que intervienen en alguna actividad productiva y que tienen capacidad para afectar la libertad de competencia deben registrarse por este estatuto. Todas estas categorías se agrupan en el concepto de agente u operador económicos<sup>3</sup>.

- 
- 2 ROSE, V. y ROTH, P., *cit.*, págs. 91 y ss., quienes explican que el término empresa –utilizado en el texto de Tratado CEE– es un término muy amplio que se aplica a casi cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo actividades de naturaleza económica o comercial, incluyendo una gran variedad de entidades de derecho privado y público. En el mismo sentido, ILLESCAS, R., *cit.*, págs. 127-128, cita a BELLAMY y CHILD (1992) y a VALENTINE KORAH, para concluir que el término empresa, se interpreta para dar cobertura operativa y jurídica en términos de legitimación pasiva, a cualquier género de operador económico actuante en el mercado. KORAH indica que se trata de cualquier agrupación de recursos destinada al desenvolvimiento de actividades económicas y BELLAMY y CHILD manifiestan que consiste en cualquier entidad que efectúe una actividad económica con independencia de su estatuto legal o de la forma como se financie. En forma complementaria, KORAH, V., *cit.*, págs. 45-47.
- 3 ILLESCAS, R., *cit.*, pág. 111, quien explica que el campo personal de aplicación del derecho europeo de competencia consigue caracterizar e identificar a los sujetos concretos, cuya conducta puede ser objeto de persecución legal por el hecho de constituir una infracción al ordenamiento jurídico. Este autor agrega que en la actualidad, hemos presenciado una ampliación del número y calidad de los sujetos sometidos a las normas de competencia, cuya vinculación deriva de la mera participación en el mercado y que alcanza a múltiples figuras de derecho privado y de derecho público. En igual sentido, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pág. 279 y “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pág. 300, expone que el ámbito subjetivo de la norma de defensa de la libre

En este artículo hemos optado por el término agente económico ya que ese es el que utiliza nuestra LC.

En este artículo, se analiza el ámbito subjetivo cubierto por la Ley de Competencia salvadoreña, comparándolo con su regulación en los sistemas que han servido de modelo al nuestro, como los Estados Unidos y la Unión Europea, así como a partir de un examen de los pronunciamientos que la Superintendencia de Competencia sobre el tema, hasta mediados de 2014, con el propósito de contribuir a generar conciencia sobre la amplitud cubierta por la LC, ya que aunque esta ley tiene casi 9 años de vigencia, todavía muchos sectores de la población desconocen su alcance subjetivo o se resisten a su aplicación.

## 2. CONCEPTO DE AGENTE ECONÓMICO

Las leyes de defensa de la competencia de más reciente aprobación en América Latina han optado por una configuración subjetiva intencionalmente amplia, adoptando el término de agente económico en sustitución de comerciante o empresario, con el propósito de configurar un ámbito personal resueltamente amplio, dentro del cual pueda caber cualquier modalidad de participación en el mercado. Esto es especialmente notorio en las leyes más recientes, como ocurre con muchas de las normas de competencia regionales. La ley regional vigente más antigua es la chilena de 1973 y la más reciente es la de Paraguay de 2013. A la fecha, solo Guatemala no cuenta con una normativa de competencia.

En El Salvador, el inciso 3° del art. 2 de la LC ofrece una definición:

*“Para los efectos de esta ley se considera agente económico toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no”.*

---

competencia es amplio e incluye a todos los agentes u operadores económicos que intervienen en el mercado.

Para sistematizar la información, se ha elaborado un cuadro con la regulación del ámbito subjetivo de la legislación de competencia en América Latina:

País	Año	Artículo	Ámbito subjetivo
ARGENTINA	1999	Art. 3	<p>Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.</p> <p>A los efectos de esta ley, para determinar la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.</p>
BOLIVIA	2008	Arts. 2 y 3	<p>Art. 2.- Las personas naturales y/o jurídicas, con excepción de aquellas que ya se encuentran reguladas por ley, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio nacional, están obligadas a regirse por el presente Decreto Supremo. En consecuencia, su incumplimiento dará lugar a la aplicación de sanciones coercitivas bajo responsabilidad de las autoridades competentes.</p> <p>Artículo 3.- A los efectos del presente Decreto Supremo, se entenderá por: Agente económico: toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen.</p>
CHILE	1973	Art. 3 Reformado 2009	<p>El que ejecute, celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado...</p>

País	Año	Artículo	Ámbito subjetivo
COLOMBIA	2009	Art. 2	<p>Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.</p>
COSTA RICA	1995	Art. 9 Reformado 2008	<p>La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos, con las salvedades y las previsiones indicadas en este capítulo. Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título: a) Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar esos servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en las regulaciones especiales.</p> <p>b) Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas.</p>
ECUADOR	2011	Art. 2	<p>Están sometidos a las disposiciones de la presente ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.</p> <p>Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.</p>

País	Año	Artículo	Ámbito subjetivo
HONDURAS	2005	Art. 4	<p>Están sometidas a la presente ley todos los agentes económicos, o sus asociaciones, ya sean personas naturales o jurídicas, órganos o entidades de la administración pública, municipal, industriales, comerciales, profesionales, entidades con o sin fines de lucro, u otras personas naturales o jurídicas que, por cualquier título, participen como sujetos activos en la actividad económica dentro del territorio de la República de Honduras. También se consideran agentes económicos sometidos a la presente ley las agrupaciones de profesionales, tengan o no personalidad jurídica.</p> <p>Asimismo, quedan sometidas a las disposiciones de la presente ley aquellas personas con domicilio legal fuera del territorio de la República de Honduras, cuando sus actividades, contratos, convenios, prácticas, arreglos, actos o negocios produzcan efectos en el territorio nacional.</p> <p>El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Sin embargo, el Estado por razones de orden público e interés social, puede reservarse el ejercicio de determinadas industrias básicas, explotaciones y servicios de interés público y dictar medidas y leyes económicas fiscales y de seguridad pública, para encauzar, estimular, supervisar, orientar y suplir la iniciativa privada, con fundamento en una política económica racional y planificada.</p>
MÉXICO	1992	Art. 3	<p>Están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.</p>
NICARAGUA	2006	Art. 2	<p>Están sujetos a las disposiciones de esta ley cualquier acto, conducta, transacción o convenio realizado por los agentes económicos en todos los sectores de la economía nacional, incluyendo los efectuados fuera del país, en la medida en que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en el mercado nacional.</p>



País	Año	Artículo	Ámbito subjetivo
PANAMÁ	2007	Art. 2	Esta ley se aplicará a todos los agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes, por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica. Igualmente, se aplicará a todos los actos o prácticas que surtan sus efectos en la República de Panamá, indistintamente del lugar en donde se perfeccionen.
PARAGUAY	2013	Art. 3	1. La presente ley es aplicable a todos los actos, prácticas o acuerdos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio legal en el país o en el extranjero, sean de derecho público o privado, o cualesquiera entidades que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro, y que produzcan efecto sobre la competencia, en todo o en parte del territorio nacional, excepto las limitaciones establecidas por ley, debidamente justificadas por razones de interés general. Quedan incluidas entre las personas jurídicas a las que se refiere el párrafo anterior, las entidades del gobierno central y entes descentralizados que ejercen monopolio estatal. 2. Asimismo, quedan sometidas a la presente ley quienes desarrollen o realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan efectos de manera total o parcial en el mercado nacional. 3. La presente ley es también aplicable a aquellas personas físicas que, ejerciendo la representación de las personas jurídicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la misma, hubieran intervenido en la realización de los actos sancionados por esta ley.

País	Año	Artículo	Ámbito subjetivo
PERÚ	2008	Art. 2	<p>2.1. La presente ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.</p> <p>2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en estas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.</p> <p>2.3. A los efectos de la presente ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.</p>
REPÚBLICA DOMINICANA	2008	Art. 3	La presente ley se aplicará a todos los agentes económicos, sean estas personas físicas o jurídicas, sean de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas en el territorio nacional.
URUGUAY	2007	Art. 3	<p>Todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro, en el territorio uruguayo, están obligadas a regirse por los principios de la libre competencia.</p> <p>Quedan también obligados en idénticos términos, quienes desarrollen actividades económicas en el extranjero, en tanto estas desplieguen total o parcialmente sus efectos en el territorio uruguayo.</p>
VENEZUELA	1991	Art. 4	Quedan sometidas a esta ley todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.

\*\*\* Guatemala no tiene Ley de Competencia aprobada aún.

Fuente: *Elaboración propia, julio, 2014.*

En el ámbito europeo, el art. 81.1 del Tratado de Roma establece que las disposiciones de defensa de la competencia son aplicables a las empresas y/o a los empresarios, en los términos siguientes: “*Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...*”; y en los EE.UU., el artículo 1 de la Ley Sherman, expresa que la aplicación de la norma se extiende a “*cualquier persona que realice cualquier contrato, combinación o conspiración prohibida por la Ley...*”, por lo que se ha tenido que recurrir a una interpretación jurisprudencial, para actualizar el ámbito subjetivo de aplicación.

Esta ampliación jurisprudencial que ha sido necesario efectuar, así como la opción terminológica reflejada en nuestra ley, reivindica la aplicación del derecho de competencia a prácticamente cualquier modalidad subjetiva de participación en las actividades económicas que pueda afectar el mercado, puesto que la realidad ha demostrado que no solo los empresarios o comerciantes participan en las distintas etapas del proceso económico.

El desarrollo más significativo sobre este tema, lo encontramos en los estudios sobre el sistema de defensa de la libre competencia de la Unión Europea donde –aunque la letra de las disposiciones del Tratado de Roma de 1957 ocupe el término empresas<sup>4</sup>– el ámbito subjetivo de aplicación del derecho europeo de

---

4 Puede consultarse los artículos 81, 82 y 86 de la versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957, publicada en el DOCE C 325 del 24 de diciembre de 2002.- Disposiciones aplicables a las empresas: Artículo 81.1.- “*Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas...*”; Artículo 82.- “*Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...*” y Artículo 86.1.- “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive...*”.

la competencia ha sido ampliado por la Corte Europea de Justicia, quien en reiterada jurisprudencia ha manifestado que, a efectos del derecho de la competencia, el término empresa comprende “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”<sup>5</sup>.

Los estudios existentes actualmente, concuerdan en señalar que esta configuración jurisprudencial del término empresa, ha producido una ampliación del campo personal de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, con el fin de evitar que la participación en actividades económicas de sujetos excluidos, en concurrencia con sujetos obligados a competir, desvirtúe el buen funcionamiento del mercado.

El término “empresa” o “undertaking” ha sido equiparado al de operador o agente económico, para dar cabida al mayor número de entidades u organismos legalmente vinculados por la normativa de defensa de la competencia. Aunque los tratados fundacionales no han sido modificados en esta parte, en el

---

5 La jurisprudencia del TJCE relacionada con la configuración de los sujetos sometidos al derecho europeo de la competencia es sumamente rica y variada, pero uno de los antecedentes jurisprudenciales más emblemáticos, lo constituye la sentencia del 23 de abril de 1991, en el caso *C-41/90, Höfner y Elser*, donde el Tribunal interpretó el término inglés “undertaking”, manifestando que “*it must be observed, in the context of competition law, first that the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed...*”. Este criterio se ha mantenido hasta la fecha y ha sido reiterado en la sentencia del 17 de febrero de 1993, caso *C-159/91 y C-160/91, Poucet y Pistre*; sentencia del 11 de diciembre de 1997, caso *C-55/96, Job Centre*; sentencias del 16 de marzo 2004, casos *C-264/01, 354/01 y 355/01 AOK-Bundesverband y otros*. Por otra parte, en la sentencia del 17 de diciembre de 1991, en el caso *Anic SpA v Commission*, el TPI manifestó que el término empresa “es un concepto complejo que incluye una gran variedad de recursos físicos y humanos que integran una entidad económica individual, que los competidores y clientes pueden ayudar a identificar”. En sentido similar, la sentencia del Tribunal de 1ª Instancia del 24 de octubre de 1997, caso *T-244/94, Wirtschaftsvereinigung Stahl y otros*.

sistema europeo se entiende que se trata de un concepto funcional, amplio, aplicable a cualquier género de entidades que realicen una actividad que pueda calificarse como actividad económica<sup>6</sup>.

En el modelo norteamericano, el artículo 1 de la Ley Sherman establece que el derecho de defensa de la competencia es aplicable a todas las personas – “every person”– que realicen cualquiera de las prácticas prohibidas por ese estatuto, mientras que el artículo 7 de la misma ley completa el campo subjetivo de aplicación del derecho *antitrust*, al señalar expresamente que a efectos de esa normativa, el término persona incluye a las personas naturales, como también a las personas jurídicas, independientemente de la forma que adopten<sup>7</sup>. Sin embargo, a diferencia del modelo europeo, es necesario adelantar que el sis-

6 Sobre este tema, entre otros, ROSE, V. y ROTH, P., *cit.*, pág. 91 y ss., quien tal como hemos referido más arriba, hace notar que en el ámbito europeo, el término empresa, se aplica a cualquier tipo de persona natural o jurídica que lleve a cabo actividades económicas. En sentido similar, ILLESCAS, R., *cit.*, pág. 126 y ss., explica que se trata de un término que da cabida a cualquier género de sujeto económico, permitiendo entender por empresa a cualquier operador económico que interviene en el mercado. En igual forma, KORAH, V., *cit.*, pág. 45 y ss., indica que el término “*undertaking*”, es de tipo funcional, y no institucional, puesto que se aplica a una gran variedad de entidades, siempre y cuando realicen alguna actividad económica. Por su parte, PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2007, págs. 77 y 79 establece que se trata de una noción en la que deben concurrir dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo estará conformado por la adecuación del operador al concepto de empresa y el elemento objetivo estará integrado por todas aquellas actividades que puedan considerarse como actividad económica.

7 En la normativa *antitrust* de los EE. UU., § 8 Sherman Antitrust Act 15 U.S.C. el cual textualmente dice: “*The word “person” or “persons”, wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, this Laws of any State, or the laws of any foreign country*”, reiterado en términos idénticos en el inciso tercero del artículo 1 de la Ley Clayton del 15 de octubre de 1914, codificada en el capítulo 15 § 12 del Código de Leyes de los Estados Unidos (U.S.C.).

tema de los EE.UU., es mucho menos incluyente al referirse a las personas de derecho público<sup>8</sup>.

En el caso salvadoreño, la Ley de Competencia se redactó con la finalidad de ser aplicable a prácticamente cualquier sujeto, decantándose por el término agente económico. Se trata de una expresión que abarca una tipificación omnicomprendensiva de las entidades sometidas a las reglas de la competencia, reflejada en la variada enumeración ejemplificativa que hace el artículo 2 LC y en la definición que el Glosario de Términos elaborado por el CDSC, retoma de este mismo artículo, en la que se establece que se considera agente económico “*toda persona natural o jurídica, pública o privada, dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no*”<sup>9</sup>.

El concepto de agente económico utilizado por la LC, supone una gran apertura en cuanto a las formas o modalidades que los sujetos sometidos a su aplicación pueden adoptar. Puede tratarse de cualquier tipo de entidad, organismo o persona, incluyendo personas naturales, dedicadas o no al comercio, con o sin fines de lucro o personas jurídicas que respondan a las características anteriores y que se encuentren regidas por un estatuto de derecho privado o por un régimen de derecho público. A efectos de establecer su sometimiento a las reglas de competencia, no interesa la forma jurídica o de hecho que adopten los operadores econó-

---

8 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el precedente básico que interpreta este artículo a efectos de su aplicación a los entes de derecho público, lo encontramos en el caso *United States v. Cooper Corp.* 312 US 600 (1941), donde el Máximo Tribunal de ese país manifestó que “*In summary, we are of opinion that the text of the Act taken in its natural and ordinary sense, makes against the extension of the term “person” to include the United States, and that the usual aids to construction, taken together, instead of inducing the contrary conclusion, go to support the view that Congress did not use the word in the sense form which the Government contends*”.

9 Voz n. 3 del Glosario de Términos elaborado por el CDSC el que se define el término “agente económico”, a partir de la definición establecida en el inciso tercero del artículo 2 LC.

micos, sino su intervención efectiva en las actividades económicas<sup>10</sup>. Ya no corresponde hablar únicamente de comerciantes y/o empresarios.

A la fecha, no existen pronunciamientos relevantes de la Superintendencia de Competencia que desarrollen el concepto de agente económico. En la mayoría de los casos resueltos, los agentes encausados han sido sociedades mercantiles, aunque existen un par de denuncias declaradas improcedentes en atención a la calidad de los sujetos involucrados. En el caso SC-006-D/PS/NR-2010, el superintendente de competencia declaró improcedente una denuncia por tratarse de un acto de autoridad del sujeto “xxxx” cuya identidad fue reservada, pero no por tratarse de un sujeto de derecho público y en el caso SC-011-D/PA/NR-2007, la superintendente de competencia declaró improcedente una denuncia por haberse presentado en contra de una municipalidad en el marco una actividad excluida de la aplicación de la LC<sup>11</sup>.

La participación de personas de derecho privado o de entidades con fines de lucro en actividades económicas no presenta ma-

10 La SCN considera que las actividades económicas amparadas por esta libertad son aquellas que forman parte de los tres grandes procesos económicos. Al respecto, SCN Inc. 15-99/17-99 y 8-2004 y 24-98 del 26 de febrero de 2002, publicada en el D.O. n. 46, tomo 354 del 7 de marzo de 2002 y sentencias de amparo 140-2000 del 12 de noviembre de 2002 y 969-2003 del 9 de febrero de 2005, en las que la Sala ha manifestado que se entiende por actividad económica “*las que se realizan en el marco de las tres etapas del proceso económico: (i) la primera referida a la iniciativa de producción de bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades humanas; (ii) la segunda, la distribución de esos bienes y servicios puestos al alcance de los consumidores en la cantidad y en el tiempo que son requeridos; y, (iii) la tercera, el consumo, uso, disposición, utilización, y aprovechamiento de esos bienes...*”.

11 SC-006-D/PS/NR-2010 del 3 de marzo de 2010 (identidad del sujeto reservada) y SC-011-D/PA/NR-2007 del 8 de octubre de 2007 (en contra de la Alcaldía de Santa Ana). Puede consultarse también la SC-041-D/PS/R-2012 del 15 de noviembre de 2012 (en contra de la Banca de Desarrollo Salvadoreña, BANDESAL), tramitada en contra de una entidad de derecho público, pero declarada improcedente por no tratarse de prácticas anticompetitivas.

yor novedad, puesto que en ambas se han enmarcado los sujetos típicos del tráfico económico: las distintas clases de comerciantes. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación de la LC, incorpora un concepto particularmente novedoso para nuestra normativa reguladora de la actividad económica: la sujeción de los entes públicos a las mismas reglas que los sujetos de derecho privado que intervienen en el mercado, por lo que las consideraciones que se desarrollan en este estudio serán más extensas en los casos de los sujetos atípicos en El Salvador.

A nivel de derecho comparado, se ha recurrido mayoritariamente a la regulación y jurisprudencia de la Unión Europea por haber encontrado mayor desarrollo y riqueza de la casuística, en ese modelo. Sin embargo, también se han incluido algunos casos relevantes del modelo de los Estados Unidos a efecto de ser más exhaustivos.

