

## **UC Berkeley**

### **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**

#### **Title**

EXAMEN DEL OBJETO Y FINES DE LA LEY DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

#### **Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/60w5k6t3>

#### **Author**

Arrieta de Carsana, Lilliam Virginia

#### **Publication Date**

2010-04-26

**EXAMEN DEL OBJETO Y  
FINES DE LA LEY DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR DESDE LA  
PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

*JEL A12, K21, L40*

*Lilliam Virginia Arrieta de Carsana\*\**

**1. Consideraciones preliminares sobre la relación entre la ciencia económica - derecho de competencia-análisis económico del derecho**

El derecho de la competencia concebido como la acción normativa de los poderes públicos sobre el mercado, para la protección de una competencia adecuada, es parte del derecho ordenador de las actividades económicas o derecho económico.<sup>1</sup> Es parte de ese sistema de normas a través de las cuales el Estado ordena con mayor o menor intensidad, la configuración de la actividad económica de un país, aunque cada ordenamiento deba decidir “qué tanto Estado o qué tanto mercado” quiere favorecer.

En los últimos años, tanto el derecho económico como el derecho de la competencia han mostrado un alto grado de evolución, en virtud de algunos cambios significativos experimentados en muchos mercados, a los que la norma jurídica ha tenido

---

<sup>1</sup> De forma general, sobre la relación entre derecho de competencia y economía, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007; 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, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 243 a 263; BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 625-698; GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5<sup>th</sup> edition, Los Angeles, 2004, p. 45; POLINSKY, A. M., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985; POSNER, R., *Análisis Económico del Derecho*, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998, pp. 11-33 y 259-305; sobre los fines y el objeto del derecho de competencia, *vid.* BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 2<sup>nd</sup> edition, New York, 1993, pp. 116 y ss.; IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, traducido por José Miguel Embid Irujo y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 23- 24; POSNER, R., *Antitrust Law*, Chicago Press, 2<sup>nd</sup> edition, 2001, p. 38 y SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2<sup>nd</sup> edition, Los Angeles, 2006, pp. 10 y ss.

*\*\*Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Barcelona, Máster en Iniciación a la Investigación en Ciencias Jurídicas. Catedrática de Derecho de Competencia en el Seminario de Graduación de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. Contacto: lilliam.arrieta@gmail.com*

que ajustarse. A título de referencia, podemos considerar la liberalización de muchas economías, la ola de privatizaciones experimentada en las últimas décadas y la mundialización de los mercados provocada por la globalización económica, cuya implicación en las relaciones económicas también han repercutido en una mayor aplicación de las normas jurídicas garantes de la libre competencia.<sup>2</sup>

Al abordar el derecho de la competencia desde un enfoque moderno, la doctrina norteamericana que recientemente se ha interesado por el tema- y donde nace básicamente esta rama del derecho-, expresa la necesidad de replantearse algunos de sus postulados básicos, desde una visión actual y a partir del conocimiento de una serie de conceptos pertenecientes a la teoría económica, con los que tanto académicos, como practicantes y jueces deben familiarizarse, para abordar el derecho de la competencia con mayor rigor científico.<sup>3</sup>

Esta idea ha ido penetrando progresivamente en diversos ordenamientos jurídicos además del anglosajón, en los cuales hoy día, se considera que un adecuado tratamiento del derecho de la competencia requiere una mayor comprensión de las ciencias económicas. Es necesario comprender un poco más los fenómenos económicos básicos que son objeto de esta rama del derecho, para regularlos adecuadamente y para contribuir al adecuado funcionamiento del mercado y de la economía en general.

La reglamentación jurídica de la competencia debe adecuarse a la evolución de la doctrina especializada sobre el tema, puesto que las estructuras y los comportamientos adoptados por las empresas con el fin de competir entre sí en un mercado determinado, son un fenómeno intrínsecamente microeconómico. Por otra parte, además del cargado

---

<sup>2</sup> Vid. Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, París, 1998, p. 3, “*There is more to competition than simply applying competition legislation, since liberalization, deregulation, and privatization have also acted as stimuli to markets* (La competencia requiere más que la simple aplicación del derecho de competencia, ya que la liberalización, la desregulación y la privatización también han actuado como estímulos para los mercados)”.

<sup>3</sup> Existe abundante literatura sobre la importancia de los conceptos económicos para el derecho de la competencia, por todos podemos citar a GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 59 y BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 8 y ss. y p. 123, quienes sostienen que en los ámbitos regulados por el derecho de la competencia, el conocimiento de un mínimo de ciencia económica evita aplicar la ley con incertidumbre, por tratarse de una disciplina que constituye un híbrido entre el derecho y la economía. También comparten esta idea, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007.

contenido económico de esta legislación, también es necesario abordar el derecho de competencia a partir de un examen de los beneficios que se obtienen con su aplicación, para evitar que la norma produzca el efecto contrario del que se espera.<sup>4</sup> En palabras de Richard Posner, debe desentrañarse la lógica económica implícita en la legislación de competencia, abordándola como parte de los esfuerzos normativos para promover la asignación eficiente de los recursos.<sup>5</sup>