### 3. AGENTES ECONÓMICOS DE DERECHO PRIVADO

La definición legal del concepto de agente económico que se encuentra consignada en el inciso primero del artículo 2 LC, es sumamente amplia y se refiere a sujetos típicamente identificados con el tráfico económico como a sujetos novedosos. En El Salvador, los sujetos tradicionalmente vinculados con las actividades productivas han sido personas de derecho privado y más concretamente, comerciantes<sup>12</sup>. No obstante ello, la práctica ha demostrado que si bien el tráfico económico se desarrolla efectivamente con la participación mayoritaria de sujetos regidos por un estatuto de derecho privado, en realidad, estos agentes adoptan las más

---

12 El Código de Comercio salvadoreño los divide en personas naturales que se dedican al comercio y en comerciantes sociales o sociedades mercantiles: Art. 2 del C.Com.- “*Son comerciantes: I- las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales. II.- Las sociedades que se llaman comerciantes sociales*”.



variadas formas y tipos de personas naturales y jurídicas, quienes a pesar de no tener el carácter legal de comerciantes, se dedican a la producción, transformación, distribución o comercialización de bienes y servicios económicamente relevantes.

La comprobación de esta realidad ha producido el cambio terminológico apuntado, así como la ampliación jurisprudencial de los sujetos de derecho privado que se consideran sometidos a la normativa de defensa de la competencia. Este tema ha sido mayoritariamente desarrollado por los tribunales de la Unión Europea, puesto que en ese modelo ha sido necesario precisar el alcance del término “empresa”, ocupado por los tratados fundacionales, para extender el campo personal de aplicación de la normativa de competencia. En ese ámbito, por lo general, la doctrina se enfoca mucho en el análisis de los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y con menos frecuencia, en los del Tribunal de Primera Instancia, puesto que la ampliación subjetiva ha sido esencialmente un producto de la jurisprudencia.

### 3.1 PERSONAS NATURALES

Además de los comerciantes individuales<sup>13</sup>, en materia del derecho de competencia, también se consideran agentes económicos, las personas naturales que no tienen el carácter de comerciantes, pero que realizan alguna actividad económica, aunque sea en for-

13 En la STJCE del 11 de octubre de 1983, en el asunto C-210/81, *Oswald Schmidt o Demo-Studio Schmidt v. Comisión*, aunque el tribunal resolvió en contra del demandante, atribuyó a Oswald Schmidt, el carácter de empresa, es decir, de sujeto sometido al derecho de competencia. En la STJCE del 30 de enero de 1985, asunto C-35/83, *BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Comisión*, la Corte consideró que el industrial Antonius I.C.M. Segers, comerciante individual, proveedor de servicios tabacaleros encajaba en el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de competencia europea. En igual forma, más recientemente, en la sentencia del 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/1999, *Courage Ltd. v. Bernard Crehan y Bernard Crehan v. Courage Ltd.*, la Corte manifestó que, las partes en un contrato—sean empresas o personas naturales como en este caso— pueden reclamar en contra de la otra parte, por infracciones que vulneran el artículo 81.1 TCE.

ma ocasional<sup>14</sup>. En esta clasificación, también encajan personas que se dedican a la prestación de servicios que no han sido tradicionalmente identificados con una actividad comercial, pero que finalmente han sido reconocidos como prestadores de servicios económicamente relevantes, como muchas de las profesiones liberales: por ejemplo, consultores, artistas, agentes aduanales, abogados, doctores u otros, tal como se describe a continuación.

En orden cronológico, en el ámbito europeo, la Decisión de la Comisión del 26 de julio de 1976, en el caso *REUTER/BASF*, estableció que el Dr. GOTTFREID REUTER, químico investigador de profesión, actuando como consultor comercial y principal accionista de Reuter-Holding GmbH, constituía un sujeto distinto de la empresa de la que era accionista, sometido por cuenta propia al derecho de competencia. En la decisión de la Comisión del 26 de mayo de 1978, en el caso *RAI/UNITEL*, se estableció que los acuerdos celebrados entre cuatro cantantes de ópera y la empresa alemana UNITEL también debían incluirse dentro del ámbito de aplicación de la normativa de competencia europea. En la jurisprudencia del TJCE se ha establecido en igual forma, que los agentes aduanales italianos y los abogados de varios países europeos deben considerarse incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo de la regulación de competencia europea. En sentencia del 18 de junio de 1998, en el asunto C- 35/96, *Comisión v. República Italiana*, la Corte manifestó que si bien la actividad que ejercen los agentes aduanales no es una actividad comercial, tiene carácter económico en la medida en que los agentes realizan sus funciones a cambio de un pago, asumiendo riesgos económicos propios. Finalmente, en jurisprudencia más reciente, en la resolución del TJCE del 19 de febrero de 2002, en el asunto C- 309/99,

---

14 En la STJCE del 8 de junio de 1982, en el asunto C-258/78, *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Commission*, el tribunal estableció que los derechos exclusivos conferidos a un cultivador de plantas, restringían indebidamente la competencia en el mercado común.

*J.C.J. Wouters y otros*, la Corte estableció que los abogados ejercen una actividad económica, por lo que deben incluirse en el ámbito de aplicación subjetiva abarcado por el término empresa.

En el modelo anglosajón no ha sido necesario proceder a una ampliación jurisprudencial tan significativa, puesto que tal como apuntamos anteriormente, la misma normativa *antitrust* establece textualmente que se aplica a “toda persona”. Las cuestiones subjetivas que ha sido necesario abordar en ese sistema en materia de personas de derecho privado, tienen relación con algunos sujetos tradicionalmente excluidos de la aplicación del derecho *antitrust*, como las profesiones liberales, tema que viene siendo debatido desde hace 50 años, puesto que tradicionalmente se ha considerado que estas actividades estaban exceptuadas de la aplicación del derecho *antitrust*. Por tratarse de ocupaciones que requieren una formación especial en artes o ciencias liberales, caracterizadas por un alto nivel de regulación estatal y propia, no habían sido consideradas actividades comerciales en los términos de la normativa de competencia, pero más recientemente este enfoque ha ido cambiando hacia su inclusión en el concepto de personas sometidas al derecho *antitrust*<sup>15</sup>.

En el caso salvadoreño, las normas de competencia podrían ser aplicables a personas naturales que no detenten formalmente la calidad de comerciantes como a las que el Código de Comercio reconoce la calidad de comerciante individual:

Art. 7.- “*Son capaces para ejercer el comercio: I.- Las personas naturales que, según el Código Civil son capaces para obligarse. II.- Los menores que teniendo dieciocho años cumplidos hayan sido habilitados de edad.*”

15 Sobre este tema, por todos, BAUER, J.P. “Professional Activities and The Antitrust Laws”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 50, 1974-1975, pág. 570 y ss. En el mismo sentido, pero más recientemente, TERRY, L.S., “The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as “Service Providers”, en *Journal of the Professional Lawyer*, vol. 2008, pág. 189 y ss. y KOLASKY, W., “Antitrust and the Liberal Professions: The U.S. Experience” (en [www.eui.it](http://www.eui.it)).

*III.- Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización de sus representantes legales para comerciar, la cual deberá constar en escritura pública. IV.- Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización judicial. Estas autorizaciones son irrevocables y deben ser inscritas en el Registro de Comercio”.*

En la casuística investigada y sancionada hasta la fecha por la Superintendencia de Competencia, el universo de sujetos involucrados ha sido mayoritariamente conformado por personas jurídicas de derecho privado. A la fecha de este estudio, en los registros de la Superintendencia de Competencia existe un único caso de una denuncia en contra de dos personas naturales, en el sector del transporte público de pasajeros, pero que al final no fueron sancionadas por temas ajenos a su condición<sup>16</sup>. Tampoco se han recibido denuncias en contra de profesiones liberales como abogados, médicos y arquitectos, entre otros.

### 3.2 PERSONAS JURÍDICAS

Además de las personas naturales, la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado consideran que el concepto de agente económico de derecho privado incluye lógicamente a los comerciantes sociales o sociedades mercantiles tradicionalmente dedicados al ejercicio de alguna actividad económica.

Sin embargo, en materia de agentes económicos de derecho privado, el campo personal de aplicación también se extiende a otros sujetos o entidades, con o sin personalidad jurídica, como las sociedades irregulares; algunos tipos de asociaciones que no persiguen la obtención de utilidades, como las fundaciones, organizaciones y asociaciones sin fines de lucro; así como también a asociaciones que para la normativa salvadoreña persiguen un interés social, como las cooperativas, en tanto tengan participación en actividades económicas. Los grupos empresariales y las

---

16 SC035-D/PS/R-2013 del 10 de septiembre de 2013.

asociaciones profesionales o gremiales también se encuentran sujetos al derecho de competencia, tengan o no personalidad jurídica, por cuanto en la práctica algunas de sus actuaciones pueden afectar las condiciones de competencia en el mercado.

Sobre toda esta tipología de sujetos, en el ámbito europeo, encontramos antecedentes jurisprudenciales sobre una gran variedad de casos que datan desde hace muchos años. De forma general, en un procedimiento preliminar, el TJCE estableció en la sentencia del 12 de julio de 1984, en el caso C-170/83 *Hydrotherme Gerätebau GmbH V. Compact. Del Dr. Ing. Mario Andreoli & C. Sas.*, que para efectos del derecho de competencia el término “empresa” debe entenderse que designa una unidad económica, aunque esa unidad esté conformada por varias personas naturales o jurídicas, en los términos siguientes: *“El concepto de empresa en el contexto del derecho de la competencia debe entenderse como el que designa a una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo en cuestión, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”*.

En la casuística concreta, referente a entidades sin personalidad jurídica que han sido considerados sujetos sometidos al derecho de competencia europea, puede citarse la Decisión de la Comisión del 7 de diciembre de 1978, en el caso de la agrupación de hecho CECIMO (*Comité Européen de Coopération des Industries de la Machine-Outil*), donde el sujeto objeto de investigación fue una asociación de hecho, constituida por un grupo de asociaciones nacionales de profesionales constructores de maquinaria.

En materia de entidades sin fines de lucro, puede hacerse referencia a la sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1995, en la cuestión prejudicial pronunciada en el caso C-244/94, *CCMSA (Caisse Centrale de la Mutualité Sociale Agricole)*, donde el tribunal expresó que un organismo sin fines de lucro que se dedica

a la prestación de un sistema no obligatorio de seguros de pensiones, constituye una empresa en los términos del tratado.

Sobre las asociaciones cooperativas sometidas al derecho de competencia europeo, puede hacerse referencia a la sentencia del TJCE del 25 de marzo de 1981, en el caso C-61/80, *Coöperative Stremsel en Kleurselfabriek v. Commission*, en el cual el tribunal manifestó que una cooperativa agrícola que impone a sus miembros la obligación de proveerse únicamente a través de ella, constituye un sujeto capaz de afectar las condiciones de competencia en el mercado, así como la Decisión de la Comisión del 26 de noviembre de 1986 en el caso *MELDOC*, en el cual se aplicó la normativa de competencia a varias cooperativas holandesas de leche.

En igual forma, también se incluyen en el ámbito subjetivo de aplicación, distintos fenómenos agregativos empresariales, como las asociaciones de empresarios y los grupos de empresas, en la medida en que pueden actuar como un solo agente económico en el mercado. Para antecedentes sobre asociaciones de empresarios, puede consultarse la Decisión de la Comisión del 15 de diciembre de 1982, en el caso *AROW/BNIC*, donde se estableció que los acuerdos de fijación de precios tomados en el seno de la asociación de productores de coñac denominada Oficina Nacional de Profesionales del Coñac, no estaban exentos de la aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado. En forma similar, la Decisión de la Comisión del 19 de julio de 1989, en el caso *Asociación de Banqueros Holandeses*, en la cual la comisión estableció que los acuerdos tomados sobre comisiones y otras condiciones para la prestación de los servicios bancarios, eran contrarios a los artículos 85 y 86 del Tratado. Para pronunciamientos sobre la aplicación del derecho de competencia europeo a grupos empresariales, aunque carezcan de personalidad jurídica propia también sirve de referencia la Decisión de la Comisión del 17 de diciembre de 1980, en el caso *Italian Glass*.

En materia de asociaciones gremiales, la casuística europea es variada y abundante. En el asunto *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission*, el TJCE manifestó que las resoluciones obligatorias tomadas en el seno de una asociación de agentes económicos con el objeto o efecto de afectar las condiciones de competencia, son equiparables a la voluntad de sus socios, por lo que constituyen un acuerdo prohibido por el artículo 81.1 TCE. En *NV I.A.Z. International Belgium et autres*, el Tribunal agregó que la aceptación de una simple recomendación emanada de una asociación de empresarios también es equiparable a un acuerdo anticompetitivo, puesto que produce el mismo resultado<sup>17</sup>.

Un poco más recientemente, en *BNIC v. Guy Clair*, el TJCE consideró que un acuerdo tomado por una asociación de comerciantes con el propósito de limitar la competencia entre sus miembros, también constituye una conducta prohibida en los términos del artículo 81.1, aun cuando ese acuerdo requirió la refrenda de una autoridad administrativa<sup>18</sup>. A modo de recapitulación, en 1987, en el caso *Verband der Sachversicherer v. Comisión*, el Tribunal manifestó que una decisión de empresas puede revestir cualquier forma jurídica, siempre que sea la manifestación de la

---

17 En orden cronológico, en la jurisprudencia del TJCE, puede consultarse la sentencia del 29 de octubre de 1980, asunto C-218/78, *Heintz van Landwyck S.A.R.L. et autres v. Commission*, donde el tribunal expresó que una resolución de carácter obligatorio, emitida por una asociación de empresas, que constituye el reflejo de la voluntad de los miembros, reúne las condiciones necesarias para incluirse en el ámbito de prohibición del artículo 81.1 TCE y la sentencia del 8 de noviembre de 1983, asunto C-110/82, *NV I.A.Z. International Belgium et autres*, donde el tribunal europeo manifestó que la aceptación de la recomendación por las empresas destinatarias ejerce una influencia sensible sobre el juego de la competencia en el mercado afectado.

18 También puede consultarse la sentencia proveída el 30 de enero de 1985, en el asunto C-123/83, *BNIC v. Guy Clair*, donde el TJCE manifestó que un acuerdo establecido en el seno de una asociación, con el objeto de limitar la competencia –aunque sea de derecho público– debe considerarse como un acuerdo entre empresas o asociaciones de empresas.

voluntad de las empresas de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado<sup>19</sup>.

A partir de un análisis más detallado, algunos estudios señalan que la decisión y la recomendación de una asociación de agentes económicos, se diferencian del acuerdo porque en este, todos prestan su consentimiento para cumplir lo pactado, mientras que en la decisión o recomendación de una asociación, sus miembros se limitan a cumplir o a ejecutar la decisión<sup>20</sup>.

Sin embargo, es de tener presente que en la práctica, la modalidad concreta utilizada es poco relevante, puesto que el ámbito de prohibición se extiende a cualquier acto, acuerdo, decisión o recomendación de la asociación que tenga por finalidad o efecto suprimir la competencia entre sus miembros, aun cuando no tenga carácter vinculante<sup>21</sup>.

---

19 STJCE del 27 de enero de 1987, en el caso C-45/85, *Verband der Sachversicherer v. Comisión*, en la cual el Tribunal manifestó que por decisión de una asociación de empresas, se entiende “cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, alguna manifestación que constituye la expresión fiel de la voluntad de las empresas de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado”.

20 Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *cit.*, págs. 315 y 316, explica que la decisión se diferencia del acuerdo, porque en el acuerdo, todos prestan su consentimiento para cumplir lo pactado, en la decisión o recomendación de una asociación sus miembros se limitan a cumplir o a ejecutar la decisión unilateralmente adoptada. En sentido idéntico, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia...*, *cit.*, pág. 866 y ss., también destacan que estas prácticas están prohibidas en el derecho europeo porque cuando una asociación de empresas se compromete en algo, basta que sus miembros ejecuten los acuerdos para que se configure una colusión prohibida en el marco del art. 81.1 TCE.

21 Véase ROSE, V. y ROTH, P., *cit.*, págs. 137 y 138, quienes señalan que en ese sistema, la medida exacta adoptada para limitar la competencia tiene poca importancia. El término decisión incluye reglas y reglamentos internos de la asociación, decisiones vinculantes, recomendaciones, códigos de conducta, cualquier acto que refleje el propósito de coordinar la conducta de los miembros. Aun los actos no obligatorios, siempre que sean cumplidos por los miembros individuales. También puede consultarse, WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 6<sup>th</sup> edition, 2008, págs. 102-104, quien en igual forma, explica que en el sistema europeo, el concepto de



Se entiende que aun cuando el acuerdo, la decisión o la recomendación emanen de los órganos de administración de estas agrupaciones, existe pluralidad de voluntades independientes en la persona de los miembros, que concurren con su voluntad al cumplir con la decisión o con la recomendación<sup>22</sup>. Las decisiones de asociaciones, uniones o agrupaciones empresariales —entiéndase

---

decisión de una asociación de agentes económicos, incorpora una gran variedad de actos y conductas distintas: las reglas que rigen una asociación son una decisión; una recomendación no vinculante, pero cumplida por sus miembros equivale a una decisión; los acuerdos tomados por la asociación con otros operadores económicos, también encajan en el término que describe la conducta prohibida. En sentido idéntico, VAN BAEL, I., *Competition Law of the European Community*, Van Bael & Belis, 4ª edición, 2005, pág. 436, al igual que los otros autores citados, explica que la jurisprudencia europea ha indicado que aun cuando la decisión no sea vinculante, si tiene un objeto o efectos anticompetitivos y es cumplida por los integrantes de la asociación, se entiende prohibida por el art. 81(1). Por su parte, GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5th edition, Los Ángeles, 2004, pág. 285, explican que la participación en una asociación de agentes económicos y el intercambio de información sobre precios, producción, inventarios o cualquier aspecto de la actividad económica, se encuentra cubierto por el artículo 1 de la Ley Sherman porque constituye un acuerdo o combinación para limitar la competencia, hasta la colusión tácita puede llegarse a deducir del comportamiento de sus socios.

- 22 *Vid.* apartado 18 del Capítulo III donde se aborda el tema desde la óptica de la subjetividad que tienen las asociaciones de empresarios en el derecho de la competencia, cuando los actos anticompetitivos que cometen les son atribuidos directamente, porque se equiparan al concepto de operador económico. Sobre este tema, *vid.* VAN BAEL, I., *op. cit.*, pág. 436, quien explica que un acuerdo de una asociación, puede ser considerado un acuerdo entre la asociación y otros operadores económicos o como un acuerdo entre sus miembros, por lo que puede ser atribuible a la asociación como sujeto o a sus miembros. En sentido idéntico, ROSE, V. y ROTH, P., *op. cit.*, pág. 138, indican que en el ámbito europeo, se ha establecido que una asociación puede participar en un acuerdo anticompetitivo en nombre de sus miembros o por derecho propio, pero que en algunos casos también puede entenderse que tanto los socios, como la asociación misma han sido partícipes del mismo acuerdo. Por otra parte, en ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, pág. 35, se explica que los actos de los miembros de las asociaciones empresariales satisfacen el requisito de la pluralidad de actores requerida para considerar que ha existido un acuerdo, siempre y cuando la práctica anticompetitiva pueda ser atribuible al grupo.

se de operadores económicos— pueden configurar una modalidad de colusión, puesto que permiten una coordinación del comportamiento de sus miembros equivalente a acuerdos directamente celebrados entre estos<sup>23</sup>.

El cumplimiento individual por parte de cada operador produce una equiparación del comportamiento idéntica a la que se produciría en caso de haber adoptado el acuerdo en forma multilateral. A través de estos mecanismos, los agentes asociados pueden fijar precios, equiparar condiciones de venta o producción y establecer estándares o prácticas que excluyan del mercado a un competidor potencial o que dañen a un agente ubicado en otro eslabón de la cadena productiva, creando una combinación de conducta horizontal y vertical<sup>24</sup>.

En los EE.UU., las decisiones, recomendaciones o acuerdos tomados por las asociaciones de agentes económicos no se encuentran expresamente prohibidas en la normativa de defensa de la competencia, pero en reiterada jurisprudencia de la CSJ se ha

---

23 Sobre este tema, puede consultarse ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I): Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, pág. 279, donde este autor manifiesta que las decisiones adoptadas en los órganos de gobierno o de gestión de las asociaciones empresariales son equiparables a los acuerdos, al considerar en estos casos, que la situación es similar a la que se daría si el acuerdo hubiera sido adoptado por los socios, siempre y cuando estas tengan la capacidad para producir un resultado anticompetitivo, en modo real o potencial. En sentido similar, *vid.* GALÁN CORONA, E., *op. cit.*, pág. 185 y ss., quien agrega que se trata de una previsión incluida en el derecho europeo, como en el derecho español de defensa de la competencia, donde se ha establecido que las decisiones de asociaciones, uniones o agrupaciones empresariales constituyen una modalidad de colusión, cuando permiten una coordinación del comportamiento de sus miembros equivalente a los acuerdos directamente celebrados entre estos.

24 En la jurisprudencia de los EE.UU., entre los casos más significativos sobre algunas prácticas anticompetitivas concretas que surgen en el marco de las actividades de las asociaciones de operadores económicos, puede consultarse. *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 US 553 (1936) y *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978); *Allied Tube v. Indian Head, Inc.*, 486 US 492 (1988) y *American Soc’y of Mech. Eng’rs v. Hydrolevel*, 456 US 556 (1982); *Fashion Originators’ Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941).

equiparado estas conductas a las restricciones al comercio prohibidas por el artículo 1 de la Ley Sherman<sup>25</sup>, por lo que en virtud de una variedad de casos que han sido sancionados, la mayor parte de asociaciones de empresarios de ese país ha optado por elaborar reglamentos, lineamientos o códigos de conducta con pautas, para cumplir con la normativa *antitrust*<sup>26</sup>.

Entre los casos más emblemáticos resueltos por la Corte Suprema de ese país, cabe resaltar *National Society of Professional Engineers v. United States y California Dental Ass. v. Federal Trade Commission*, donde el Tribunal manifestó que los comportamientos para limitar la competencia, adoptados en cumplimiento de decisiones o normativas de las asociaciones empresariales constituyen acuerdos anticompetitivos horizontales realizados por sus miembros<sup>27</sup>.

25 Si bien el tema de las reglas para valorar los acuerdos horizontales será considerado en el apartado siguiente, cabe adelantar que a diferencia de los cárteles de núcleo duro, en los EE.UU. estas conductas horizontales pueden estar sometidas a una prohibición *per se* cuando son manifiestamente anticompetitivas, pero también a una prohibición relativa, cuando se considere que se trata de comportamientos que no son intrínsecamente anticompetitivos. GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pág. 283 y ss., explican que en ese sistema los acuerdos, decisiones o reglas de las asociaciones de comerciantes se someten a la regla de la razón, porque tales acuerdos no siempre llegan a tener efectos anticompetitivos. En sentido similar, POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2<sup>nd</sup> edition, Chicago, 2001, pág. 160 y ss., también hace notar que los acuerdos tomados en el seno de una asociación de empresarios, se encuentran sometidos a un análisis basado en la regla de la razón, aun cuando se reconozca que estas asociaciones tienen un alto potencial para propiciar acuerdos anticompetitivos.

26 Esto puede constatarse al revisar la gran cantidad de páginas electrónicas de las distintas asociaciones de empresarios, en las que aparecen manuales, reglamentos o lineamientos específicos sobre conductas que deben evitarse en el seno de sus reuniones a efectos de no contravenir la normativa *antitrust*. Sobre este tema, en los estudios más recientes, puede consultarse ABA, *Antitrust Law Section, Antitrust Compliances: Perspectives and resources for corporate counselors*, 2006 y HANNAY, W.M., *Designing an Effective Compliance Program*, Vol. 11, Corporate compliances series, West, 2008.

27 En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., *vid.* la sentencia proveída el

Independientemente de la forma que el acto adopte, las decisiones, recomendaciones o normativas de las asociaciones de operadores económicos que limitan la competencia son equiparables a una colusión horizontal, porque constituyen acuerdos entre operadores económicos que operan en el mismo eslabón de la cadena productiva de un mismo tipo de producto, a través de los cuales, en la búsqueda de un beneficio colectivo, sus miembros limitan o eliminan la rivalidad o lucha por el mercado, en perjuicio de los consumidores. Este mismo tipo de mecanismo, puede contribuir a la realización de acuerdos verticales o abuso de posición dominante conjunto, ya sea que se toma la asociación como un sujeto individual o a sus miembros como sujetos separados.

Con algunos años de anterioridad a la jurisprudencia citada, en uno de los casos de mayor relevancia sobre el tema de las conductas anticompetitivas de las asociaciones de empresarios – *American Column & Lumber Co. v. United States*, decidido en 1921– la CSJ de los EE.UU. manifestó que las prácticas de estas asociaciones que suprimen la incertidumbre sobre la conducta futura de sus miembros en el mercado, de tal forma que se logre eliminar la rivalidad entre los participantes, constituye un acuerdo prohibido por la Ley Sherman<sup>28</sup>.

---

24 de mayo de 1999, en el caso *California Dental Ass. V. Federal Trade Commission* 526 US 576 (1999), donde en síntesis, la Corte Suprema de ese país manifestó que los acuerdos tomados en el seno de una asociación profesional sin fines de lucro, para restringir la publicidad y los descuentos que sus miembros pueden aplicar, puede tener efectos anticompetitivos, puesto que limitan la capacidad de los consumidores para elegir en forma informada. Por otra parte, en *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978), del 25 de abril de 1978 y en *Eastern States Lumber Association v. United States* 234 US 600 (1914), del 22 de junio de 1914, la Corte Suprema de los EE.UU. ya había entendido que los acuerdos o reglas adoptadas por asociaciones profesionales y/o de comerciantes que tengan por objeto o efecto limitar la competencia entre sus miembros, también pueden incluirse en el ámbito de los acuerdos prohibidos por la normativa *antitrust*, porque permiten la equiparación de la voluntad de sus miembros.

28 *American Column & Lumber C. v. United States*, 257 US 377 (1921), del 19 de

En el caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* decidido en 2007<sup>29</sup>, la CSJ ha precisado el estándar requerido para admitir una demanda por violación al artículo 1 de la Ley Sherman, ya que tampoco debe entenderse que la mera pertenencia a una de estas asociaciones, sumada a la existencia de un paralelismo de precios es suficiente para inferir que ha existido una violación a la normativa de competencia de ese país. Si bien estos dos factores son de mucha relevancia, en la práctica es necesario agregar elementos de hecho concretos que permitan demostrar la probable existencia de un acuerdo prohibido<sup>30</sup>.

En el caso salvadoreño, la amplitud de la LC permite deducir que su ámbito de aplicación también se extiende a todos estos sujetos o entidades respecto de los cuales se ha ampliado jurisprudencialmente el campo de aplicación de la normativa de competencia comparada, puesto que también se ha reconocido que en el mercado salvadoreño, muchos de estos sujetos realizan actividades económicas, directa o indirectamente, ubicándose en una relación de competencia a la par de comerciantes sociales o individuales y/o de toda la gama de sujetos que tienen o pueden tener participación en el tráfico económico, por lo que en los apartados siguientes, se analizarán elementos relativos a las categorías existentes en nuestro país.

---

noviembre de 1921, donde los magistrados de la Corte Suprema de ese país expusieron que esta asociación diseñó un “plan de competencia abierta”, a través del cual los miembros intercambiaron información detallada sobre sus estrategias económicas, en la que incluyeron sugerencias de una línea de conducta común que debían adoptar, lo que resultó en una combinación y conspiración prohibida por la norma *antitrust* de 1890.

29 *Bell Atlantic Corp. V. Twombly* 550 US 544 (2007).

30 EVANS, D. and BLEIBERG, B., “Antitrust Developments in Trade Associations and Competitor Collaborations”, en *The Antitrust Review of the Americas*, 2012, pág. 30.

### 3.2.1 *Sociedades mercantiles o comerciantes sociales*

Los comerciantes sociales forman parte de los sujetos más tradicionalmente identificados con la realización de actividades económicas, es decir, con la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios, económicamente cuantificables o relevantes. Han sido los participantes en el mercado por excelencia, por lo que el análisis de la aplicación de la Ley de Competencia a estos sujetos no presenta dificultades ni tampoco resulta novedoso. En la casuística salvadoreña, estos sujetos ocupan la gran mayoría de los casos investigados y sancionados hasta la fecha por la Superintendencia de Competencia. De todos los sujetos sancionados entre enero de 2006 y julio de 2014, solamente uno es una sociedad de economía mixta y fue sancionada por no solicitar la autorización de la Superintendencia para realizar actos y contratos constitutivos de una concentración económica. Todos los demás entes sancionados por prácticas anticompetitivas son empresas y/o sociedades mercantiles de derecho privado dedicadas a las telecomunicaciones, energía eléctrica, emisión de boletos de viaje, producción de harina de trigo, distribución de gasolina, televisión por cable, servicios portuarios, venta y distribución de azúcar, entre otros<sup>31</sup>.

### 3.2.2 *Sociedades irregulares*

Las sociedades de hecho o sociedades irregulares reguladas por el Código de Comercio salvadoreño (C.Com.), son sociedades que presentan algún defecto en su constitución, por lo que la ley les niega existencia legal. Sin embargo, la normativa mercantil establece que sí gozarán de personalidad jurídica en lo que las perjudique, de tal suerte que puedan responder por sus actos ante

---

31 Ver detalle de casos atendido en [http://www.sc.gob.sv/dirs.php?Id=14&Id\\_menu=301010](http://www.sc.gob.sv/dirs.php?Id=14&Id_menu=301010) consultada el 29 de julio de 2014.

terceros, en los términos del artículo 346 del C.Com., cuya parte inicial textualmente señala que *“la sociedad que careciere absolutamente de formalidades para su otorgamiento, no tiene existencia legal, pero la adquirirá al contratar con terceros en los términos que se indican en el artículo 348”*.

En forma complementaria, la parte inicial del artículo 348 C.Com. señala que *“Las sociedades a que se refieren los artículos anteriores, que se hubieren exteriorizado como tales frente a terceros tienen personalidad jurídica en cuanto los perjudique, pero no en lo que pudiere beneficiarles”*. Es decir, que estas sociedades tienen que responder y pueden ser sujetas de sanción por actos que violen la normativa de competencia nacional<sup>32</sup>. A la fecha de cierre de este estudio, la Superintendencia de Competencia no ha tramitado casos que involucren sociedades irregulares.

### 3.2.3 Sociedades sin fines de lucro

De conformidad con la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, estas sociedades, tienen prohibido enriquecerse con sus ganancias: art. 9.- *“Se entenderá que una asociación y fundación es sin fines de lucro, cuando no persiga el enriquecimiento directo de sus miembros, fundadores y administradores. En consecuencia, no podrán distribuir beneficios, remanentes o utilidades entre ellos, ni disponer la distribución del patrimonio de la entidad entre los mismos al ocurrir la disolución y liquidación de la entidad”*. Sin embargo, no tienen prohibido participar en actividades económicas.

En esta categoría se incluyen en El Salvador, las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones para fines benéficos, las asociaciones de tipo cultural o académico, entre otros. Se trata de

32 Artículo 346 y siguientes del C.Com de 1970, en los que se regula la responsabilidad de las sociedades de hecho o de las sociedades irregulares, en los términos establecidos en los artículos transcritos en el texto.

personas jurídicas que perfectamente pueden dedicarse a la realización de actividades económicas para recaudar fondos para el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando no generen utilidades para sus miembros<sup>33</sup>. La ley les reconoce esta potestad, estableciendo que estas asociaciones y fundaciones tienen el derecho de realizar todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, establecidos en su norma interna, siempre que no contraríen el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres, ni incurran en la prohibición de enriquecer a sus miembros<sup>34</sup>.

En la práctica, se trata de formas asociativas que muchas veces participan directa o indirectamente en actividades económicas relacionadas con la consecución de sus fines, como la contratación de servicios o la compra y venta de bienes, con la condicionante que dichos ingresos deben servir para financiar las actividades o fines propios de la asociación. En este orden de cosas, existe la posibilidad que los sujetos sin fines de lucro regulados por la normativa salvadoreña, compitan en el mercado con los demás sujetos del tráfico económico y deban someterse a la normativa de competencia, en igualdad de condiciones.

En nuestro país, actualmente existe un solo caso en contra de una asociación sin fines de lucro, cuya denuncia fue declarada improcedente por la superintendente de competencia, en virtud de no haberse encontrado suficientes indicios sobre la existencia

---

33 Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, D.L. n. 894, del 21 de noviembre de 1996, publicada en el D.O. 238, tomo 333, del 17 de diciembre de 1996.

34 En el inciso segundo del artículo 3 la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, se establece que *“Lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad que tienen para la realización de todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, establecidos en su norma interna, siempre que no contraríen el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres”*. En forma complementaria, los artículos 36 a 38 establecen que estas asociaciones pueden contratar servicios y pueden comprar y vender bienes.



de una conducta prohibida por la LC<sup>35</sup>. Sin embargo, este caso generó una recomendación de política pública, por parte del Consejo Directivo de la SC, con el fin de evitar que la normativa reguladora de las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, contenga disposiciones que permitan falsear las condiciones de competencia en el mercado, al crear ventajas competitivas artificiales a favor de estos sujetos, ya que la mera declaratoria de “utilidad pública” de algunas asociaciones les permite beneficiarse de exenciones tributarias cuantiosas<sup>36</sup>.

### 3.2.4 Asociaciones cooperativas

En el ámbito de las formas asociativas de derecho privado que tienen existencia legal en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario incluir a las cooperativas, por cuanto se trata de asociaciones privadas de interés social, dedicadas a fomentar el bienestar y, en

35 En la Resolución SC-011-D/PA/R-2006, del 26 de septiembre de 2006, se declaró improcedente la denuncia de la sociedad “Aviación Salvadoreña, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse AVIASA, S. A. de C. V.”, en contra de la asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva “*en virtud de no haberse encontrado indicios suficientes que permitiesen determinar la concurrencia de una posible violación al artículo 30 letra c) de la Ley de Competencia*”.

36 En acuerdo de fecha 26 de junio de 2007, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia resolvió: “a) Informar al señor Ministro de Hacienda los resultados del análisis técnico, jurídico y económico del presente caso, que se ha realizado con base en la Ley de Competencia, para que a partir de este y de acuerdo a lo establecido en los artículos 6 letra c) de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 7 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro, determine la procedencia de mantener o revocar la declaratoria de sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta concedida a la Asociación Club Salvadoreño de Aviación Civil y Reserva; b) recomendar al señor Ministro de Hacienda que previo a conceder la declaración de sujeto pasivo excluido de la obligación sustantiva del pago del impuesto sobre la renta a una persona jurídica, evalúe si la misma constituye una entidad de utilidad pública, en aras de contribuir a la eliminación de potenciales distorsiones a la competencia en los mercados...”.

muchos casos, el beneficio económico de sus miembros, por medio de la producción de distintos bienes o la prestación de servicios, en su mayoría de naturaleza económica. En El Salvador están reguladas por la Ley General de Asociaciones Cooperativas<sup>37</sup>.

Su normativa establece que se trata de asociaciones de interés social, porque en muchos casos se crean para promover los intereses de grupos minoritarios o que requieren especial protección debido a su condición de microempresarios o de productores artesanales, pero en la práctica, las cooperativas que se dedican a la producción de bienes o servicios intercambiados en el mercado, como la producción y venta de productos agrícolas, pesqueros, artesanales o industriales, persiguen el lucro y rivalizan con comerciantes sociales o individuales dedicados a la misma actividad económica y deben estar sometidas a la normativa de competencia. Las cooperativas dedicadas a la prestación de servicios de ahorro y crédito, transporte, consumo, seguros, entre otros, también rivalizan con comerciantes sociales, individuales o personas naturales no comerciantes que se dedican a esta actividad, por lo que a efectos de defensa de la libre competencia, es necesario someterlas a las mismas reglas. Sin embargo, hasta la fecha, en El Salvador, la Superintendencia de Competencia no ha sancionado casos de prácticas atribuibles a cooperativas, aunque estén expresamente mencionadas por el art. 2.

### *3.2.5 Asociaciones profesionales y/o gremiales y asociaciones de empresas y/o empresarios*

Un sector mayoritario de la literatura especializada considera que los distintos tipos de asociaciones de operadores económi-

---

37 Artículos 7 a 12 de la Ley General de Asociaciones Cooperativas, aprobada con D.L. n. 339 del 6 de mayo de 1986, publicado en el D.O. n. 86, tomo 281 del 14 de mayo de 1986, en el primero de los cuales se establece que las cooperativas podrán ser de diversos tipos, como "...a) *Cooperativas de producción*; b) *Cooperativas de vivienda*; c) *Cooperativas de servicios*".

cos<sup>38</sup> –por ejemplo, asociaciones de comerciantes y empresarios, asociaciones de profesionales, así como ligas deportivas– cumplen con una serie de funciones lícitas y provechosas para sus miembros, porque permiten resolver problemas comunes en forma conjunta, porque propician la discusión de temas de interés gremial y porque facilitan el intercambio de conocimientos técnicos o porque reducen los costos operativos, como la publicidad y otros<sup>39</sup>. Son entidades que hacen aportes importantes a sus afiliados, pero también son clubes donde es fácil coludirse.

---

38 ROSE, V. y ROTH, P., *cit.*, págs. 136 y 137, quienes explican que en el sistema europeo, el término asociaciones de empresarios abarca un espectro sumamente variado de entidades que encajan en este concepto. A título de ejemplo, mencionan, que las instituciones europeas han resuelto varios casos que han involucrado cooperativas agrícolas, entes reguladores de las distintas profesiones, asociaciones sin fines de lucro, entidades sin personalidad jurídica, asociaciones de asociaciones. Hasta entes reguladores que representan los intereses comerciales de sus miembros. En sentido prácticamente idéntico, VAN BAEL, I., *op. cit.*, pág. 435 y ss., explica que en el ámbito europeo, la forma jurídica de la asociación es irrelevante, puesto que las instituciones europeas han resuelto casos de prácticas anticompetitivas que involucran asociaciones sin personalidad jurídica, asociaciones sin fines de lucro, asociaciones de asociaciones, cooperativas agrícolas, así como asociaciones sometidas a un régimen de derecho público.