Dada esta intrínseca relación que existe entre el derecho de competencia y la ciencia económica, es natural que sea precisamente el derecho antitrust una de las primeras disciplinas que sea examinada desde la perspectiva del análisis económico del derecho, ya que – sin perjuicio de una notable evolución- en su génesis, esta corriente parte de campos de regulación explícitamente económicos.<sup>6</sup>

En la práctica, la mayor cantidad de beneficios que se obtienen en los niveles de bienestar de la población, que permiten valorar la mayor o menor efectividad de la legislación de competencia son precisamente de índole económica. El adecuado diseño de leyes de competencia, la correcta implementación de políticas de competencia y la efectiva aplicación de esta normativa permite mejorar la eficiencia de los mercados y el bienestar del consumidor.

En virtud de estas particularidades, hemos considerado que el examen del objeto y fines de la primera Ley de Competencia de El Salvador desde la visión del análisis económico del derecho, constituye un ejercicio teórico con una importancia práctica muy singular, puesto que- si bien breve-, el presente estudio pretende constituir una herramienta que facilite la aplicación de esta normativa, ya que se concentra en examinar las consecuencias económicas que se derivan de la elección del objeto protegido y de los fines perseguidos por esta Ley.

---

<sup>4</sup> Sobre este tema puede consultarse, BULLARD GONZÁLEZ, A., “Las políticas de Competencia, ¿por qué y para qué?”, en *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, 2003, pp. 637-663.

<sup>5</sup> POSNER, R., *El Análisis Económico del Derecho*, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998, p. 28.

<sup>6</sup> *Vid.* POSNER, R., “El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2, N. 7, invierno 2005, p. 8, quien si bien hace notar que el análisis económico del derecho se extiende a conductas no comerciales, su concentración original se enfocaba en el derecho de competencia, la tributación, las finanzas corporativas y otras áreas de regulación económica explícita.

## **2. Objeto y fines de la Ley de Competencia de El Salvador**

La primera Ley de Competencia de El Salvador –LC– fue aprobada por la Asamblea Legislativa el 26 de noviembre de 2004, después de un periodo de más de 10 años de discusiones dentro y fuera de la Asamblea y de la consideración de una pluralidad de anteproyectos elaborados por los más variados sectores políticos y económicos del país. Hemos constatado que su texto refleja los esfuerzos del legislador salvadoreño por dotar a nuestro país de una normativa de competencia moderna y efectiva que incluya las corrientes de pensamiento económico más relevantes y las experiencias legislativas más eficaces en materia de defensa de la libre competencia.

El objeto protegido y los fines perseguidos se encuentran plasmados en el inciso primero del artículo 1 de la Ley, en el que se establece textualmente que:

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

La temática abordada en nuestro estudio viene siendo objeto de un debate iniciado hace muchos años en el sistema norteamericano, retomado en Europa y continuado en ambos sistemas hasta la fecha, pero tanto los unos como los otros coinciden que la claridad en los fines perseguidos y la certeza respecto del objeto protegido en cada sistema normativo constituye una herramienta útil para guiar las labores del aplicador de la norma.

En El Salvador es necesario abordar este tema con el propósito de examinar si las opciones legislativas recogidas en la Ley de Competencia son concordes con las experiencias legislativas y doctrinarias comparadas, y si las mismas contribuyen a la existencia de mercados más eficientes y a una mayor satisfacción de las necesidades de

bienes y servicios de la sociedad, respecto de las condiciones que existían antes de la aprobación de la Ley.

### **3. Objeto modernamente protegido por el derecho de la competencia**

En los sistemas con una tradición histórica y práctica mayor que la nuestra, el objeto de protección de las normas de defensa de la libre competencia que aparece expresamente mencionado en la Ley de Competencia salvadoreña fue sintetizado en el modelo anglosajón en 1962, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en la que expresó que el derecho de competencia debe proteger la competencia y no al competidor.<sup>7</sup>

Este principio ha sido adoptado en iguales términos por varios sistemas normativos, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, Panamá, República Dominicana-entre otros-,<sup>8</sup> retomado por organismos internacionales como la Organización para la

---

<sup>7</sup> Vid. la sentencia dictada en el caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), en la que la Corte Suprema de los EE.UU. señaló que: “*It is competition, not competitors, which the Act protects*”. En el mismo sentido, el caso *Brunswick Corp. V. Pueblo Bowl-o-mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977), en que el Tribunal sostuvo que: “*The antitrust laws, were enacted for the protection of competition, not competitors* (Las Leyes antimonopolio fueron promulgadas para la protección de la competencia, no la del competidor)” y más recientemente, en *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. \_\_ (2007).