39 Sobre este tema, por todos, puede consultarse HAYS, J.S. y RATZKIN, J.L., Trade Associations Practices and Antitrust Law, en *Harvard Business Review*, summer 1947, vol. 25, issue 4, pág. 501, quienes hacen una síntesis de muchas de las funciones de las asociaciones de empresarios, indicando que en su mayoría se trata de funciones que aportan beneficios a sus miembros, sin afectar las condiciones de competencia entre los operadores, como por ejemplo, investigación y capacitación conjunta, publicidad común, asistencia técnica y legal para sus miembros, entre otros. Sin embargo, BARR, F., “Common Horizontal Agreements”, en BELLAMY, C. and CHILD, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6<sup>th</sup> edition, 2008, págs. 382-383 y 394-395, en el marco de un estudio sobre los acuerdos horizontales más comunes, indica que muchas de las prácticas adoptadas por asociaciones empresariales o por asociaciones deportivas pueden recaer en el ámbito prohibido por la normativa de defensa de la competencia, por cuanto facilitan, inducen o producen una limitación de la competencia entre sus miembros.

Adam Smith advirtió hace muchos años<sup>40</sup>, que los mismos mecanismos que permiten estos intercambios legítimos y provechosos para los afiliados, generalmente proporcionan el marco favorable para llevar a cabo actos contrarios a la libertad de competencia, en la medida que las reuniones e intercambios entre los miembros de la asociación constituyen el foro ideal para la realización de prácticas anticompetitivas expresas o tácitas, porque reducen la incertidumbre sobre la estrategia competitiva de los demás operadores, facilitando la colusión o uniformidad del comportamiento para suprimir la rivalidad.

En el normal desenvolvimiento de sus actividades ordinarias y lícitas existen muchos contactos e intercambios que tienden a favorecer la realización expresa o tácita de una colusión prohibida –afinidad y camaradería, contactos y reuniones frecuentes, intereses comunes, intercambios regulares y detallados de información, entre otros– que pueden constituir una práctica facilitadora para la realización de un acuerdo anticompetitivo o una verdadera práctica anticompetitiva. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Banco Mundial reconocen que las asociaciones de comerciantes proporcionan el marco idóneo para la realización de cárteles y que a veces, las asociaciones mismas se ven involucradas en actividades anticompetitivas<sup>41</sup>.

---

40 Puede consultarse SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House Inc., New York, 1937, pág. 149, quien en uno de los más citados pasajes de la literatura económica, explica que la afinidad que se desarrolla entre los comerciantes y las reuniones que estos sostienen para discutir intereses comunes, proporcionan el foro ideal para la celebración de un acuerdo anticompetitivo (*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices*).

41 Véase A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, pág. 36. En la doctrina anglosajona, SCHERER, F.M. y ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3<sup>rd</sup> edition, Princeton, 1990, pág. 347, indican que generalmente, las asociaciones de comerciantes por su misma naturaleza facilitan la colusión o llevan a cabo

Las recomendaciones, acuerdos, regulaciones y decisiones de asociaciones de operadores económicos son generalmente tratables en la doctrina y derecho comparado, como equivalentes a un acuerdo entre competidores, prohibido por la normativa de competencia. En los inicios de la vigencia de la LC, este tema fue brevemente desarrollado por la primera superintendente de competencia, en un ensayo sobre la investigación de cárteles. La ex funcionaria manifestó que el tema de los cárteles se encuentra frecuentemente vinculado a la existencia de una asociación de este tipo. En virtud de esta constatación, cuando se investiga un cártel a nivel nacional, se considera sumamente útil verificar la existencia de una gremial o asociación que reúna a los principales agentes económicos en el mercado en referencia, para realizar una revisión y consulta de la documentación en su poder, con el propósito de recabar elementos probatorios que permitan establecer la existencia de una colusión entre competidores<sup>42</sup>.

Sin embargo, el tratamiento que la normativa de competencia salvadoreña les da es más equiparable a una práctica facilitadoras que a una forma autónoma de acuerdo anticompetitivo, tal como

---

actos contrarios a la libertad de competencia. Por su parte, GELLHORN, E. y otros, cit., pág. 283 y ss., explican que los acuerdos, decisiones o reglas de las asociaciones de comerciantes, se encuentran bajo escrutinio permanente de las autoridades de defensa de la competencia en la medida que se advierte que las reuniones entre sus miembros proporcionan el marco ideal para la realización de prácticas anticompetitivas expresas o tácitas, porque facilitan la uniformidad de comportamientos para suprimir la rivalidad.

- 42 Puede consultarse, ESCOLÁN SUAY, C., “Técnicas para la investigación de cárteles III”, Ensayos sobre Competencia, art. 05-06, (en [www.sc.gob.sv](http://www.sc.gob.sv)), en el cual la funcionaria explica que entre las técnicas que se dimensionan para la detección de existencia de prácticas anticompetitivas absolutas, se verifica la existencia de una gremial o asociación que reúna a los principales agentes económicos del mercado en cuestión y luego se recurre a la revisión y análisis de sus objetivos, el efectivo cumplimiento de estos y su legitimidad, reglamentación o estatutos internos, las memorias de labores, el aporte en efectivo o especie que los agentes económicos destinan, así como los funcionarios de los agentes económicos involucrados en la gremial o asociación (jerarquía, responsabilidades, etc.).

se advierte en algunos literales del art. 12 del Reglamento de la LC, transcrito a continuación y de la propuesta de reformas a la LC a las que nos referimos más adelante:

“Son criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, a que se refiere el art. 25 de la ley, entre otros: ... f) Que los presuntos infractores hayan sostenido reuniones y/u otras formas de comunicación; g) Que hubiesen instrucciones o recomendaciones de las cámaras empresariales o asociaciones a sus agremiados, que pudieren tener el objeto o efecto de impedir, restringir o limitar el que sus miembros puedan actuar libremente en el mercado”.

En el caso de “Los Puestos de Bolsa”, la Superintendencia abrió un investigación de oficio en contra de 7 corredores de productos agrícolas, en virtud de un anuncio publicado en uno de los principales cotidianos del país, donde los operadores económicos informaron al público que habían adoptado un acuerdo para establecer una tarifa común para el cobro de varias operaciones de intermediación bursátil.

El CDSC manifestó que la existencia de una asociación gremial, entre los operadores de puestos de bolsa había servido como mecanismo facilitador para la celebración de un acuerdo anti-competitivo horizontal, en los términos siguientes: *“Así, siendo únicamente siete los prestadores del servicio de intermediación bursátil ante BOLPROES, se ha podido constatar que seis de ellos, bajo el marco de la creación de una asociación gremial, han sostenido constantes reuniones y comunicaciones entre sí, con el objeto de discutir las comisiones que cobrarían a sus clientes y la consecuente fijación de tarifas de comisiones mínimas. En ese sentido, a la luz de los criterios orientadores previstos en el artículo 12, específicamente los contenidos en las letras f) y g) del Reglamento de la Ley de Competencia, se ha verificado que los agentes económicos investigados –GRACONSA, LAFISE, SBS, LATIN TRADE, NEAGRO e INTERPRODUCTOS– se han reuni-*

*do constantemente para formar una asociación gremial y, en esas circunstancias, han adoptado acuerdos sobre precios, limitando la libre actuación del mercado”<sup>43</sup>.*

En el cártel de “Las Agencias de Viaje”, el tema de las gremiales empresariales se abordó indirectamente en la resolución final, puesto que las consideraciones medulares del caso se enfocaron en la existencia de una colusión de precios en varias licitaciones públicas, prohibida por el literal c) del artículo 25 LC. En este caso, el CDSC manifestó que la participación en una asociación de esta naturaleza no es en sí constitutiva de un acuerdo anticompetitivo, sino que constituye un criterio orientador sobre su posible existencia: *“el hecho que los sujetos investigados participen en gremiales empresariales, no es un elemento que determine, por sí mismo, la celebración de un acuerdo anticompetitivo entre competidores, sino que solamente es considerado como criterio orientador, dentro del Reglamento de la Ley de Competencia”<sup>44</sup>.*

En este sentido, la Superintendencia ha advertido que las asociaciones gremiales favorecen la realización de acuerdos anticompetitivos entre sus miembros, puesto que sus constantes reuniones y comunicaciones, facilitan la equiparación de su comportamiento en el mercado o la supresión de la incertidumbre sobre el comportamiento de sus rivales.

La decisión adoptada en el seno de una gremial, en el caso de “Los Puestos de Bolsa” fue constitutiva de un acuerdo anticompetitivo, cuya detección y sanción fue sumamente sencilla, porque por ser el primer caso sancionado, los operadores reconocieron que adoptaron el acuerdo de fijación de precios prohibido por el literal a) del artículo 25 LC, pero también manifestaron que en ese momento no tenían conocimiento de la ilicitud de la conducta. Para divulgar la tarifa común adoptada los agentes bursátiles publicaron el acuerdo en un periódico de circulación nacional.

43 Resolución final SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007.

44 Resolución final SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009.

En el cártel de “Las Agencias de Viaje”, aunque el CDSC expuso que la mera pertenencia a una asociación empresarial no es constitutiva de una conducta prohibida por la Ley de competencia, advirtió que dentro de las prácticas de estas asociaciones, existen conductas que constituyen mecanismos facilitadores de la colusión, que pueden presentar conflictos con la LC, como en el caso del intercambio de información sensible, en los términos siguientes: *“Los investigados pueden formar asociaciones, pero ello no legitima el intercambio de información sensible (empresarial, comercial, financiera, etc.), al interior de las gremiales”*<sup>45</sup>. Sin embargo, la máxima autoridad de competencia no profundizó sobre este aspecto.

En la práctica, dos de los cinco casos de cárteles de núcleo duro sancionados hasta la fecha de conclusión de este estudio han sido propiciados por la existencia de asociaciones de empresarios o comerciantes. En el pliego de reformas presentadas por la Superintendencia de Competencia a la Comisión de Economía de la Asamblea Legislativa en mayo de 2013, se propone una modificación de la parte final del inciso 1 del artículo 2 de la LC, para agregar expresamente al listado de sujetos sometidos a la ley, las asociaciones gremiales o empresariales, de la siguiente forma: *“Asimismo, en los términos expresados en esta ley, también quedan sujetas las asociaciones gremiales y los colegios profesionales”*, las cuales aun estaban pendientes de discusión y aprobación a mediados de 2014<sup>46</sup>.

---

45 SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009.

46 En el editorial del abogado y columnista LUIS MARIO RODRÍGUEZ del 8 de junio de 2013, se señala textualmente “es evidente que entidades como el Colegio de Economistas, el de los contadores públicos, el Colegio Médico o las asociaciones de odontólogos, abogados, ingenieros, etc., pasarán a ser regulados por esta normativa. Por otra parte, entre las asociaciones gremiales destacan las de naturaleza empresarial. En otras palabras, la ANEP, la ASI, COEXPORT, la Cámara de Comercio, CASALCO, ABANSA, entre otras muchas, estarán sometidas al ordenamiento jurídico que regula la competencia”. (Disponible en [http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota\\_opinion.asp?idCat=50839&idArt=7949048](http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_opinion.asp?idCat=50839&idArt=7949048)).



#### 4. AGENTES ECONÓMICOS DE DERECHO PÚBLICO

La descripción de los sujetos sometidos a las reglas de la libre competencia, que hace el artículo 2 de la LC incorpora expresamente a los agentes económicos de derecho público. Esta disposición hace un inventario detallado, enumerando por separado entidades estatales, entidades municipales y empresas de participación estatal, con el fin de reiterar la amplitud del ámbito subjetivo sometido a la ley, así como su aplicación extensiva a todo tipo de organismo de derecho público, sin reparar en la forma que puedan adoptar<sup>47</sup>.

Al igual que muchas de las situaciones reguladas en la LC, por tratarse de temas novedosos, no contamos con estudios nacionales sobre la aplicación del derecho de competencia a las personas de derecho público y muy, pero muy pocos sobre su intervención en actividades económicas. Por otra parte, hay que tomar en cuenta que el fenómeno privatizador experimentado en El Salvador, al igual que en muchas otras latitudes ha reducido considerablemente la participación del Estado en las actividades económicas, por lo

---

47 Con relación a la tipificación de las dos primeras clases de entes públicos que pueden intervenir en las actividades económicas, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. n. 81, del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. n. 236, tomo 261 del 19 de diciembre de 1978, ofrece la única definición legal de lo que se entiende por Administración Pública, en los términos siguientes: “Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública: a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, c) el Gobierno Local”, postura que ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en la sentencia 230-C-2002, del 22 de mayo de 2002. Por otra parte, en la improcedencia pronunciada en el amparo 538-2005, el 3 de noviembre de 2005, la SCN ha manifestado que el concepto de Estado comprende “tanto al Estado en forma centralizada como descentralizada, implicando que el titular de dichos bienes deberá ser, necesariamente, una persona jurídica pública estatal”.

que para el examen de este tema, debemos recurrir fundamentalmente a la doctrina, a la jurisprudencia y a la regulación adoptada en los modelos que han servido de base para la LC nacional.

En el modelo anglosajón, la doctrina científica no se ha dedicado al estudio de este tema con la magnitud que se ha hecho en Europa, puesto que los pocos autores que se han interesado por la aplicación del derecho de la competencia a entes públicos, han reconocido que en ese ámbito, la aplicación del derecho *antitrust* se ha concentrado en los agentes económicos privados<sup>48</sup>. Por una parte, porque las empresas titularidad del Estado no han formado parte de las instituciones tradicionales del modelo económico implementado en Estados Unidos y, por otra, porque los entes

---

48 Véase SAPPINGTON, D.E.M. and SIDAK, J.G., “Anticompetitive Behavior by State - Owned Enterprises: Incentives and Capabilities”, en GEDDES, R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, pág. 1, quienes explican que en el ámbito anglosajón, el estudio de las reglas de competencia aplicables a las entidades públicas es muy inferior a su desarrollo europeo y que ello se debe en parte, al sistema capitalista que ha imperado en los EE.UU. y Canadá –entre otros– donde no se ha favorecido la titularidad pública de las empresas o por lo menos no con la magnitud que se ha hecho en Europa. En el mismo sentido, GEDDES, R.R., “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”, en *Competing with the Government*, Hoover Press, California, 2004, pág. 27. Por su parte, PIERCE, R.J., Jr. y GELLHORN, E., *Regulated Industries In a Nutshell*, West Group, 4<sup>th</sup> edition, St. Paul, 1999, pág. 295, explican que si bien la titularidad estatal de las empresas es una forma de intervención estatal en la economía, este ha sido un fenómeno muy poco común en los EE.UU., respecto de Europa, donde ha existido una fuerte tradición de propiedad estatal de los servicios públicos. En sentido similar, STIGLITZ, J., *cit.*, 1997, págs. 203 y 204, coincide en señalar que en Estados Unidos la participación directa del Estado en actividades productivas, no ha tenido la misma dimensión que en Europa, puesto que en ese país el Estado se ha limitado preferentemente a su papel de supervisor y regulador de la producción de bienes y servicios. Sobre este tema, también puede consultarse COLOMA, G., “Fusiones y adquisiciones en mercados con empresas públicas y privadas”, paper n. 27, publicado por Berkeley Program in Law & Economics, University of Berkeley, año 2006, quien apunta que la revisión de la literatura sobre el tema de la aplicación del derecho de la competencia en mercados en los que participan empresas públicas y privadas, es notablemente escasa porque se trata de dos temas tradicionalmente disociados en la literatura económica anglosajona (en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/27>).

públicos que participan en actividades económicas han gozado históricamente de inmunidad frente a la aplicación del derecho *antitrust*<sup>49</sup>.

En Estados Unidos la normativa *antitrust* no contiene disposiciones expresamente dirigidas a los sujetos de derecho público, ya que tanto el texto de la Ley Sherman como el de la Ley Clayton, se declaran aplicables a toda persona. No obstante ello, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país, se ha establecido que el término persona adoptado por las normas de defensa de la competencia, no incluye a las entidades estatales, incluidos los Estados federados, los Municipios y las empresas estatales, como los servicios postales y que tales sujetos son de hecho inmunes a la aplicación de esa normativa bajo el “*State action doctrine*”<sup>50</sup>.

49 Sobre la inmunidad de aplicación del derecho de la competencia de la que gozan la mayoría de entes públicos en los EE. UU., pueden consultarse también los comentarios sobre el *State Action* y otras excepciones, en SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2<sup>nd</sup> edition, Los Ángeles, 2006, págs. 799-813, quienes comentan que tanto el Estado Central como las municipalidades pueden abrigarse bajo esta excepción, así como ciertos casos de particulares que actúan por orden y bajo el imperio del Estado. En ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 6<sup>th</sup> edition, Chicago, 2007, págs. 1273-1284, también se hace una recapitulación de la jurisprudencia de base que ha permitido construir esta doctrina.

50 Sobre la inmunidad de aplicación del derecho de la competencia a los entes públicos en los EE.UU., puede consultarse *United States v. Cooper Corp.* 312 US 600 (1941), donde la Corte Suprema de los EE.UU. manifestó que el Estado es inmune a la aplicación del derecho *antitrust*, ya que por ser un ente soberano no cabe en el término persona utilizado por el artículo 7 de la Ley Sherman. Esta jurisprudencia ha sido complementada en *Parker v. Brown*, 317 US 341 (1943) donde la CSJ de los EE.UU. ha manifestado que los actos de los Estados Federados y de los Municipios gozan de inmunidad de aplicación del derecho de competencia, porque se encuentran recubiertos por el manto de soberanía del Estado, pronunciamiento que es conocido como “*State action doctrine*”. Más recientemente, en *Hoover v. Ronwin*, 466 US. 558 (1984) y *United States Postal Services v. Flamingo Industries Ltd. et al.* 540 US 736 (2004), la CSJ de los EE.UU. manifestó que el servicio de correos de ese país no puede considerarse en su forma y función, como un ente separado del Gobierno de los EE.UU., por lo que se encuentra exento de la aplicación de las leyes *antitrust*.

Es por ello que, tal como se expuso al inicio, las consideraciones sobre la aplicación de la Ley de Competencia a entidades públicas, se basarán principalmente en los estudios elaborados en el modelo europeo, donde una mayor participación del Estado en las actividades económicas ha llevado a un mayor análisis del tema y de la sumisión de las mismas al derecho de defensa de la competencia<sup>51</sup>, así como a una regulación expresa en el TCE, de la cual se ha derivado un nutrido desarrollo jurisprudencial.

El primero de los aspectos que es necesario puntualizar es que, independientemente de la enumeración que hace nuestra normativa de los diversos tipos de entes estatales sometidos al derecho de la competencia, en varios países de la Unión Europea y en la Unión misma, estos han sido reunidos bajo el concepto de “empresa pública”, con fundamento en la aplicación del mismo criterio funcional que se ha utilizado para la interpretación del

---

51 Sobre este tema, por todos, ILLESCAS, R., *cit.*, pág. 131 y ss., quien apunta que en Europa, el sector público constituye un sujeto de primera magnitud en la vida económica, caracterizada –y no solo históricamente– por el intervencionismo estatal y el mercantilismo. En sentido similar, TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 30 y ss., quien expone que el fenómeno de la presencia de las empresas públicas en la vida económica europea, se generalizó considerablemente en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, aunque actualmente haya ocurrido lo que muchos denominan la “huida hacia el derecho privado”. En igual sentido, ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, 3ª edición, Granada, 2004, págs. 460 y ss., también explica el proceso de publicación de varias actividades económicas, a partir de una síntesis de las nacionalizaciones europeas de los años 40. En igual forma, en el ámbito español, GAMIR CASARES, L., “El proceso de transformación de la empresa pública”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n. 811, 2003, págs. 221-234, quien, a partir de un análisis de la evolución de las empresas públicas en España, establece que fue el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, durante la dictadura franquista, cuando se produjo su mayor auge en España y MARTIN RETORTILLO, B.S., *Derecho Administrativo Económico I y II*, La Ley, Madrid, 1991, págs. 225-232, quien considera que las empresas públicas en España se remontan a la época de la Corona, con una notable potenciación del sector público en los años posteriores a la guerra civil.

término empresa que utilizan los artículos 81, 82 y la mención expresa a las empresas públicas que hace el artículo 86, todos del TCE, cuyo número 1 literalmente dice: “*Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive*”.

De la misma forma como el concepto de empresa es extensivo a toda modalidad de participación privada en las actividades económicas, el concepto de empresa pública ha sido interpretado para dar cobertura a la mayoría de sujetos públicos que intervienen en actividades económicas en el mercado, independientemente de su forma de organización.

En el ámbito de las instituciones europeas existen varios textos básicos a partir de los cuales se ha construido la noción de empresa pública mayoritariamente aceptada por el derecho de competencia. Tanto el Parlamento, como la Comisión y el TJCE han contribuido a forjar el concepto, partiendo inicialmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se cita a continuación.

En orden cronológico, en 1962, en el caso *Mannesmann*, se estableció que se considera empresa pública, cualquier empresa sometida a la influencia dominante del Estado<sup>52</sup>. Veinticinco años después, en el caso *Comisión Europea v. República Italiana*, el TJCE manifestó que las entidades que ejercen actividades económicas de carácter comercial o industrial, consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado, aunque formen parte de la Ad-

---

52 STJCE del 13 de julio de 1962, en el caso C-19/61, *Mannesmann AG v. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, donde la Corte estableció que cualquier empresa bajo la influencia dominante del Estado se considera empresa pública.

ministración Pública, también se consideran empresas públicas<sup>53</sup>. En el tercero de los tres fallos emblemáticos, el caso *Decoster*, resuelto en 1991, el TJCE agregó que se consideran públicas aquellas empresas bajo la influencia dominante del Estado, aunque no compartan su personalidad jurídica<sup>54</sup>.

En la doctrina asentada por el TJCE en la jurisprudencia citada, el concepto de empresa pública es eminentemente funcional y reúne a las entidades con personalidad jurídica independiente del Estado, que participan a título individual en las actividades económicas, pero respecto de las cuales este ejerce algún tipo de influencia dominante, así como con mayor razón, a los órganos que se encuentran directamente integrados en la Administración del Estado, ya que su sometimiento al control estatal es total<sup>55</sup>.

El Parlamento Europeo ha reconocido que la noción de empresa pública abarca realidades muy diversas, puesto que en la práctica, la participación del Estado en el mercado ha sido presidida por una diversidad de razones y de formas<sup>56</sup>. Sin embargo, si

---

53 Puede consultarse la STJCE del 16 de junio de 1987, caso C-118/85, *Comisión v. República Italiana* en la cual la Corte manifestó que “...no importa si el Estado ejerce dichas actividades [económicas] a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante...”.

54 STJCE del 27 de octubre de 1993, caso C-69/91 *Decoster*, donde el Tribunal reitera que se considera empresa pública tanto a las entidades independientes sobre las cuales el Estado ejerce una influencia dominante, como los órganos que ejercen una actividad económica compartiendo la personalidad jurídica del Estado.

55 STJCE del 16 de junio de 1987, caso C-118/85, *Comisión v. República Italiana*, citada anteriormente.

56 Documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, Serie Economía, w-21, 1996, pág. 11, donde se establece la noción de empresa pública da cobertura a realidades muy diversas, porque la participación del Estado en actividades económicas en los países europeos, ha sido presidida por una gran variedad de razones, ya que

bien estas pueden variar de un país a otro, además de la mencionada jurisprudencia del TJCE, para los fines del mercado interior, el Parlamento apunta que la definición que ofrece la Directiva 80/723 de la Comisión, constituye la referencia básica, a partir de la cual se ha construido esta teoría en la normativa comunitaria, aunque esta haya sido actualmente sustituida por la Directiva 2006/111/CE de la Comisión<sup>57</sup>.

El artículo 2 de la citada Directiva 80/723, retomado en términos idénticos en el literal b) del artículo 2 de la Directiva 2006/111/CE, considera empresa pública a cualquier empresa sobre la cual las autoridades públicas pueden ejercer una influencia dominante en forma directa o indirecta, en virtud de su propiedad, participación financiera o de las normas que la rigen, retomando el concepto de influencia dominante de la jurisprudencia del TJCE.

Se entiende que el Estado tiene una influencia dominante si se da cualquiera de los siguientes elementos:

1. Cuando posea la mayoría del capital suscrito.
2. Cuando disponga de la mayoría de los votos inherentes a las acciones emitidas por la empresa.
3. Cuando pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración dirección o vigilancia de la empresa<sup>58</sup>.

---

en cada país la variedad de formas atiende a razones y a momentos históricos diversos.

57 En el capítulo primero del documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, cit., el Parlamento Europeo reconoce que el concepto de empresa pública puede referirse a una gran variedad de realidades, aunque a nivel comunitario la noción se haya construido a partir de la jurisprudencia del TJCE y de la Directiva 80/723/CEE. Para la Directiva vigente, consultar la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, del 16 de noviembre de 2006, publicada en el DOCE L 318 del 17 de noviembre de 2006.

58 Art. 2 de la Directiva 80/723/CEE del 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, publicada en el DOCE L 195 del 29 de marzo de 1980, en el que se define la empresa

No obstante ello, el Parlamento considera que las definiciones ofrecidas por las instituciones europeas, no logran reflejar la amplitud que abarca la noción, porque además de su carácter público, es necesario que en ella concurren un mínimo de elementos distintivos de la empresa. Por ejemplo, que las empresas públicas puedan distinguirse de otras actividades que dependen de los poderes públicos, porque demuestran un grado mínimo de independencia frente a la autoridad pública que la crea; porque tiene un objeto económico, como la producción de bienes y servicios económicos; y porque, al menos algunos aspectos de su modo de funcionamiento, se asemejan al de una empresa privada<sup>59</sup>.

En vistas de lo expuesto, una parte de la doctrina más autorizada entiende por empresa pública cualquier entidad que desarrolle actividades de carácter productivo en régimen de concurrencia, respecto de la cual el Estado ejerce una influencia dominante, independientemente de la forma jurídica que adopte. Es empresa pública toda modalidad de participación estatal en el mercado, en calidad de oferente de bienes y servicios de naturaleza económica, tanto cuando forme parte de la estructura orgánica de la Administración Pública, como cuando sea total o parcialmente financiada con fondos estatales, de tal suerte que aunque adopten formas jurídicas de derecho privado, su participación en las actividades económicas esté condicionada por una influencia dominante del Estado, con las excepciones que se explican en el apartado 5 de este estudio<sup>60</sup>.

---

pública como “*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen*”.

59 Documento de trabajo del Parlamento Europeo, *Empresas Públicas y Servicios Públicos Económicos en la Unión Europea*, cit., pág. 13.

60 Al respecto, ALONSO UREBA, A., cit., págs. 141-143, quien hace notar que el concepto de empresa pública no viene definido por la titularidad de la empresa por parte de la Administración Pública, sino que por el control directo o indirecto que ejerce el Estado sobre la misma, siendo indiferente que adopte formas de derecho



Otro sector de la doctrina especializada concurre que el término empresa pública puede dar cobertura a una pluralidad de formas organizativas. No obstante ello, se aventura a definirla como toda unidad organizativa, dotada o no de personalidad jurídica, que integre o no la estructura orgánica del Estado, con independencia de la forma que adopte, siempre que sea creada, dirigida o controlada por el Estado para producir bienes o servicios para el mercado<sup>61</sup>.

En la normativa de la Unión Europea esta preocupación aparece expresamente reflejada en el citado artículo 86 del TCE, el cual contiene el principio de no discriminación o igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas, con el fin de evitar importantes distorsiones en la situación competitiva de las empresas, cuando en un mismo sector concurren empresas públicas y privadas.

La doctrina manifiesta que esta ampliación a los entes de derecho público resulta indispensable para que todos los agentes eco-

---

privado como las sociedades anónimas. En sentido similar, VICENT CHULIÁ, F., *cit.*, pág. 3341, apunta que existe unanimidad de opinión respecto de la característica que distingue las empresas privadas de las públicas, la cual no se basa en aspectos jurídicos formales, ni de propiedad u orgánicos, sino en que en la dirección efectiva de las mismas corresponda o no al Estado. En igual sentido, MARTIN-RETORTILLO B., S., *cit.*, págs. 232 y ss., manifiesta que el Estado puede operar en el mercado bajo formas jurídicas muy variadas, aun adoptando algunas propias del derecho privado, las cuales serán consideradas públicas cuando se encuentren bajo la dirección y control de la Administración.

- 61 Sobre este tema, MARTIN-RETORTILLO B., S., *cit.*, pág. 235, manifiesta que se entiende por empresa pública toda unidad organizativa dotada generalmente de personalidad que, con independencia de la forma jurídica que adopte, producen para el mercado bienes y/o servicios y que son creadas, dirigidas y/o controladas por la Administración. En sentido similar, retoma la definición del prof. Martín-Retortillo, el estudio de CARBONELL PORRAS, E., “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras varias ¿convenio o contrato administrativo”, en *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*, coordinado por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Granada, 2001, pág. 377, quien adopta esta misma definición para un concepto genérico de empresa pública, a partir del cual se puedan distinguir las distintas formas de personificación.

nómicos que intervienen en el mercado –independientemente de su forma de financiación– se encuentren sometidos a las mismas reglas concurrenciales, puesto que de otra forma, la participación de sujetos en régimen de excepción, desvirtuaría la efectiva aplicación de la normativa de defensa de la competencia. No basta que exista una ampliación del campo personal de aplicación que incluya las empresas públicas, también es necesario que su intervención en el mercado se haga en igualdad de condiciones.

La doctrina y la jurisprudencia comparada sobre la participación de los entes públicos en actividades económicas sometidas a las reglas de la libre competencia en el mercado es unánime al afirmar que esta debe ejercerse en igualdad de condiciones con los particulares, para evitar que se produzcan distorsiones en la libre competencia derivadas de la situación privilegiada de la que de hecho gozan muchas empresas públicas<sup>62</sup>.

---

62 Sobre la necesaria sumisión de las entidades públicas en igualdad de condiciones que las entidades privadas en la Unión Europea, ALONSO UREBA, A., *cit.*, pág. 135 y ss., quien manifiesta que si el Estado interviene en el mercado, debe hacerlo respetando las mismas reglas a las que se somete la iniciativa privada, para que exista paridad de condiciones o trato unitario. En sentido idéntico, ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I) Introducción y Derecho Comunitario”, *cit.*, págs. 287 y 288, donde este autor expresa que esta preocupación se encuentra claramente reflejada en el artículo 86 (ex art. 90) del TCE, el cual prescribe una igualdad de trato para empresas públicas y privadas que intervienen en el mercado. En el mismo sentido, ROSE, V. y ROTH, P., *cit.*, pág. 95 y ss., donde estos autores exponen que si bien las disposiciones del TCE relativas a las empresas públicas tienen por destinatarios a los Estados, en la práctica implican que –salvo por excepciones tasadas, esencialmente basadas en el ejercicio de potestades soberanas– las entidades públicas que participan en actividades económicas, se encuentran sometidas a las reglas del Derecho Comunitario en igualdad de condiciones que los agentes privados. Por su parte, MUÑOZ MACHADO, S., *cit.*, pág. 21 y ss., comenta que la normativa europea contiene reglas generales de sometimiento de las empresas públicas a los principios de la libre competencia, mientras que ILLESCAS, R., *cit.*, pág. 131, apunta que el sector público es un sujeto de primera magnitud en la vida económica europea, por lo que la sumisión de dicho sector a la normativa de competencia, es un factor crítico para su existencia. Encontramos esa misma referencia a la necesaria aplicación del derecho de la competencia a todos los operadores económicos, incluido el sector público, en BAÑO LEÓN, J.M., *cit.*,

Tanto los estudios norteamericanos, como los europeos consideran que en muchos casos, los privilegios de los que pueden beneficiarse las empresas públicas por su vinculación al Estado, crean una ventaja competitiva artificial, favoreciendo la permanencia en el mercado de operadores ineficientes o contribuyendo a crear un mejor posicionamiento, que puede crear una posición dominante, que no esté basada en una gestión económica más eficiente<sup>63</sup>.

Algunas de estas ventajas son otorgadas por el Estado mismo, como en el caso de la agilización en los trámites administrativos, las exenciones de impuestos, los subsidios, la entrega de bienes a título gratuito o cualquier modalidad de ayuda pública –de la que también pueden beneficiarse las empresas privadas– tal como se examinará en el apartado siguiente. Otras, son ventajas intrínsecas a la naturaleza pública de los fondos, que les exime del riesgo de fuga de capital o de la quiebra. Sin embargo, otras también pueden ser concedidas por entidades privadas, en atención al respaldo ilimitado del Estado, del que gozan las empresas públicas, como el acceso a financiamiento en mejores condiciones que los particulares<sup>64</sup>.

---

pág. 63 y ss.; PELLISÉ CAPELL, J., Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 30 y ss.; y, entre otros más, VICENT CHULIÁ, F., *cit.*, págs. 3313-3324.

- 63 Rapport Public 2002 du Conseil d'Etat, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, págs. 236 y ss., donde el *Conseil d'État* francés manifiesta que entre todas las prácticas anticompetitivas, la que resulta más común por parte de las empresas públicas es el abuso de posición de dominio: «*l'abus de position dominante constitue le risque majeur que courent les collectivités publiques intervenant sur un marché, en raison même de leur poids, de leurs moyens et de leur régime juridique*». En sentido similar, GEDDES, R.R., *cit.*, pág. 28 y ss., quien manifiesta que las empresas públicas (entidades titularidad del Estado o entidades de participación estatal) gozan de una variedad de subsidios, privilegios e inmunidades que crean una ventaja anticompetitiva artificial, porque no ha sido obtenida a través de una mayor eficiencia.
- 64 Para un estudio sobre los privilegios o beneficios de los que gozan las empresas públicas en consideración a su vinculación o dependencia del Estado, GEDDES, R.R., *cit.*, pág. 28 y ss., quien manifiesta que las empresas públicas pueden

La normativa de la UE aplicable a los privilegios estatales a favor de las empresas públicas ha sido desarrollada en la jurisprudencia de los Estados Miembros, ya que se trata de un fenómeno propio de cada Estado<sup>65</sup>. En este orden de ideas, nos remitiremos a una sentencia del Tribunal Supremo Español (TSE) de 1989, de mucha utilidad para completar el estudio de este tema, por tratarse de la legislación europea con mayores similitudes al ordenamiento salvadoreño en una gran cantidad de aspectos, en la cual el Tribunal manifestó que las empresas públicas que participan en actividades económicas deben estar sometidas a las mismas reglas de competencia que las entidades privadas<sup>66</sup>.

---

ofrecer los bienes y servicios a precios más baratos en virtud de beneficios como exenciones de impuestos, créditos a tasas de interés más bajas, estabilidad del capital, inmunidad del riesgo de quiebra, entre otros. Esta situación perjudica la competencia porque elimina artificialmente a los competidores y desanima a competidores potenciales a entrar en el mismo sector de actividades. En sentido idéntico, ALONSO UREBA, A., *cit.*, págs. 174-176 y MARTIN-RETORTILLO B., S., *cit.*, pág. 238, quienes presentan un elenco de ventajas artificiales de las que gozan los operadores económicos públicos, muy similar. Sobre este tema, también puede consultarse MUÑOZ MACHADO, S., *cit.*, pág. 168.

65 Artículo 86 de TCE, donde a efectos de la aplicación del derecho de competencia, se establece la igualdad de condiciones entre las empresas públicas y privadas, con especial prohibición a los Estados para que concedan a las primeras cualquier tipo de privilegio que contrarie las reglas de libre competencia establecidas en el Tratado, el cual literalmente dice: “1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive. 2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad. 3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

66 Sentencia del Tribunal Supremo Español 5279/1989 del 10 de octubre (RJ 1989/

Para garantizar la participación igualitaria, el TSE manifestó que las empresas públicas deben soportar las mismas cargas fiscales, sociales, financieras y de toda índole, que pesan sobre las entidades privadas, así como también deben estar sometidas a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, ya que ello restringe el libre juego de la competencia, protegido por la normativa de la Unión Europea, de tal suerte que sobresalgan aquellas que han demostrado ser más eficientes. Para casos más recientes que los emblemáticos casos citados anteriormente, puede consultarse el asunto C-559/14 resuelto el 3 de abril 2014, *Comisión Europea v. República Francesa*<sup>67</sup>.

Esta igualdad de “armas” entre las entidades públicas y las privadas, al momento de participar en el mercado es la que permite la existencia de verdaderas condiciones de competencia. Es por ello que trasladado a nuestro país, no basta que la Ley de Competencia declare que los entes públicos se encuentran sometidos a sus reglas. La mayor equiparación posible de condiciones entre los entes públicos y los demás sujetos que participan en las actividades económicas es una necesidad y uno de los grandes retos que el recién creado sistema de defensa de la competencia de El Salvador debe enfrentar, aunque esta equiparación tome en cuen-

---

7352) donde la Sala de lo Contencioso del TS Español ha manifestado que “*la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (Art. 128.2 CE) y de empresas privadas (Art. 38 CE) en el marco de una economía de mercado y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas fiscales, sociales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresa de capital público prevalerse de ningún a forma de posición dominante...*”.

67 Disponibles en <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

ta las diferencias intrínsecas de cada tipo de agente económico<sup>68</sup>.

Al examinar la primera Ley de Competencia salvadoreña, advertimos que la delimitación de los entes públicos sometidos al derecho de competencia por la que se decantó el legislador refleja la doctrina adoptada por las instituciones europeas, puesto que parte de una concepción bastante amplia de los sujetos públicos regidos por este estatuto. Sobre este aspecto de la LC es necesario precisar que se trata de una tendencia que en igual forma ha sido adoptada por la mayor parte de países de América Latina, como Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, donde las empresas públicas también se encuentran expresamente sometidas a la legislación de defensa de la competencia<sup>69</sup>.

---

68 Sobre este punto, el *Conseil d'Etat* francés tiene una postura matizada, puesto que considera que si bien las empresas públicas que prestan servicios económicos gozan de privilegios, ello no necesariamente constituye una ventaja contraria a la libre competencia, ya que la competencia o rivalidad empresarial se beneficia de la desigualdad entre los competidores, puesto que aun entre competidores privados siempre existen diferencias que ubican a unas en mejor posición que otras. En este sentido, el *Conseil d'Etat* considera que no puede esperarse del Estado que elimine las desigualdades que existen entre los operadores económicos, ni los privilegios de los que gozan las entidades públicas, sino únicamente impedir sus abusos. Puede consultarse *Rapport Public 2002 du Conseil d'Etat, Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pág. 267 y ss., donde el *Conseil d'Etat* invoca su propia jurisprudencia para reiterar que «*Le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques*» (avis 96-A-12 du 17 septembre 1996)» y agrega que «*le principe est la liberté et seuls les abus sont interdits. Le principe de libre concurrence n'impose nullement que toutes les entreprises soumissionnaires se trouvent dans une situation financière ou juridique identique et les différences peuvent être grandes entre la petite entreprises artisanale et la filiale d'un grand groupe international, soumissionnaires au même marché et dont les obligations sociales et fiscales peuvent être différentes*».