<sup>8</sup> En Iberoamérica, a título de ejemplo, *vid.* especialmente el Art. 1 de la Lei de Defesa da Concorrência de Brasil o Lei n. 8.884/94 de 11 junho de 1994, publicada en el D.O.U. de 13 de junho de 1994, el cual establece textualmente que: “*Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica... A coatividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*”. En sentido similar, *vid.* Art. 3 de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005, aprobada mediante D.L. n. 357/ 2005 del 16 de diciembre de 2005, publicada en La Gaceta Oficial n. 30.920 del 4 de febrero de 2006; Art. 1 de la Ley General de Defensa de la Competencia de República Dominicana n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del 25 de enero de 2008 y el Art. 1 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay aprobada por la Cámara de Representantes el 10 de julio de 2007, publicada en el D.O. n. 27288 del 30 de julio de 2007, en los que se establece textualmente que se trata de leyes de orden público. Por otra parte, el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Argentina, Ley. N. 25.156 del 25 de agosto de 1999, promulgada mediante Decreto n. 1019 del 16 de septiembre de 1999, publicada en el Boletín Oficial del 20 de septiembre de 1999; Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Chile, aprobada mediante D.L. N° 211 de 1973, publicado en el Diario Oficial del 7 de Marzo de 2005; Art. 1 de Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica, Ley n. 7472 del 20 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta n. 14 del 19 de enero de 1995; Art. 1 y Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España; Art. 1 de Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras de 2005; Art. 2 de Ley Federal de Competencia de 1992, publicada en el D.O. de la Federación el 24 de diciembre de 1992; Art. 1 de Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, aprobada mediante D.L. n. 601 del 28 de septiembre de 2006, publicada en la Gaceta n. 206 del 24 de octubre de 2006; Art. 1 de la Ley n. 45 del 31 de octubre de 2007 de Panamá, que dicta Normas sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y otra Disposición, publicada en la Gaceta Oficial n. 25914 del 7 de noviembre de 2007; Art. 1 de la Ley General de Defensa de la

Cooperación y el Desarrollo Económico- OCDE, quien en los lineamientos diseñados para guiar a los países que se encuentran en proceso de elaboración o reforma de sus leyes de competencia, ha expresado que el derecho de la competencia debe preservar el proceso competitivo y no a los agentes que en él intervienen,<sup>9</sup> también retomado por la doctrina científica en iguales términos.<sup>10</sup>

En un país como el nuestro, en el que se aprueba por primera vez la normativa garante de la libre competencia, resulta particularmente necesario determinar el objeto protegido por la Ley, ya que no existen trabajos o disposiciones legales, que permitan conocer con certeza cuál es bien jurídico protegido. El concepto mismo de competencia evoca confusión en nuestro país, ya que la normativa reguladora de la actividad comercial ha tenido tendencia a identificarlo con las prácticas de competencia desleal y la escasa jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del tema ha pasado desapercibida a pesar de consignar un reconocimiento constitucional de la defensa de la libre competencia, desde 1983 es decir 21 años antes de la aprobación de la LC.<sup>11</sup>

### **3.1 Protección constitucional implícita**

Es importante resaltar brevemente que al momento de aprobar el régimen económico que consta en la Constitución vigente, aunque el articulado no lo mencione

---

Competencia de República Dominicana n. 42-08 del 11 de diciembre de 2007; Art. 1 de la Ley n. 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay de 2007; y en Venezuela, el Art. 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia del 13 de diciembre de 1991, publicada en la Gaceta Oficial N° 34.880 del 13 de enero de 1992.

<sup>9</sup> *Vid.* Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, *op. cit.*, p. 2, en el que se establece que el objeto más comúnmente citado en las normas de Canadá y de EE.UU., es la protección del proceso competitivo o de la libre competencia (“*The most common of the objectives cited is the maintenance of the competitive process or free competition*”).

<sup>10</sup> *Vid.* BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 354, quien explica que la normativa es pro-competencia, no antimonopolios ni pro empresario. La legislación de competencia está llamada a proteger el proceso competitivo como tal y no los intereses de los competidores.

<sup>11</sup> Puede consultarse la sentencia de inconstitucionalidad 8-87 del 28 de septiembre de 1989, publicada en el D.O. n. 188, Tomo 305 del 11 de octubre de 1989 y sentencia de inconstitucionalidad 2-92 del 26 de julio de 1999, publicada en el D.O. n. 154, Tomo 344 del 23 de agosto de 1999, las cuales contienen los dos pronunciamientos más completos de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en materia de libre competencia, por lo que constituyen la referencia jurisprudencial más relevante.

expresamente, la intención de la Asamblea Constituyente de 1983 fue la de proteger la libertad de competencia.

En la transcripción taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983, consta que durante la sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, se propuso que los incisos primero y segundo del artículo 110 protegieran expresamente la libertad de competencia a partir del siguiente texto:

*“No podrá autorizarse ningún monopolio, sino a favor del Estado o de los municipios cuando el interés social lo haga imprescindible, a fin de garantizar la libertad empresarial y de proteger al consumidor. Se prohíbe el ejercicio de prácticas dirigidas a suprimir o restringir la libre competencia, particularmente las que se propongan manipular los precios y las calidades en contra de los intereses de los consumidores de la República o impedir el libre acceso de los empresarios salvadoreños al mercado de producción y de consumo.”*