69 Art. 3 de la Ley de Competencia Argentina de 1999; Art. 15 de la Lei de Defesa da Concorrência do Brasil de 1994; Art. 2 de la Ley de Competencia de Bolivia; Art. 2 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de

Entre los entes de derecho público incluidos en el ámbito subjetivo demarcado por el artículo 2 de la LC, se incluyó a la Administración Central y a las administraciones locales, por cuanto se trata de entes directamente integrados en la estructura del Estado. Por otra parte, el texto de la disposición en referencia también menciona a las empresas que reflejan una mayor autonomía formal o material, pero en las que existe algún título de participación estatal, como las empresas estatales, creadas por ley, con fondos públicos. Sin embargo, las que tienden a generar cierta resistencia de algunos sectores, para ser consideradas empresas públicas, son las sociedades mercantiles constituidas bajo formas de derecho privado, pero con un elevado o total porcentaje de fondos públicos, por la misma falta de conocimiento sobre su tratamiento, al que aludimos anteriormente y que volveremos a analizar más adelante en el apartado 4.3.

Antes de analizar de forma más concreta los sujetos de derecho público a los que resulta aplicable la normativa de competencia salvadoreña, es necesario señalar que la participación del Estado salvadoreño en actividades económicas, cuenta con una habilitación constitucional expresa, recogida en el artículo 113 de la Constitución de 1983, el cual prevé que el Estado puede participar en asociaciones de tipo económico que fomenten el incremento de la riqueza nacional, dejando abierta la posibilidad que dicha participación adopte diversas manifestaciones, incluso las formas típicas del derecho privado<sup>70</sup>.

---

1995; Art. 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado de Ecuador; Art. 3 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992; Art. 2 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006; Art. 2 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007; Art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de Paraguay; numeral 2.1 del Art. 2 de la Ley de Competencia de Perú de 2008; inciso uno del artículo 3 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana de 2008; Art. 3 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007 y Art. 4 de la Ley de Competencia de Venezuela de 1991.

70 En la Constitución de 1983, puede consultarse el art. 113, en el que se establece textualmente que: “*Serán fomentadas y protegidas las asociaciones de tipo*

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no existe una normativa marco que las regule expresamente, ni ley alguna que proporcione un concepto, la participación del Estado en actividades económicas, adoptando personificaciones de derecho privado ha sido reconocida en el proceso de inconstitucionalidad 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996, relacionado con la naturaleza del Banco Hipotecario de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, donde si bien no se establece un concepto, se señalan algunos elementos básicos que las distinguen.

De la jurisprudencia citada pueden extraerse los siguientes elementos característicos de las empresas públicas:

- i) haber sido creadas por una decisión estatal;
- ii) manejar fondos públicos; y,
- iii) estar sujetas a la voluntad estatal y no a la de los particulares;
- iv) gozar de una serie de privilegios o ventajas derivadas de su vinculación al Estado<sup>71</sup>.

---

*económico que tiendan a incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos naturales y humanos, y a promover una justa distribución de los beneficios provenientes de sus actividades. En esta clase de asociaciones, además de los particulares, podrán participar el Estado, los Municipios y las entidades de utilidad pública". Estas últimas se encuentran mencionadas en el inciso segundo del artículo 43 del C.Com. ELS, en los términos siguientes: "Son Instituciones de interés público aquellas sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones creadas por iniciativa privada a las que, por ejercer funciones de interés general, se les reconoce aquella calidad por una ley especial".*

71 Sobre las sociedades de economía mixta y en particular sobre la naturaleza jurídica del Banco Hipotecario de El Salvador, puede consultarse la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la SCN en el proceso 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996, publicada en el D.O. n. 143, tomo 332, del 31 de julio de 1996, donde el Tribunal manifestó que "...De lo antes expuesto se establece: (a) que el Banco Hipotecario de El Salvador no ha sido una sociedad anónima de carácter privado, producto de un contrato celebrado con base en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes; más bien es una sociedad anónima



Si bien este pronunciamiento no utiliza la misma terminología empleada en el ámbito europeo, sí hace referencia a varios de los elementos básicos a partir de los cuales se ha elaborado el concepto de empresa pública en ese ámbito. En esencia, la Sala de lo Constitucional ha reconocido que a pesar de tratarse de una entidad constituida como persona de derecho privado, si la misma se encuentra bajo una influencia dominante del Estado –aunque no sea la única influencia– estaremos en presencia de una empresa pública.

En la práctica, las empresas públicas o empresas de participación estatal como las denomina la Ley de Competencia, pueden adoptar dos modalidades: empresas en las que la participación estatal es total y exclusiva y empresas en las que la participación estatal es parcial, porque coexiste con la participación de sujetos privados, sea en la financiación como en la administración y pueden agruparse en la tipología que se describe a continuación.

#### 4.1 ENTES QUE FORMAN PARTE DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ESTADO

Todas las entidades que integran la Administración Pública central y los Municipios, en tanto realicen actividades económicas, deben estar sujetos a la Ley de Competencia. Sin embargo, cabe aclarar que por el rubro de actividades propio de las entidades estatales –legislar, juzgar o administrar– no es común encontrarlos

---

*de economía mixta cuyo capital fue formado con fondos públicos provenientes de impuestos específicos, y cuyas acciones fueron asignadas a las asociaciones agropecuarias accionistas, en su calidad de asociaciones particulares de interés público, gozando la sociedad anónima de prerrogativas tales como exenciones fiscales –como una “concesión del Estado” – garantía de las cédulas hipotecarias emitidas con la responsabilidad subsidiaria e ilimitada del Estado, y participación estatal en su administración, por lo cual la constitución del Banco Hipotecario de El Salvador, Sociedad Anónima, fue producto de una decisión estatal en el cual la voluntad de los particulares no fue determinante, y su funcionamiento realizando actividades bancarias se ha basado en su ley y estatutos y no en las decisiones de los particulares”.*

en esta situación. Aunque, tal como se analizará en el apartado siguiente, en el caso de los Municipios sí existe una mayor habilitación legal para realizar actividades de naturaleza económica, como la administración de centros recreativos, cementerios y/o rastros de animales, así como la prestación de servicios fúnebres, en concurrencia con particulares, ya sea de forma directa o participando en sociedades de economía mixta<sup>72</sup>.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, la SC no ha sancionado casos en los que el ente denunciado sea un ente de la Administración Pública. Existe un caso en el que el sujeto denunciado fue el Municipio de Santa Ana, pero tal como se menciona más adelante en la parte dedicada a los sujetos excluidos, la denuncia fue declarada improcedente por tratarse de una actividad no sometida a la Ley de Competencia<sup>73</sup>.

Por otra parte, existen entidades que se encuentran integradas en la estructura orgánica del Estado, a diversos títulos, siendo el caso más común las instituciones autónomas, que pueden considerarse empresas públicas o estatales. Estas se regulan por su propia ley de creación y aunque el ordenamiento jurídico salvadoreño no proporcione una definición, algunas aparecen mencionadas como entidades autónomas y otras como empresas públicas o estatales<sup>74</sup>. En la Ley de Presupuesto General de la Nación para 2014, únicamente se consideran empresas públicas la Lotería Na-

---

72 Art. 4 del Código Municipal.

73 Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 del 8 de octubre de 2007.

74 A título de ejemplo, sobre las menciones a las empresas públicas en la legislación nacional, encontramos una de las referencias más relevantes en la Constitución de 1983, art. 195/4<sup>o</sup>.- *“La fiscalización de la Hacienda Pública en general y de la ejecución del Presupuesto en particular, estará a cargo de un organismo independiente del Órgano Ejecutivo, que se denominará Corte de Cuentas de la República, y que tendrá las siguientes atribuciones:...4a.-Fiscalizar la gestión económica de las Instituciones y empresas estatales de carácter autónomo y de las entidades que se costeen con fondos del Erario o que reciban subvención o subsidio del mismo”*.

cional de Beneficencia, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma<sup>75</sup>. La primera tiene el monopolio legal de las loterías en el país y las otras tres, son entidades rectoras de diversos servicios públicos.

En la práctica, son empresas públicas todas aquellas instituciones que, si bien están sometidas a un régimen de derecho público, no cumplen con finalidades o no realizan actividades de exclusiva potestad del Estado, dedicándose en cambio a la prestación de bienes y servicios de naturaleza económica<sup>76</sup>. A título de ejemplo, puede mencionarse el Banco Multisectorial de Inversiones, el Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada y el Centro Internacional de Ferias y Convenciones propiedad del Estado, los cuales en la práctica prestan una actividad económica, en competencia con sus homólogos privados, en el mercado de servicios financieros, la venta de productos farmacéuticos y la realización de eventos sociales, ferias y convenciones<sup>77</sup>.

75 Ley de Presupuesto General del Estado de 2014 (en [www.mh.gob.sv](http://www.mh.gob.sv)), donde además de los presupuestos específicos de los tres órganos del Estado y de las entidades autónomas, aparecen rubros específicos para las empresas públicas, donde se menciona únicamente a la Lotería Nacional de Beneficencia, la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa, la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma.

76 La Sala de lo Constitucional se ha referido indirectamente a este tipo de asociaciones en una sentencia relacionada con la protección de los recursos naturales, en el Amparo 242-2001 del 26 de junio de 2003, en los términos siguientes “... *la responsabilidad del Estado incluye la planificación y ejecución de programas que tiendan a la protección de los mismos –en los cuales participen el Estado y los particulares– e incluso el fomento y la participación activa en formas asociativas –v. gr., sociedades o asociaciones de interés público– que tengan por objeto incrementar la riqueza nacional mediante un mejor aprovechamiento de los recursos, tal como lo prescribe el art. 113 Cn.*”.

77 De conformidad con la Ley de Creación del Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, D.L. N. 278, del 14 de diciembre de 1984, publicada en el D.O. n. 15, tomo 286 del 22 de enero de 1985, se creó el Centro Farmacéutico de la Fuerza Armada, como institución autónoma, de derecho público que tienen por finalidad

También deben considerarse empresas públicas, aquellas entidades adscritas a una institución pública, aun cuando carezcan de personalidad jurídica propia, pero que realizan actividades económicas en el mercado en concurrencia con sujetos de derecho privado, bajo la influencia dominante del Estado, como por ejemplo los ex hoteles propiedad del Instituto de Previsión Social de la Fuerza Armada, ya que la prestación de servicios hoteleros, no son actividades conferidas exclusivamente al Estado, así como los diversos centros y facilidades turísticas propiedad del Estado que prestan actividades de esparcimiento para los empleados públicos, pero que en muchos casos son abiertos al público en general.

En el ámbito europeo, este tema goza de un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, mencionado al inicio del apartado. A título de ejemplo, entre la casuística emblemática, puede mencionarse que el tribunal de justicia y la comisión han sancionado varias veces a la entidad autónoma rectora de los monopolios de Estado en Italia, por la comisión de prácticas anticompetitivas, habiendo desarrollado en la sentencia del Tribunal Europeo del

---

el suministro de productos farmacéuticos y similares a los elementos de la Fuerza Armada. Sin embargo, en la práctica estas farmacias compiten con toda la gama de farmacias privadas que operan en el mercado nacional, puesto que ofrecen sus servicios al público en general. Por otra parte, el Banco Multisectorial de Inversiones se creó mediante su Ley de Creación, D.L. n. 856, del 21 de abril de 1994, publicada en el D.O. n. 98, tomo 323 del 27 de mayo de 1994, como institución pública de crédito para fomentar la inversión privada. No obstante ello, en la práctica también realiza una serie de actividades económicas en concurrencia con sujetos de derecho privado, ya que su misma normativa (art. 3), establece que deberá realizar operaciones financieras en condiciones de mercado y no en situación de *supra* ordenación a subordinación. Considere también la Ley del Centro Internacional de Ferias y Convenciones de El Salvador, DL n. 220, del 19 de enero de 2007, publicado en el D.O. 31, tomo 374 del 15 de febrero de 2007: *Art. 1.- "Créase el CENTRO INTERNACIONAL DE FERIAS Y CONVENCIONES DE EL SALVADOR, como Institución de derecho público que se podrá abreviar CENTRO DE FERIAS Y CONVENCIONES, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía económica, financiera y administrativa..."*.

16 de junio de 1987, caso C-118/85, *Comisión v. República Italiana*, importantes consideraciones sobre los entes que forman parte de la estructura del Estado: “...no importa si el Estado ejerce dichas actividades [económicas] a través de una entidad distinta sobre la que puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante según los criterios enumerados en el artículo 2 de la Directiva o las ejerce directamente a través de un órgano que forme parte de la Administración del Estado. En efecto, en este último caso, el hecho de que el órgano esté integrado en la Administración del Estado implica por axioma el ejercicio de una influencia dominante...”.

En El Salvador, la Superintendencia de Competencia solo ha conocido de un caso que involucre a una entidad autónoma del Estado, denunciada por la supuesta comisión de prácticas anti-competitivas, en el ámbito de las licitaciones abiertas a empresas aseguradoras<sup>78</sup>. La SC consideró que la inclusión de cláusulas que restrinjan *de facto* la competencia en procesos licitatorios no es una conducta punible conforme a la LC, pero sí una situación que debe ser ponderada y evitada anticipadamente por todas las instituciones públicas al momento de redactar las bases.

Independientemente de esas consideraciones, la denuncia fue declarada improcedente porque el sujeto denunciado ostentaba la calidad de institución pública convocante al proceso licitatorio y no la de competidor. Además, las situaciones invocadas como prácticas anticompetitivas no constituían violaciones a la ley. Al final, la SC no descartó la denuncia en atención a la calidad del agente económico denunciado, ni se pronunció sobre la aplicación de la Ley de Competencia a instituciones que integran la estructura orgánica del Estado, sino que concluyó que “*El mero*

---

78 Art. 1 Ley Orgánica del Banco de Desarrollo de El Salvador: “*Créase el Banco de Desarrollo de El Salvador, en adelante denominado “El Banco” o “El Banco de Desarrollo” como una Institución Pública de Crédito, autónoma, de duración indefinida, con personalidad jurídica y patrimonio propio*”.

*hecho de ser la entidad convocante y promotora del procedimiento de licitación no presume que BANDESAL posea tal condición en dicho mercado”, refiriéndose a la posición dominante y a su abuso, prohibido por ley*<sup>79</sup>.

#### 4.2 SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

En el segundo tipo de empresas estatales, encajan las que la legislación mercantil salvadoreña denomina sociedades de economía mixta (SEM). Se trata de sociedades que tienen forma mercantil, pero que están sometidas a un régimen especial, en virtud de la participación del Estado en la conformación de su capital o su accionario, incluyendo cierta regulación que fomenta el ejercicio de una influencia dominante de parte del Estado en los órganos de administración, ya que independientemente del porcentaje de su participación, aunque solo posea una acción, el Estado siempre tiene derecho a nombrar a un director<sup>80</sup>. Su capital puede estar integrado conforme a las más variadas proporciones entre participación pública y privada. Puede haber sociedades de economía mixta con participación mayoritaria de fondos públicos, pero también puede haber sociedades de economía mixta con par-

---

79 SC-41-/D/PS/R-2012 del quince de noviembre de 2012.

80 Incisos 1 y 3 del artículo 43 del C.Com. ELS: “*Son sociedades de economía mixta aquellas que, teniendo forma anónima, están constituidas por el Estado, el Municipio, las Instituciones Oficiales Autónomas, otras sociedades de economía mixta o las instituciones de interés público, en concurrencia con particulares... Las sociedades de economía mixta y las instituciones de interés público no son comerciantes sociales, pero les serán aplicables las disposiciones de este Código en cuanto a los actos mercantiles que realicen*”. Sobre este tema, en la escasa doctrina nacional, puede consultarse LARA VELADO, R., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2ª edición, San Salvador, 1972, págs. 105-107, quien explica que se trata de sociedades organizadas en forma privada, pero sometidas al imperio decisional del Estado. En virtud de esta particularidad, las entidades públicas que las integran gozan de ciertos privilegios que no se derivan del accionado poseído, sino de su vinculación al Estado.

ticipación mayoritaria de fondos privados, situación que puede incidir en quién tiene el control de la sociedad. En todo caso, ya sea se le considere una empresa pública, cuando esté bajo la influencia dominante del Estado o no, el inciso 1º del art. 2 de la LC establece que están sometidas a la normativa de competencia las “empresas de participación estatal”.

El Tribunal Europeo ha reconocido la aplicación de las normas de competencia a las entidades de economía mixta. A título de ejemplo, en un caso seleccionado por su poder ilustrativo, relativo a la adjudicación de contratos públicos por parte del Estado reconoce que la participación de privados en estas sociedades es un elemento al que debe prestarse especial atención, para evitar que por la vinculación del Estado a la sociedad de economía mixta, la accionista o accionistas privados se vean beneficiados y estén exentos de las reglas de competencia aplicables a los demás participantes en el mercado. En el caso *Stadt Halle y RPL Lochau C-26/03*, el Tribunal manifestó que: “... *la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores*”.<sup>81</sup>

En El Salvador se encuentran reguladas por el Código de Comercio y por la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, en la que se establecen algunos aspectos sobre la integración de los órganos de administración y las clases de acciones representativas de capital, en virtud de la participación del Estado en concurrencia con particulares<sup>82</sup>. A

81 Sentencia del Tribunal de Justicia del 11 de enero de 2005.

82 Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, aprobada

título de ejemplo, pueden mencionarse la Distribuidora Eléctrica de Usulután, S.E.M. (DEUSEM), Alba Petróleos, S.E.M., Manejo Integral de Desechos Sólidos (MIDES), S.E.M., La GEO S.A. de C.V. y el Banco Hipotecario de El Salvador, constituido como sociedad anónima, pero cuya naturaleza fue determinada jurisprudencialmente como de economía mixta por la influencia del Estado (Inconstitucionalidad 1-92/9-92 del 19 de julio de 1996). También a título de ejemplo, la Ley de General de Cementerios establece que los cementerios pueden ser municipales o públicos, privados y de economía mixta, estableciendo un sector de actividades en el que la titularidad expresamente puede ser de varias naturalezas, incluyendo de economía mixta<sup>83</sup>.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, la autoridad de competencia ha proveído algunos criterios en dos resoluciones de trámites que involucran a este tipo de agente económico. La primera, data de octubre de 2007 y la segunda de marzo de 2010. En la improcedencia proveída en el caso “MIDES”, en 2007, la Superintendente de Competencia abordó el tema de forma indirecta, al señalar que uno de los sujetos denunciados era el Municipio de Santa Ana. En la Resolución de 2010, la SC declaró reservada la identidad del ente público demandado.

En ambas resoluciones, la SC aprovechó para reiterar que el campo personal de aplicación de la LC está configurado por los sujetos descritos en el artículo 2 de la normativa de competencia, dentro de los cuales quedan incluidos sujetos estatales, que se

---

mediante Decreto Legislativo n. 236 del 6 de febrero de 1957, publicada en el D.O. n. 43, tomo 174, del 12 de marzo de 1957, en la que se consignan algunas de las facultades especiales de las que gozan los entes públicos que participan en estas sociedades, independientemente del porcentaje de su participación el capital. En los estudios nacionales, LARA VELADO, R., *cit.*, pág. 105-107, establece que cada una de estas sociedades se regulará también por su ley de creación y que en todo caso, las disposiciones especiales que regulan estas sociedades en las que tiene participación el Estado “*privan por su especialidad, sobre la normativa mercantil común*”.

83 Art. 3 Ley General de Cementerios de 1973.



dediquen a actividades económicas que no se encuentren exentas por el inciso segundo de esta disposición, como en el caso denunciado, en los términos siguientes: *“los sujetos que entran en tales supuestos son los únicos a los que podría imputárseles la comisión de prácticas anticompetitivas y, en consecuencia ser sancionados de acuerdo a los procedimientos y criterios previstos en la Ley de Competencia...según el artículo 2 incisos 1º y final de la Ley de Competencia, las entidades estatales pueden calificarse como agentes económicos en la medida que se dediquen directa o indirectamente a actividades económicas; pero excluye del conocimiento de la Ley de Competencia a las actividades económicas aludida en su artículo 2 inciso 2º”*<sup>84</sup>.

En la resolución de 2010, la SC agregó que las actividades que constituyan actos de autoridad y que no pueden considerarse actividad económica, no están sujetas a control de la autoridad de competencia nacional: *“De lo expresado por la denunciante se evidencia que las actuaciones atribuidas a xxxxxx conforman actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica por parte de xxxxxx. En consecuencia, no es competencia de esta Superintendencia revisar la validez de este tipo de actuaciones...”*<sup>85</sup>, tal como se expone en el apartado siguiente relativo a los sujetos excluidos.

Más recientemente, la SC sancionó a Alba Petróleos de El Salvador, sociedad por acciones de economía mixta de capital variable, por haber realizado actos constitutivos de una concentración económica sometida a control de la Superintendencia de Competencia sin haber solicitado la autorización requerida. En noviembre de 2013, se multó a Alba Petróleos de El Salvador luego de demostrar que omitió solicitar la autorización previa legalmente

84 Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 del 8 de octubre de 2007. Improcedencia SC-006/D/PS/NR-2010 del 3 de marzo de 2010.

85 Improcedencia SC-006/D/PS/NR-2010 del 3 de marzo de 2010.

requerida para la compra de nueve estaciones de servicio de la venta de productos derivados del petróleo. Además de la sanción, la SC ordenó a Alba Petróleos, entre otros, presentar en el plazo de 30 días hábiles, contados a partir del momento en que la sanción quedó firme, las solicitudes de autorización de las operaciones realizadas sin autorización, con el objeto de analizar si dichas operaciones limitaron significativamente la competencia<sup>86</sup>, por lo que si bien no se sancionó propiamente por una práctica anti-competitiva, sí se reconoció el sometimiento de esta categoría de sujetos a la LC.

#### 4.3 SOCIEDADES DE DERECHO PRIVADO BAJO LA INFLUENCIA DOMINANTE DEL ESTADO

Esta categoría incluye a algunas de las entidades cuya calificación como empresa pública puede ser más polémica en nuestro país, donde todavía hay resistencias a aceptar el predominio de la realidad sobre la forma de una sociedad<sup>87</sup>, a diferencia de sistemas como España donde la legislación regula la existencia y determina la naturaleza de las “sociedades mercantiles estatales”, como se denominan en ese país<sup>88</sup>. Con base en la definición doctrinaria y jurisprudencial analizada al inicio de este gran apartado, que establece que son empresas públicas los organismos sometidos a una influencia dominante del Estado, la doctrina mayoritaria incluye en esta categoría, diversas formas asociativas que, adop-

86 SC-026/0/PS/R-2013 del 13 de noviembre de 2013.

87 [http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota\\_completa.asp?idCat=47861&idArt=8273584](http://www.elsalvador.com/mwedh/nota/nota_completa.asp?idCat=47861&idArt=8273584) donde puede leerse que a pesar de ser una entidad constituida con casi 100% de fondos públicos, se discute todavía, por ejemplo, las potestades fiscalizadoras de la Corte de Cuentas de la República.

88 Entre las más relevantes: Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y Ley 33/03 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas.

tan formas de derecho privado, como las sociedades anónimas reguladas por el Código de Comercio y que se dedican a la prestación de bienes o servicios de naturaleza económica, pero que son financiadas con un capital casi 100% público<sup>89</sup>. A diferencia de las entidades que la Ley de Presupuesto General de la Nación denomina empresas públicas, estas sociedades no son creadas por ley, sino que su constitución obedece a las reglas del Código de Comercio y salvo por la fiscalización de sus fondos, están en todo sometidas a las reglas de derecho privado.

Se trata de sujetos que deberían actuar en el mercado en igualdad de condiciones frente las organizaciones privadas. Las empresas del Estado bajo formas de derecho privado desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, es decir, acti-

---

89 Sobre el tema de la participación estatal en actividades económicas, los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional que encontramos están relacionados con la prestación de los servicios públicos, en los cuales el Tribunal se ha pronunciado en forma muy indirecta sobre la participación de entidades estatales en actividades económicas. Sobre las formas de gestión de los servicios públicos, Inc. 4-97/7-97 pronunciada el 26 de agosto de 1998, publicada en el D.O. n. 168, tomo 340 del 10 de septiembre de 1998, donde el Tribunal ha manifestado que “...*Sobre la titularidad del sujeto que presta el servicio público, precisamente por el carácter general de la necesidad o interés a satisfacer, en un primer momento de la evolución de dicha noción se entendió que solo podía ser prestado por el Estado, o por entes públicos. Sin embargo, actualmente la práctica en la gestión de los mismos demuestra que puede adoptarse varias modalidades, atendiendo a la participación más o menos directa de la Administración; así, planteada una clasificación de la gestión del servicio público basada en tal criterio, la misma puede ser: directa, indirecta y mixta*”. En la Inc. 2-2002, la SCN ha manifestado que los servicios públicos prestados por el Estado constituyen actividad económica, en los términos siguientes: “*En cuanto a la relación que guardan la libertad económica y la libertad de contratación con el régimen de los servicios públicos, cabría señalar que, si bien la prestación de los mismos pertenece originariamente al Estado –y por ello podría pensarse que están excluidos totalmente del ámbito de protección de dichas libertades– tales servicios constituyen en su esencia actividades de tipo económico, por lo que sí estarían cubiertas por la libertad económica y la de contratación, aunque con un nivel de regulación y de limitación mucho más intenso que el permitido para el resto de actividades de esa naturaleza*”.

vidades similares a aquellas que de ordinario ejercen los particulares. Sin embargo, al igual que toda actividad del Estado o financiada con fondos públicos, la constitución de estas sociedades debe estar justificada en la persecución de un interés colectivo o general. A diferencia de las sociedades de economía mixta, donde la participación del Estado es visible y reconocida, en este segundo tipo de sociedades, la participación del Estado es menos visible, pero muchas veces más intensa que en las SEM.

En la Unión Europea, la aplicación del derecho de competencia a este tipo de sociedades y su clasificación como empresa pública, no se cuestiona. En un caso muy reciente, asunto C-553/12 resuelto el 17 de julio de 2014, *Comisión Europea v. DEI y República Helénica*<sup>90</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conoció un recurso de casación que involucraba a una distribuidora eléctrica griega, constituida como sociedad anónima, pero con capital público mayoritario y al Gobierno griego. Además de resolver la posible violación a las normas de competencia europeas, por el otorgamiento de una licencia exclusiva de exploración y explotación del lignito por parte del Gobierno y por abuso de posición de dominio, por parte de la empresa eléctrica, el TJCE manifestó que la sociedad anónima DEI era una empresa pública.

En todo caso, el análisis de este tipo de sujetos constituye un tema complejo, cuyo examen detallado trasciende los fines y alcance de este estudio. Sin embargo, es necesario abordarlo desde la perspectiva del derecho de competencia para determinar si se trata de sujetos sometidos o excluidos de su aplicación. En El Salvador, esta categoría de sujetos no es común, pero encontramos varios casos en el sector eléctrico, en el cual luego de autorizarse la privatización y reestructuración de la autónoma nacional, se crearon sociedades como Inversiones Energéticas Sociedad Anónima de Capital Variable (INE) y la Empresa Transmisora

---

90 DEI: Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE.

de Energía Salvadoreña, Sociedad Anónima (ETESAL), que si bien se han constituido como personas de derecho privado, su accionariado está casi integralmente en manos de sujetos de derecho público<sup>91</sup>. En la práctica, la forma asociativa adoptada es un mero cascarón, ya que se trata esencialmente de sociedades unimembres, por ser el Estado el único dueño de casi todas o de todas sus acciones y por estar en manos de un único titular en su mayoría. Una sociedad privada de capital íntegramente público es una personificación estrictamente instrumental.

La vinculación al Estado puede advertirse claramente en los informes financieros de Hidroeléctrica Ejecutiva del Río Lempa (CEL), entidad autónoma de derecho público, integrada en la estructura orgánica del Estado, quien al momento de presentar su propio informe de rendición de cuentas anual, presenta los informes correspondientes a estas sociedades, así como a otras dos, bajo la denominación de “subsidiarias de CEL”, resaltando que, además de una participación accionaria cuasi mayoritaria, CEL detenta amplios poderes de dirección e influencia en las sociedades de derecho privado, elementos constitutivos de las empresas públicas<sup>92</sup>.

Independientemente de estas consideraciones aclaratorias sobre su naturaleza jurídica real y no meramente formal, y sobre su inclusión doctrinaria en la categoría de empresas públicas, su sumisión a la normativa de competencia no debería presentar ningún problema práctico, puesto que atendiendo tanto a su forma como a su realidad, constituyen sujetos sometidos. Si se les considera sociedades mercantiles, están obligadas a competir y a cumplir con toda la normativa de competencia igual que cualquier otra sociedad mercantil. Si se califican como empresas públicas,

---

91 En el caso de la INE, como de ETESAL, más del 99% de las acciones pertenecen a CEL y han sido suscritas con fondos públicos.

92 [http://www.cel.gob.sv/index.php?option=com\\_content&view=article&id=519&Itemid=213](http://www.cel.gob.sv/index.php?option=com_content&view=article&id=519&Itemid=213)

dada la influencia dominante del Estado, también están obligadas a competir, ya que no están cubiertas por ninguna de las excepciones que se analizan a continuación. A la fecha de cierre de este estudio, la SC no se ha pronunciado sobre casos que involucren a esta tipología de sujetos.

## 5. SUJETOS EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

En la mayor parte de ordenamientos jurídicos afines al nuestro, las normas de competencia incluyen un régimen de actividades exentas o de sujetos inmunes a su aplicación. La Ley de Panamá contiene un régimen muy similar, pero más amplio que el nuestro<sup>93</sup>. A título de ejemplo, sin hacer distinción respecto de la calidad del sujeto, Costa Rica exceptúa a los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y al igual que Chile, tampoco extiende la normativa de competencia a los monopolios creados por ley<sup>94</sup>. Honduras, Nicaragua y México exoneran los convenios, acuerdos o asociaciones de tipo laboral<sup>95</sup>. España tampoco hace

---

93 El inciso primero del art. 3 de la Ley de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición de 2007, señala que la ley no es aplicable a las actividades económicas que la Constitución y la Ley reservan a favor del Estado (el texto es prácticamente idéntico al inciso segundo del artículo 2 de nuestra ley), aunque en tres incisos adicionales, el régimen de exclusiones sea más extenso y detallado.

94 Art. 9 de la Ley de Promoción de Competencia y del Consumidor de Costa Rica de 1995 en cuyos literales a) y b), se exceptúan los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión y los monopolios del Estado creados por ley, los cuales en lo pertinente disponen: "...*Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título: a. Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión los términos que señalen las leyes... b. Los monopolios del Estado creados por Ley...*". El art. 4 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile de 2005, autoriza los monopolios creados por ley.

95 Art. 5 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, en el que se exceptúan de su ámbito de aplicación los convenios colectivos de trabajo; art. 4 de la de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua de 2006, en el cual se exceptúan las actividades sindicales, los derechos de propiedad

distinción en razón del sujeto, exceptuando únicamente las actividades exentas por ministerio de ley<sup>96</sup>. La ley uruguaya basa su sistema en la protección del interés general<sup>97</sup>. La ley paraguaya, la más reciente de nuestro continente, no contiene exclusiones de tipo subjetivo, sino que únicamente hace referencia a los derechos, prerrogativas y facultades excepcionales, otorgados por ley<sup>98</sup>.

El texto de la ley salvadoreña ha configurado un régimen de excepciones a partir de criterios objetivos, descritos en el inciso 2° del artículo 2 LC, puesto que la exclusión se construye en beneficio de determinadas actividades y no de determinados sujetos. Sin embargo, hemos abordado este tema desde una perspectiva subjetiva porque en realidad, la excepción prevista en este inciso también contiene elementos que atienden a la calidad del sujeto, puesto que menciona a los entes públicos, que realicen una actividad económica que les ha sido atribuida en forma exclusiva, en virtud de alguna disposición constitucional o legal:

Inc. 2° del art. 2 LC: *“No obstante lo anterior, esta Ley no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los Municipios. En lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y depen-*

---

intelectual y en forma excepcional, los acuerdos entre empresas que tengan por efecto la promoción de las exportaciones, mientras no causen efectos en el mercado interno); y los artículos 4, 5 y 6 de la Ley Federal de Competencia de México de 1992, exceptúan las funciones que ejerce el Estado de manera exclusiva de conformidad con el artículo 28 de la CN, las asociaciones de trabajadores, los privilegios temporales concedidos a los autores y artistas y las asociaciones o sociedades cooperativas que con el fin de promover el desarrollo regional, vendan sus productos en el extranjero.

- 96 En el art. 4 de Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, se enumeran las conductas exentas en virtud de una disposición legal.
- 97 Art. 2 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007, en el que se exoneran de la aplicación de la ley todas las limitaciones establecidas por ley en razón del interés general.
- 98 Numeral 4° del art. 2 de la Ley 4956 de Defensa de la Competencia de 2013.

*dencias del Estado y los Municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley”.*

De la lectura del inciso en referencia, podemos constatar que, si bien la ley se refiere a actividades exceptuadas, en realidad para que pueda configurarse la excepción o la inmunidad frente a la aplicación de la Ley de Competencia, debe cumplirse una condición subjetiva y una objetiva. La primera, establece que la excepción es únicamente aplicable al Estado y a los Municipios, en su dimensión institucional: las entidades que forman parte de la Administración Pública Central y las que integran las Administraciones Locales. La segunda condición dispone que la actividad económica exenta sea prestada en régimen de exclusividad, en virtud de una habilitación constitucional o legal.

Cabe precisar que esta opción en materia de exclusiones, refleja una combinación de los dos modelos más relevantes estudiados, pero mostrando mayor afinidad con el modelo europeo. En el modelo norteamericano, el criterio determinante es eminentemente subjetivo, puesto que tal como apuntamos anteriormente, los entes públicos gozan de una inmunidad casi generalizada frente a la aplicación del derecho *antitrust*, aunque con el fin de proteger otros intereses de política económica, también se exceptúen varios sectores de actividades económicas específicas<sup>99</sup>.

---

99 SULLIVAN, L.A. y GRIMES, W.S., *cit.*, págs. 755 y ss., quienes explican que en EE.UU., el Congreso ha modificado o exonerado de la aplicación del derecho *antitrust* a algunos sectores económicos con el fin aplicar exclusivamente la regulación correspondiente o de favorecer un resultado económico determinado. Estos autores mencionan que se encuentran exceptuados los mercados de valores, energía, sindicatos, seguros, atletas profesionales, sectores agrícolas y asociaciones de pescadores. En sentido similar, AREEDA, P. y KAPLOW, L., *cit.*, págs. 106 y ss., quienes también enumeran las actividades exentas de la aplicación de la normativa *antitrust*, entre las cuales incluyen las asociaciones agrícolas y de pescadores, los sindicatos y, ciertos aspectos de algunos sectores regulados como las telecomunicaciones y el transporte. En sentido idéntico, GELLHORN, E., y otros, *cit.*, págs. 568-583, también incluyen esta misma referencia a las actividades exentas de la aplicación del derecho *antitrust* por razones de política industrial o de prevalencia de la normativa sectorial.



En la Unión Europea, en tanto los sujetos de derecho público intervienen en el mercado, se encuentran sometidos a la aplicación de las normas de competencia, con contadas excepciones, basadas en el ejercicio de potestades de imperio o de funciones de tipo social. Los sujetos que cumplen con actos de poder público o con atribuciones de solidaridad social, no se reputan empresas a efectos del derecho de la competencia europeo, ya que se considera que las actividades relacionadas con las facultades de imperio y las atribuciones derivadas de la solidaridad social no son actividades económicas<sup>100</sup>.

La doctrina de la exclusión de los actos de imperio fue asentada en ese sistema por el fallo dictado por el TJCE en la consulta prejudicial planteada por la Corte de Casación Belga, para que el TJCE interpretara los artículos 86 y 90 del Tratado CEE, en el

---

100 CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, cit., 2003, pág. 335, quienes apuntan que si bien en el derecho europeo de la competencia, el concepto de empresa o de sujetos sometidos a su ámbito de aplicación es muy amplio, deben considerarse ajenos a la esfera de los intercambios económicos a los organismos que desempeñen funciones basadas en la solidaridad social y en las prerrogativas de imperio del Estado. En sentido similar, MUÑOZ MACHADO, S., cit., pág. 156 y ss., apunta que en el ámbito europeo existe una aplicación extensiva de las reglas de competencia a todos los operadores económicos que puedan enmarcarse en el concepto de empresa –pública y privada– pero que desde una aproximación negativa del concepto, excluye de la aplicación de las normas de competencia a los sujetos que ejercen funciones de autoridad y a los que prestan atenciones que pueden enmarcarse en actividades de solidaridad pública. En sentido similar, SIGNES DE MESA, J.I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)”, en *RDM* n. 262, 2006, págs. 1454 y 1455, quien también expone que las actividades ligadas a las prerrogativas del *ius imperium* del Estado o las actividades a través de las cuales los organismos del Estado cumplen con una función de carácter social, quedan excluidas de la calificación de actividad económica. En el Rapport Public 2002 du Conseil d’Etat francés, *Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002, pág. 227 y ss., también se hace referencia a esta misma postura, apuntando que en la jurisprudencia del TJCE se encuentran dos excepciones al concepto de empresa pública: los organismos públicos que ejercen prerrogativas de imperio y los que tienen misiones de tipo social, porque se considera que no ejercen actividades propiamente económicas.

caso *SAT Fluggesellschaft Mbh v. Eurocontrol*, donde el Tribunal concluyó que las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, no constituyen actividades económicas y están excluidas de la aplicación de las normas europeas sobre competencia. Esta postura ha sido confirmada en abundante jurisprudencia del TJCE y aun se encuentra vigente<sup>101</sup>.

En sentido similar, la jurisprudencia del TJCE también ha exceptuado de la aplicación del derecho de competencia, a las entidades que cumplen con atribuciones vinculadas con la solidaridad social, como las prestaciones relacionadas con la seguridad social de la población. Estas actividades se derivan de la obligación que compete al Estado de asegurar la subsistencia de su población conforme a un mínimo de condiciones, por lo que a efectos del derecho de competencia, los entes estatales que cumplen con atribuciones derivadas de la solidaridad social no se consideran empresas, ya que este tipo de funciones tampoco encajan en la categoría de actividades económicas<sup>102</sup>.