No obstante ello, luego del debate parlamentario, la protección de la libertad de competencia no quedó consignada en el texto y la Constitución se refiere únicamente a la libertad empresarial. Sin embargo, en jurisprudencia posterior, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de este país ha reconocido el rango constitucional del que goza la defensa de la libre competencia, al señalar en la Inc, 8-87, que:

*“Es conocido el fenómeno de que la libre competencia produce como consecuencia el estímulo, el afán de superación y el mejoramiento por parte de los individuos que compiten. Y fundamentalmente es conocido también que por la competencia los precios bajan y se intensifica la actividad económica nacional.”<sup>12</sup>*

En esa misma sentencia y en jurisprudencia posterior, la SCN agregó que:

---

<sup>12</sup> Inconstitucionalidad 8-87 del 28 de septiembre de 1989, publicada en el D.O. n. 188, Tomo 305 del 11 de octubre de 1989.



*“para satisfacer sus necesidades básicas se coloca a la persona en la necesidad de consumir productos o de utilizar servicios a bajo precio y de buena calidad, lo cual dentro de un sistema de libre empresa solo se logra en la medida en que más personas físicas o jurídicas concurren o compitan en el mercado con sus productos o servicios”.*<sup>13</sup>

Es decir que tanto las actas de la Asamblea Constituyente como la jurisprudencia constitucional que ha ido dotando de contenido a las disposiciones económicas de la Carta Magna ofrecen un asidero para la defensa de la competencia en nuestro país, en la medida que se trata de un aspecto indispensable para dar cumplimiento a los mandatos expuestos contenidos- entre otros- en el artículo 101 de la Constitución vigente:

*El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores.*<sup>14</sup>

### **3.2 Delimitación del bien jurídico protegido por la Ley de Competencia**

Como punto de partida para examinar el objeto protegido por la Ley salvadoreña consideramos necesario dedicar algunas líneas a la revisión del alcance del concepto de competencia, ya que se trata de aspectos novedosos, cuya definición reviste un interés teórico y práctico para los agentes económicos que operen en el mercado salvadoreño. El término en sí puede definirse de varias maneras según el contexto. Sin embargo, para los propósitos de este estudio resulta ilustrativo referirnos a una de las definiciones más clásicas, que parte de sus elementos más esenciales.

---

<sup>13</sup> Inconstitucionalidad 2-92 del 26 de julio de 1999, publicada en el D.O. n. 154, Tomo 344 del 23 de agosto de 1999.

<sup>14</sup> Inciso segundo, artículo 101 CN de El Salvador de 1983.

Desde esta perspectiva, puede entenderse por competencia la concurrencia de esfuerzos para conseguir una misma cosa. El español Joaquín Garrigues y el norteamericano Jorge Stigler coincidieron en señalar que la competencia consiste en un proceso de rivalidad por obtener el mismo premio; el cual en el ámbito de las relaciones económicas está representado por un mejor posicionamiento o una mayor cuota del mercado.<sup>15</sup>

Desde una perspectiva más restringida, en el ámbito empresarial, según el Juez Bork competencia significa la concurrencia entre agentes económicos por apropiarse de una misma clientela.<sup>16</sup> Alfredo Bullard indica que el proceso competitivo es resultado del deseo de los competidores por aumentar su participación en el mercado.<sup>17</sup> Al respecto, Ernest Gellhorn y otros explican que se trata de una rivalidad entre agentes económicos independientes, que mantiene a los involucrados en una constante tensión, que los obliga a intentar producir u ofrecer mejores productos y a menores precios, que los demás productores de bienes y servicios similares.<sup>18</sup>

La concurrencia entre empresarios impulsa al empresario en un esfuerzo continuo por ofrecer lo que el mercado demanda, pero obligándolo a buscar formas más atractivas

---

<sup>15</sup> Vid. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, 8ª edición, México D.F., 1987, pp. 221 y ss., quien explica que el término competencia se usa para referirse a una carrera para obtener una oferta limitada o para librarse de un exceso de oferta. En sentido similar, STIGLER, G., *Historia del Pensamiento Económico*, traducido por Emilio M. Sierra, El Ateneo, México, 1979, p. 144, reconoce que la idea de lucha entre empresarios es la que mejor representa la idea de competencia y que ésta fue inicialmente explicada por Adam Smith a finales del siglo 19. Si bien el derecho se ha interesado considerablemente en la competencia empresarial, ésta no deja de ser un fenómeno económico.

<sup>16</sup> Vid. BORK, R., *op. cit.*, p. 79, manifiesta que constituye un elemento esencial de la competencia, el deseo innato que impulsa a todo competidor a arrebatarle negocios a sus rivales, puesto que en la realidad y, de ser posible, su intención es de quedarse con toda la clientela.

<sup>17</sup> Vid. BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, pp. 674 y 675.