---

101 STJCE del 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft Mbh v. EUROCONTROL*, donde el Tribunal Europeo manifestó que “*Tomadas en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, se vinculan al ejercicio de prerrogativas relativas al control y a la policía del espacio aéreo, que son prerrogativas típicas del poder público. No tienen un carácter económico que justifique la aplicación sobre la competencia del Tratado*”. Esta doctrina fue luego confirmada en la sentencia pronunciada por el TJCE del 18 de marzo de 1997, asunto C-343/95, *Diego Calí & figli Srl v. Servizi Ecologici del Porto di Genova*, donde en un caso que involucraba funciones de protección medioambiental, el TJCE manifestó que las actividades relativas a la protección del medio ambiente son prerrogativas típicas de los poderes públicos que no presentan carácter económico que justifique la aplicación de las normas de competencia previstas por el Tratado.

102 Sobre este tema, STJCE del 17 de febrero de 1993, asuntos C-159/91 y C-160/91, *Poucet vs. Assurances Générales y Caisse Mutuelle du Languedoc-Roussillon y Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation*, donde el Tribunal manifestó que “*las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa*.”

En la normativa de competencia salvadoreña la exclusión abarca dos realidades: actividades económicas realizadas en régimen de exclusividad por entes estatales y actividades que no califiquen como económicas, también realizadas por entes estatales. En el primer supuesto encajan las instituciones que integran la administración estatal y las administraciones municipales, así como también a las entidades autónomas y las empresas públicas, en tanto realicen actividades económicas que les han sido conferidas con exclusividad, porque se entiende que integran de una u otra forma la estructura estatal. A título de ejemplo, podemos mencionar la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA), que tiene a su cargo la administración, explotación, dirección y ejecución de las operaciones portuarias en todos los puertos de la República no sometidos a un régimen especial y la Lotería Nacional de Beneficencia (LNB) a quien corresponde en forma exclusiva las actividades económicas que recaigan dentro de la clasificación de loterías<sup>103</sup>.

---

*Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que por lo tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado". Cabe precisar que este criterio ha sido reiterado en jurisprudencia reciente: vg. STJCE del 22 de enero de 2002, asunto C-218/00, *Cisal v. INAIL* y sentencia del 10 de noviembre de 2005, asunto C-205/03, *FENIN*.*

103 A título de ejemplo cabe mencionar que la Ley de Presupuesto General del Estado 2014, establece que tanto, CEPA como la Lotería Nacional de Beneficencia – LNB– son empresas públicas 100% estatales. De conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Comisión Portuaria Autónoma, le corresponde la administración, explotación, dirección y ejecución de las operaciones portuarias en todos los puertos de la República no sometidos a un régimen especial, así como las actividades relacionadas con el almacenamiento de mercadería de exportación e importación, así como todo el manejo del sistema ferroviario nacional. En materia de loterías, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia, aprobada con D.L. n. 3129 del 12 de septiembre de 1960, publicada en el D.O. n. 176, tomo 188 del 23 de septiembre de 1960, establece que el negocio de lotería en este país, es exclusivo de la LNB, por lo que queda prohibido su ejercicio a cualquier otra persona natural o jurídica, de derecho público o privado.

En atención al texto del artículo 2 LC, en el que se establece que la ley se aplica a todos los agentes económicos u organismos de cualquier tipo que tengan participación en las actividades económicas, en el segundo supuesto, encajan los entes del Estado central y los Municipios, cuando realicen actividades prestadas en régimen de exclusividad o cuya naturaleza no califique como económica.

A la vista de lo expuesto, el contenido del artículo bajo examen muestra una postura similar a la regulación europea, puesto que por una parte, las potestades de imperio forman parte de las facultades exclusivas del Estado y por otra, las atribuciones de solidaridad social que el Estado salvadoreño ejerce en función de un mandato constitucional o legal, derivado del régimen social y personalista que lo caracteriza y que se encuentra garantizado en la Constitución de 1983, no constituyen actividades económicas<sup>104</sup>.

Hasta la fecha de conclusión de este estudio, existen dos pronunciamientos de SC de los que puedan deducirse algunos

---

104 Sobre el Estado social en El Salvador, inciso tercero del artículo 1 de la CN de 1983 y en especial forma la sentencia de amparo 241-2001 y la Inc. 9-2003. En la bibliografía nacional, puede consultarse MAGAÑA, A., “El Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, pág. 81, donde este autor expresa que “a partir de 1950, las últimas Leyes Constitucionales Salvadoreñas, concretan principios característicos de un Estado con clara orientación social”. Sobre este mismo tema, SOLANO RAMÍREZ, M.A., *Derecho Constitucional de El Salvador*, tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1ª edición, San Salvador, 2006, pág. 48 y 51, considera que si bien del texto de la Constitución de El Salvador se deduce que Estado es un Estado Social, en realidad los derechos sociales carecen del desarrollo y de la protección constitucional necesaria para hacer de la letra una realidad. Por su parte, BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1ª edición, San Salvador, 1992, pág. 1048, manifiestan que la Constitución de 1950 fue criticada de “hibridez ideológica debido a la coexistencia de instituciones, unas que pertenecen al Estado Social de derecho y... otras propiamente liberales”.

criterios que permitan precisar el contenido de las exclusiones previstas por el inciso segundo del artículo 2 LC. En el primero, declaró improcedente una denuncia presentada en contra de la Alcaldía Municipal de Santa Ana y de un concesionario privado, porque la SC manifestó que reconoce que los Municipios se encuentran sometidos a la Ley de Competencia cuando realizan actividades económicas, pero que tratándose de actividades que impliquen el ejercicio de facultades que las leyes les confieren en forma exclusiva, las mismas deben entenderse excluidas del ámbito de aplicación de la ley, puesto que constituyen actividades relacionadas con potestades inherentes al Estado, que no se ejercen en régimen de competencia con otros agentes económicos, en los términos siguientes: *“Por ello, la prestación de ese servicio es una actividad reservada a los Municipios... Por lo que se determina que en el presente caso la Ley de Competencia no es aplicable al Municipio de Santa Ana en lo que se refiere al tratamiento y disposición de desechos sólidos, por cuanto el ejercicio de la actividad económica referida en el mencionado servicio encaja en las exclusiones prescritas en el artículo 2 inciso 2° de la Ley de Competencia, en el sentido que se trata de una actividad económica reservada exclusivamente a los Municipios”*<sup>105</sup>.

De conformidad con este pronunciamiento, deben considerarse exentos de la aplicación de la Ley de Competencia, aquellos sujetos que realicen en forma exclusiva actividades económicas que la Constitución o las leyes reservan al Estado. En el caso bajo examen, la SC manifiesta que el servicio de recolección de desechos sólidos, puede calificarse como servicio público inherente al Municipio, por constar entre los servicios municipales sujetos al pago de una tasa, de conformidad con la correspondiente orde-

---

105 Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la superintendente de competencia del 8 de octubre de 2007.

nanza municipal<sup>106</sup>, aun cuando, como en el caso examinado, el servicio sea prestado por un concesionario privado<sup>107</sup>.

No obstante ello, la SC separa las consideraciones relativas al Municipio de las consideraciones relativas al concesionario privado. En este pronunciamiento, se reconoce que el otorgamiento de una concesión de un servicio en forma exclusiva genera a favor de su titular una posición dominante en el mercado<sup>108</sup>. Sin embargo, la SC también declara la improcedencia de la denuncia

---

106 Esta decisión podría ser cuestionada en virtud de las sentencias que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre la naturaleza, titularidad y modalidad de ejercicio de los servicios públicos. Al respecto, Inc. 44-2003 del 19 de abril de 2005, publicada en el D.O. n. 82, tomo 67 del 3 de mayo de 2005, en los que la Sala señaló que: “...A partir de los mencionados elementos, puede conceptuarse el servicio público, desde un enfoque descriptivo, y atendiendo a su naturaleza jurídica, como la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales, cuya gestión puede ser realizada por el Estado en forma directa, indirecta o mixta, sujeta a un régimen jurídico que garantice continuidad, regularidad y generalidad”. En sentido idéntico, véase también las sentencias de habeas corpus 18-2005 del 25 de agosto de 2005 y 65-2004 del 24 de junio de 2005; y, el auto de sobreseimiento proveído en el amparo 242-2003 Ac., el 6 de enero de 2005, donde también se desarrolla el tema del servicio público.

107 Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la superintendente de competencia del 8 de octubre de 2007, donde sobre el tema de los concesionarios, el CDSC manifestó que “De esta manera, se observa que las actividades económicas realizadas por los Municipios pueden ser prestadas por ellos mismos, o en su defecto, pueden facultar a un tercero para que preste tal servicio. Dicho tercero puede ser una entidad de carácter municipal o un particular... A partir de tal disposición es válido sostener que cuando la Administración Pública da en concesión un servicio público, el concesionario es quien participa como proveedor del servicio, mientras que el Estado, por su parte se desvincula de su participación como prestador para dedicarse a vigilar y a controlar las actuaciones del concesionario...”.

108 Sobre el tema de las concesiones públicas puede consultarse ESCOLÁN SUAY, C., “Competencia en los procesos de concesiones”, Ensayos de Competencia, art. 02-08 (en [www.sc.gov.sv](http://www.sc.gov.sv)), en el cual la Superintendente de Competencia manifestó que dado que las concesiones se conceden generalmente en el mercado salvadoreño con carácter monopólico, también es importante que el proceso de otorgamiento de las mismas, sea de carácter competitivo. Debe garantizarse que participen el mayor número de agentes posibles, para que se produzca lo que en la ciencia económica se denomina “competencia por el mercado”.

respecto del operador privado prestador del servicio, porque no existen elementos que demuestren que ha existido un abuso de dicha posición, no porque haya ampliado el régimen de excepciones al concesionario privado<sup>109</sup>.

Casi tres años después, en un pronunciamiento extremadamente breve, la Superintendencia de Competencia declaró improcedente una denuncia en contra de una entidad estatal cuya identidad aparece resguardada en la resolución que pone fin a la investigación, porque las actuaciones denunciadas constituyen actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica, en los términos siguientes: *“De lo expresado por la denunciante se evidencia que las actuaciones atribuidas a xxxx conforman actos de autoridad y no actos que sean manifestación de una actividad económica por parte de xxx. En consecuencia, no es competencia de esta Superintendencia revisar la validez de este tipo de actuaciones y, por ello, habrá que declarar improcedente la denuncia presentada”*<sup>110</sup>.

109 Improcedencia SC-011-D/PA/NR-2007 pronunciada por la superintendente de competencia del 8 de octubre de 2007, donde la SC agrega que *“Desde la perspectiva trazada, puede concluirse que efectivamente PRESYS, ostenta una posición de dominio en la prestación del servicio de tratamiento y disposición de basura, en el Municipio de Santa Ana; sin embargo, dicha circunstancia obedece a la relación contractual existente entre ambas personas jurídicas, pues aun cuando la mera suscripción del contrato, confiere una posición de dominio a PRESYS (circunstancia que no es sancionable), ello no supone un abuso de la misma. Así no habiéndose señalado otra conducta que evidencie el abuso de la posición dominante por parte de PRESYS, deberá también declararse sin lugar por improcedente la denuncia interpuesta por MIDES”*. No obstante ello, para concluir la SC manifiesta que *“considera oportuno remitir el informe realizado por las Intendencias Legal y Económica de esta institución, para que el Consejo Directivo examine los resultados de las investigaciones y, si lo considere necesario, emita las correspondientes recomendaciones de política pública”*. Cabe precisar que esta resolución fue confirmada el 15 de noviembre de 2007, por el CDSC, luego de haber conocido en un recurso de revisión.

110 Improcedencia SC-006-D/PS/NR-2010, pronunciada por el Superintendente de Competencia del 3 de marzo de 2010 (La identidad del denunciado fue tachada de la resolución por la Superintendencia de Competencia).

En este orden de ideas, concluimos que la excepción establecida en el inciso 2° del artículo 2 de la Ley de Competencia, solo es aplicable a las actividades que la Constitución o la ley confieren al Estado o a los Municipios, cuando estas sean ejercidas por las entidades estatales, pero no cuando sean llevadas a cabo por entes privados en régimen de concesión.

El lenguaje del artículo es claro ya que establece que la excepción solo opera en presencia de un requisito subjetivo y otro objetivo. Si bien la parte inicial del inciso 2° del artículo 2 establece que debe tratarse de una actividad que la Constitución o las leyes confieren al Estado o a los Municipios en forma exclusiva, la parte final aclara que la excepción solo es aplicable a los sujetos de derecho público que integren, la estructura orgánica del Estado central o a los Municipios.

Los concesionarios privados no encajan en este supuesto porque carecen del elemento subjetivo, por lo que concluimos que estos sujetos sí quedan sometidos a la normativa de competencia nacional, aun cuando ejerzan una actividad reservada al Estado o a los Municipios, puesto que tal como prescribe la parte final de esta disposición solo los entes públicos pueden considerarse excluidos.

San Salvador, agosto 2014.



## BIBLIOGRAFÍA

- American Bar Association Antitrust Law Section  
*Antitrust Law Developments*, 6<sup>th</sup> edition, Chicago, 2007.
- Antitrust Compliances: Perspectives and resources for corporate counselors*, 2006.
- ALONSO SOTO, R., “Derecho de la Competencia (I): Introducción y Derecho Comunitario”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid. 2006, 273-296.
- “Derecho de la Competencia (II): Defensa de la Libre Competencia en España”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 2<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid. 2006, 297-333.
- ALONSO UREBA, A., *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- AREEDA, P. AND KAPLOW, L., *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, Aspen Casebook, 6<sup>th</sup> edition, Aspen, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G. y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, 3<sup>a</sup> edición, Granada. 2004.
- ARRIETA DE CARSANA, L., *Regulación de los acuerdos entre competidores en El Salvador*, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1<sup>a</sup> edición, San Salvador. 2012.
- BAÑO LEÓN, J.M., *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho Español de la Competencia*, McGraw-Hill, Madrid. 1996.
- BARR, F., “Common Horizontal Agreements”, in Bellamy, C. and Child, G., *European Community Law of Competition*, edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6<sup>th</sup> edition. 2008.
- BAUER, J.P. “Professional Activities and The Antitrust Laws”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 50, 1974-1975, 570-602.
- BERTRAND GALINDO, F. y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 1<sup>a</sup> edición, San Salvador. 1992.

- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid. 2003.
- CARBONELL PORRAS, E., “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras varias ¿Convenio o contrato administrativo?”, en *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte*, coordinado por SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Granada, 2001, 377-394.
- COLOMA, G., “Fusiones y adquisiciones en mercados con empresas públicas y privadas”, Paper N° 27, publicado por Berkeley Program in Law & Economics, University of Berkeley, año 2006, (en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/27>).
- ESCOLÁN SUAY, C., “Competencia en los procesos de concesiones”, Ensayos de Competencia, art. 02-08 (en [www.sc.gov.sv](http://www.sc.gov.sv))
- EVANS, D. and BLEIBERG, B., “Antitrust Developments in Trade Associations and Competitor Collaborations”, in *The Antitrust Review of the Americas*. 2012, 30-35.
- GAMIR CASARES, L., “El proceso de transformación de la empresa pública”, en *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, n. 811, publicación del Ministerio de Economía y Competitividad español, Madrid. 2003, 221-234.
- GEDDES, R.R., “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”, en *Competing with the Government*, Hoover Press, California. 2004, 27-58.
- GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5<sup>th</sup> edition, Los Ángeles. 2004.
- Hannay, W.M., *Designing an Effective Compliance Program*, vol. 11, Corporate compliances series, West. 2008.
- HAYS, J.S., and RATZKIN, J.L., Trade Associations Practices and Antitrust Law, en *Harvard Business Review*, summer. 1947, vol. 2, 501-520.
- ILLESCAS, R., “El campo de aplicación del Derecho de la Competencia: los instrumentos jurídicos de la aplicación” en BENEYTO PÉREZ,

- J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ-ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona. 2005, 109-171.
- KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart, 9<sup>th</sup> edition, Oxford. 2007.
- KOLASKY, W., “Antitrust and the Liberal Professions: The U.S. Experience” (en [www.eui.it](http://www.eui.it)).
- LARA VELADO, R., *Introducción al Derecho Mercantil*, 2ª edición, San Salvador. 1972.
- MAGAÑA, A., “El Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Revista de Ciencias Jurídicas* n. 2, año 1, Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador, San Salvador, enero 1992, 79-108.
- MARTIN RETORTILLO, B.S., *Derecho Administrativo Económico I y II*, La Ley, Madrid, 1991.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado: los fundamentos*, Civitas, Madrid. 1998.
- PACE, L.F., *Derecho Europeo de la Competencia: Prohibiciones Antitrust, control de concentraciones y procedimientos de aplicación*, Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2007.
- PELLISÉ CAPELL, J., *Mercado relevante, posición de dominio y otras cuestiones que plantean los artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra. 2002.
- PIERCE, R.J., JR. and GELLHORN, E., *Regulated Industries In a Nutshell*, West Group, 4<sup>th</sup> edition, St. Paul. 1999.
- POSNER, R.A., *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2<sup>nd</sup> edition, Chicago. 2001.
- ROSE, V. and ROTH, P., “Article 81 (1)”, en Bellamy, C. and Child, G., *European Community Law of Competition*, Edited by Peter Roth and Vivien Rose, Oxford University Press, 6<sup>th</sup> edition. 2008, 91-107.
- SAPPINGTON, D.E.M. and SIDAK, J.G., “Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities”, in Geddes,

- R.R., *Competing with the Government*, Hoover Press, California. 2004, 1-25.
- SCHERER, F.M. AND ROSS, D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Co., 3<sup>rd</sup> edition, Princeton. 1990.
- SIGNES DE MESA, J.I., “Liberalización de monopolios públicos: un balance (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)”, en *RDM* n. 262, 2006, 1447-1488.
- SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Random House Inc., New York. 1937.
- SOLANO RAMÍREZ, M.A., *Derecho Constitucional de El Salvador*, tomo 4: El Estado Social y Democrático de Derecho, Colección Jurídica editada por la Universidad Tecnológica de El Salvador, 1<sup>a</sup> edición, San Salvador. 2006.
- STIGLITZ, J., *Economía del sector público*, traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharía, Bosch, 2<sup>a</sup> edición, Barcelona. 1997.
- SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2<sup>nd</sup> edition, Los Ángeles. 2006.
- TERRY, L.S., “The Future Regulation of the Legal Profession: The Impact of Treating the Legal Profession as “Service Providers””, en *Journal of the Professional Lawyer*. 2008, 189-211.
- TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Marcial Pons, Madrid. 1997.
- VAN BAEL, I., *Competition Law of the European Community*, Van Bael & Belis, 4<sup>a</sup> edición. 2005.
- VICENT CHULIÁ, F., “Poderes públicos y Derecho de la Competencia”, en *Revista General de Derecho*, Madrid. 1993, 3313-3378.
- WISH, R., *Competition Law*, Oxford, 6<sup>th</sup> edition. 2008.

## OTROS DOCUMENTOS

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport Public 2002, Collectivités Publiques et Concurrence*, Etudes et Documents, n. 53, Paris, 2002.

PARLAMENTO EUROPEO, *Empresas públicas y servicios públicos económicos en la Unión Europea*, Serie Economía, w-21, 1996.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO Y BANCO MUNDIAL, *Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington, D.C. 1998.

UNCTAD, *Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina*, Nueva York y Ginebra. 2000.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, *Formulario Guía para Presentar una denuncia de Práctica Anticompetitiva* emitido por la Superintendencia de Competencia de El Salvador, San Salvador, 2007.