<sup>18</sup> Vid. GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., “Economía de la Competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ - ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 30 a 34, quien explica que la sustituibilidad determina la posibilidad que tienen los consumidores para orientar su demanda hacia otros productos. En sentido similar, STIGLITZ, J.E. y WALSH, C.E., *Economics*, 3rd. Edition, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 2002, p. 281, hacen referencia a una característica de la competencia, con base en la cual este proceso de rivalidad sólo puede darse entre productos idénticos o suficientemente similares para ser sustituibles unos por otros. En esta misma línea, la Defensoría del Consumidor de El Salvador, en su documento *Política Nacional de Protección al Consumidor*, presentado en San Salvador, en agosto 2007, p. 7, manifiesta que una de las condiciones para lograr el funcionamiento óptimo de los mercados, en el marco de la libre interacción de la oferta y la demanda es la promoción de productos o servicios estandarizados o perfectamente sustitutivos, [ya que ello intensifica la competencia].

de hacer llegar su oferta a los consumidores, que aquéllas que los demás empresarios están ofreciendo. La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. agrega que este proceso constituye una verdadera presión que obliga al empresario a producir con mayor eficiencia, a hacer el mejor uso posible de los recursos de los que dispone y a tratar de innovar aprovechando el progreso tecnológico,<sup>19</sup> para lograr satisfacer las necesidades de los consumidores.<sup>20</sup> Se trata de un proceso dinámico que favorece la preservación del equilibrio de las fuerzas en el mercado: el libre juego de la oferta y la demanda.<sup>21</sup>

### 3.3 Necesidad de obligar a los operadores económicos a competir

Además de los aspectos conceptuales, resulta fundamental precisar que por lo general la rivalidad concurrencial no siempre se manifiesta como un resultado natural de las relaciones comerciales. En la realidad de los hechos, los empresarios prefieren no competir o hacerlo en sus propios términos, ya que la eliminación de la pugna por el mercado, les permite recaudar mayores ganancias con menores esfuerzos. Los empresarios tienden a querer eludir la presión que la dinámica competitiva les impone, ya que- en palabras de John Hicks- la ausencia de competencia proporciona al empresario la tranquilidad de la que no goza en un ambiente de rivalidad.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Vid. el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso *Northern Pacific Railway Co. y otros Vs. United States* 356 US 1 (1958) “...*unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress...*(la interacción libre de las fuerzas competitivas dará paso a la mejor asignación de los recursos económicos, a los precios más bajos, a la más alta calidad y al mayor progreso material) traducción nuestra”.

<sup>20</sup> Vid. GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 57, sostiene que el derecho protege la competencia porque este proceso obliga al empresario a satisfacer las necesidades de los consumidores, al menor precio y con el mínimo uso de recursos. En el mismo sentido, *AMC-Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington D.C., April, 2007, pp. 2 y ss., la competencia obliga a las empresas a bajar los precios, a mejorar la calidad y a innovar. En sentido similar, McADAMS, T. y otros, *Law, Business, and Society*, Irwin, 2<sup>nd</sup> edition, Boston 1989, p. 418.

<sup>21</sup> Vid. IMMENGA, U., *op. cit.*, pp. 19 a 21, quien explica que el mercado es un sistema auto dirigido, donde la producción de bienes y servicios aparece determinada por la demanda de los distintos niveles económicos, en el cual el Estado – en principio- aparece privado de poder de intervención. No obstante ello, el derecho del mercado convierte al mercado en objeto de regulación con el fin de tutelar los intereses esperados como resultado de la acción del mercado, que trascienden la autonomía privada.

<sup>22</sup> Vid. HICKS, J.R., “The Theory of Monopoly”, in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935, p. 8, donde este economista expresó que “*The best of monopoly profits is the quiet life* (El mayor de los beneficios del

Esta tendencia a no querer competir hace necesaria la intervención del derecho, para evitar o corregir los desequilibrios o fallas que puedan perjudicar al mercado, por la falta de situaciones de rivalidad efectiva entre los agentes económicos. Desde esta óptica, el derecho de competencia debe proporcionar el marco para que el empresario pueda efectivamente competir y lo vigila para evitar actuaciones abusivas o ilegítimas, pero no puede crear la competencia, ya que éste un fenómeno que resulta de la concurrencia de una multiplicidad de factores y agentes que intervienen en el mercado.<sup>23</sup>

En los primeros momentos en la aplicación de la Ley de Competencia, en el ordenamiento jurídico salvadoreño es necesario tomar en cuenta, que los operadores económicos no solo pueden estar sujetos a las mismas tentaciones que los empresarios y demás participantes en el mercado que en otras partes del mundo, sino que la normativa mercantil vigente hasta la aprobación de la Ley de Competencia, se había venido enfocando en proporcionar un marco pro-empresario y no pro-mercado, incrementando las dificultades para la introducción de esta legislación.

Tal situación se advertía fácilmente en las disposiciones del Código de Comercio reguladoras de la competencia empresarial, las cuales establecían que se trataba de una opción y no de una obligación del comerciante. El Código de Comercio legalizó durante más de tres décadas acuerdos que constituían verdaderos pactos colusivos o acuerdos anticompetitivos, muy probablemente por la falta de conocimientos teóricos sobre los beneficios de la competencia del Legislador de 1970.

La Legislación comercial vigente entre 1970 y 2006 limitó expresamente la libertad de competencia, entendiendo que la rivalidad entre empresarios por conquistar el mercado pertenecía al ámbito de la autonomía de la voluntad, por lo que se facultó a los comerciantes para elegir entre competir o no competir, por cuanto se consideraba que los

---

monopolio es una vida tranquila)". Sostienen esta misma idea, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000, p. 23, quien comenta que nada es tan incomodo para un empresario como vivir bajo una situación de competencia permanente, que le obliga a producir bastante y a poco costo.

<sup>23</sup> Vid. BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, pp. 626-638.

comerciantes incorporaban en su esfera jurídica, la libertad para concertar todo tipo de acuerdo que no fuera contrario a las buenas costumbre, la Ley o al orden público.<sup>24</sup>

El articulado que regulaba la competencia empresarial, no estaba diseñado para defender la libertad de competencia. Se trataba de unos pocos artículos destinados a amparar diversas manifestaciones de la autonomía de la voluntad que en realidad autorizaban la celebración de acuerdos para eliminar la competencia mercantil.<sup>25</sup>

La Ley de Competencia derogó expresamente estos artículos que legalizaban los acuerdos para eliminar la competencia en un mismo sector de actividades o en un determinado ámbito geográfico. Los artículos 489 y 490 del C.Com. avalaban la validez de los acuerdos para restringir las actividades de los comerciantes en forma amplia, puesto que permitían el reparto de mercados geográficos y/o de mercados de producto:

*Art. 489.-"Son válidos los pactos que restrinjan la actividad mercantil de un comerciante respecto de una plaza o región o a una determinada especie de comercio, siempre que su duración no sea superior a diez años y que no se contraríe ninguna garantía constitucional".*

*Art. 490.- "Son válidos los pactos que reglamenten modalidades referentes a la cantidad y calidad de la producción o características de los servicios prestados al público, en los límites del artículo anterior".<sup>26</sup>*

Sin embargo, la aprobación de la Ley de Competencia de El Salvador vino a cambiar este paradigma, pro-mercado, pro-intereses particulares de los comerciantes, ya

---

<sup>24</sup> Vid.C.Com. Título IV, denominado "*Limitaciones a la Actividad Mercantil*", artículos 489, 490 y el numeral III del Art. 491, derogados por la Ley de Competencia, examinados en este apartado, porque constituían las únicas referencias expresas a la libertad de competencia en el Código de Comercio, así como el artículo 488 que no fue derogado: "*Los comerciantes deben ejercer sus actividades de acuerdo con la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres, sin perjudicar al público ni a la economía nacional. La violación de esta norma da derecho al perjudicado a pedir judicialmente que cese la conducta ilegal y a exigir la reparación del año*".

<sup>25</sup> En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la autonomía de la voluntad en materia contractual, se deriva del artículo 23 de la CN, el cual en lo pertinente, señala textualmente que: "*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes*".

<sup>26</sup> Vid. el literal a) del artículo 57 de la Ley de Competencia, por medio del cual se derogaron los artículos 489 y 490 del Código de Comercio de 1970.

que fue diseñada para insertarse en nuestro ordenamiento jurídico como parte de la normativa reguladora del mercado como institución básica del sistema económico, al que acuden los agentes económicos para intercambiar libremente bienes y servicios y para corregir los fallos y perjuicios causados por la falta de rivalidad entre los distintos participantes en las actividades económicas nacionales.

### **3.4 Enfoque económico del objeto protegido**

Desde la perspectiva descriptiva del análisis económico, es decir -en palabras de Richard Posner- desde una visión que busca desentrañar la lógica económica y los efectos de las normas,<sup>27</sup> la protección de la competencia se traduce en beneficios considerables para toda la sociedad, al mantener la calidad y la variedad de los productos, así como precios reales de mercado y no precios inflados por los empresarios, ya que la primera consecuencia que se produce en mercados en los que no existe competencia es el alza injustificada de los precios, generalmente acompañada por restricciones de la producción y un descenso en la calidad de los productos.

La falta de competencia perjudica a la sociedad porque en ausencia de competencia, los operadores económicos tienen la posibilidad de obtener ganancias ilimitadas en perjuicio de la población en su dimensión de consumidora. En un mercado con pocos operadores presentes y altas barreras de entrada, la celebración de pactos para no competir permite a los empresarios fijar precios artificialmente altos, sin que los consumidores tengan la opción de dirigirse a otros proveedores para obtener esos mismos bienes a un menor precio.

Esta situación reduce la eficiencia general de los mercados, ya que por regla general disminuye el consumo y la producción en general. Al tener que destinar una mayor cantidad de recursos para adquirir un determinado bien, el consumidor promedio tiene que disminuir la cantidad de recursos que puede destinar a adquirir otros bienes y servicios.

---

<sup>27</sup> *Vid.* POSNER, R., “El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano Germánico, y en las Naciones en Desarrollo”, *cit.*, p. 8, quien apunta que el análisis económico del derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones legales y las causas económicas del cambio legal. Y, en su aspecto normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes para regular las conductas a través del derecho.

Tal como habrá oportunidad de comentar más adelante, en el apartado relativo a los fines de la Ley de Competencia, además de propiciar la existencia de precios más altos, la falta de presión competitiva o la ausencia de lucha por apropiarse del mercado tiende a reducir la calidad y diversidad de los bienes y servicios disponibles en un mercado determinado, ya que la falta de rivalidad reduce las motivaciones que impulsan a los operadores económicos a invertir en investigación y desarrollo.

Por una parte, la obligación de competir promueve la eficiencia general de los procesos productivos, ya que impulsa a los agentes económicos a diseñar procedimientos más baratos con el fin de incrementar sus márgenes de ganancia y de disminuir los precios. Por otra, también promueve el desarrollo tecnológico, ya que la búsqueda de la originalidad, del producto novedoso o pionero impulsa la inversión en investigación y diseño de productos más sofisticados, novedosos o que satisfagan en forma singular una necesidad específica de la población.

En ese orden de ideas, la protección legal de la competencia persigue el orden público económico representado por el correcto o libre funcionamiento de los mercados, puesto que en ausencia de fuerzas competitivas la oferta no necesita esforzarse tanto para adecuarse a la demanda para conquistar una mayor clientela, por lo que desde una perspectiva económica, generalmente resulta más eficiente garantizar la competencia.

Siempre siguiendo a Richard Posner, desde la perspectiva normativa del análisis económico del derecho, ésta es la función que el derecho de competencia pretende cumplir y que lo lleva a ser concebido como una disciplina de orden público económico, en la medida en que contribuye a conservar el correcto funcionamiento del mercado, como institución fundamental del orden económico.<sup>28</sup>

Desde una visión económica, la protección legal de la competencia y no del competidor constituye una opción que fomenta la existencia de mercados eficientes. La libre competencia cumple una función de coordinación y adaptación de la oferta con la demanda, al impulsar a los productores a ofrecer los bienes que el mercado está solicitando, a los precios que los consumidores están más dispuestos a pagar.

---

<sup>28</sup> Véase la referencia completa a R. Posner en la nota 27 *supra*.

En este orden de ideas, la defensa de la competencia tiene una función de estímulo de la eficiencia productiva y de la asignativa, que se conecta con una función de selección natural de los operadores económicos al más puro estilo “darwiniano”, puesto que en un régimen de libre competencia, la pugna por el mercado premia a los que mejor se adaptan a sus exigencias.<sup>29</sup>

Por otra parte, tal como se mencionará con mayor detalle más adelante, la competencia promueve la eficiencia dinámica, por cuanto estimula el desarrollo tecnológico, cuyos resultados generalmente elevan el nivel de vida de la sociedad. La presión por mejorar la oferta de los competidores lleva a los empresarios a diseñar mejores productos o productos novedosos.

Desde el análisis económico del derecho la protección de la competencia y no del competidor o de otros bienes dignos de tutela genera los mejores resultados a nivel de eficiencia económica. La protección de otro tipo de objeto, como la promoción de mercados atomizados, la protección del pequeño empresario frente a los grandes conglomerados o la dispersión del poder económico como fue inicialmente interpretado y aplicado en el modelo de los Estados Unidos, en los emblemáticos casos *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n.* o en *United States v. Alluminium Co. of America* lleva a resultados ineficientes y económicamente perjudiciales, ya que penaliza a los competidores cuando conquistan el mercado gracias a sus estrategias productivas y favorece a los operadores que se han mostrado poco o nada eficientes en sus métodos y estrategias.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Sobre las mencionadas funciones de la libre competencia en el mercado, *vid.* IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, traducido por José Miguel Embid Irujo y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 22 y 23, quien le atribuye una función de coordinación y de adaptación de la oferta y la demanda, así como de asignación de los recursos productivos. Este autor agrega, que la libre competencia. En sentido parecido, MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, Cambridge, p. 50, quien señala que este efecto beneficia a la colectividad, puesto que permite que permanezcan en el mercado únicamente los operadores capaces de producir a precios eficientes. En la doctrina anglosajona, *vid.* POSNER, R.A., *Antitrust Law, cit.*, p. 19, donde este destacado expositor de la Escuela Económica de Chicago y Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los EE.UU., también expone que la competencia opera como una selección natural económica

<sup>30</sup> *Vid. United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), la cual en la parte pertinente establece “*It is true, the results of trusts, or combinations of that nature, may be different in different kinds of corporations, and yet they all have an essential similarity, and have been induced by motives of individual or corporate aggrandizement as against the public interest. In business or trading combinations, they may even temporarily, or perhaps permanently, reduce the price of the article traded in or manufactured by reducing the expense inseparable from the running of many different companies for the same purpose. Trade or*



Esta situación reduce los niveles de bienestar de la población, por cuanto priva a la sociedad en general de los beneficios que los operadores económicos más eficientes podrían lograr, como en el caso del extremadamente debatido proceso en contra de Microsoft, por abuso de posición de dominio, en el que si bien se han impuesto multas extremadamente cuantiosas, se revirtió la decisión del Juez Jackson por medio de la cual se ordenaba el fraccionamiento de la empresa.<sup>31</sup>

#### **4. Fines protegidos por la Ley de Competencia salvadoreña**

En materia de derecho de competencia, el estudio de los fines tiene una consecuencia práctica muy importante. El Juez Robert Bork atinadamente expresa que no es posible elaborar políticas de competencia razonables mientras no se logre determinar con exactitud cuál es el propósito del derecho *antitrust*, ya que toda su aplicación dependerá de la respuesta que se brinde, en cada sistema normativo.<sup>32</sup>

En la legislación de competencia salvadoreña, los fines se encuentran expresamente señalados en el artículo 1 de la ley, transcrito en su integridad más arriba. Los fines permiten concretar para qué se protege el bien jurídico competencia. Es por ello que en esta primera etapa de aplicación de la ley, en línea con lo expresado, resulta necesario determinar su alcance y contenido, con el propósito de aportar parámetros objetivos que puedan orientar al intérprete y al aplicador de esta nueva normativa.

La claridad respecto del objeto protegido permite conocer el contenido concreto del bien jurídico tutelado para distinguir con precisión las conductas que son capaces de lesionarlo y las que no lo son. La determinación de los fines protegidos permite conocer

---

*commerce under those circumstances may nevertheless be badly and unfortunately restrained by driving out of business the small dealers and worthy men whose lives have been spent therein, and who might be unable to readjust themselves to their altered surroundings". En la jurisprudencia de la Segunda Corte de Distrito, vid. 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945), en la cual se establece que "it is possible because of its indirect social or moral effect, to prefer a system of small producers, each dependent for his success upon his own skill and character, to one in which the great mass of those engaged must accept the discretion of a few".*

<sup>31</sup> *U.S. v. Microsoft*, N. 98-1232 (D.D.C.) y *State of New York et al. v. Microsoft*, n. 98-1233 (D.D.C.).

<sup>32</sup> *vid. BORK, R.H., op. cit.*, pp. 50 y ss, donde este Juez de los Estados Unidos manifiesta que "*Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law- what are its goals? Everything else follows from the answer we give.... Only when the issue of the goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantial rules*".

con mayor certeza los valores que inspiran la normativa y que deben ser resguardados con su aplicación. Desde una perspectiva práctica, esta determinación proporciona criterios objetivos para delimitar las conductas que deben sancionarse y las que no.<sup>33</sup>

Se trata de un tema que ha sido y que sigue siendo debatido en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia comparada. Sin embargo, nadie puede negar que su concreción resulta indispensable en cada sistema normativo, puesto que los fines básicamente constituyen los valores que la normativa de competencia debe proteger. A diferencia de otros sistemas, la norma salvadoreña facilitó la tarea del intérprete y aplicador puesto que los consignó expresamente. Sin embargo, su alcance y contenido debe ser precisado ya que por tratarse de una legislación totalmente nueva en nuestro ordenamiento jurídico es necesario resaltar su importancia y perfilar su contenido.

Modernamente, se reconoce que los fines del derecho de competencia pueden concebirse a partir de una multiplicidad de intereses protegibles, aunque generalmente se concuerda en distinguirlos entre fines económicos y fines no económicos, con ciertos matices intermedios-, que inspiran en la actualidad al derecho de la competencia.<sup>34</sup>

En los párrafos que siguen, analizaremos los que la Ley de Competencia de El Salvador menciona expresamente: la protección del bienestar del consumidor y el fomento de la eficiencia económica, advirtiendo que hemos encontrado en el derecho comparado y en la doctrina especializada que los mismos se perfilan como las finalidades más comúnmente perseguidas por el derecho de la competencia, variando en algunos casos, el nivel de importancia o grado de preferencia que la jurisprudencia y la legislación les reconocen.

---

<sup>33</sup> En este sentido, *vid.* GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 45, “*Future adjudication and enforcement practice probably will be guided less by understandings of the original intent and more by modern views of what constitutes sound policy* (La resolución judicial de los casos y la aplicación futura [del derecho antitrust] probablemente estarán menos guiadas por la intención original y más por la visión moderna de lo que constituyen políticas razonables)”. Este autor sostiene que si bien en el sistema anglosajón, algunos sectores de la doctrina – como los expositores de la Escuela de Chicago y sus seguidores- aún buscan interpretar el derecho de la competencia a partir de los fines pretendidos por el legislador del *Sherman Act*, en la actualidad es más sensato o razonable hacerlo a partir del contexto actual. En igual sentido – el Magistrado de la Corte Suprema de los EE.UU.-, BREYER, S., *Economic Reasoning and Judicial Review*, Distinguished Lecture 2003, American Enterprise Institute for Policy Research and- Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2004, p. 2.

<sup>34</sup> *Vid.* Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, *op. cit.*, p. 1, en el que se expresa que existen todavía variados puntos de vista sobre los fines del derecho de la competencia, pero la distinción esencial radica entre fines económicos y fines no económicos.

En la actualidad, hemos encontrado que la eficiencia económica aparece como la finalidad que paralelamente al bienestar de los consumidores, goza de mayor aceptación como fin del derecho de la competencia en sistemas similares al salvadoreño. Las leyes de muchos países de nuestra región, la recogen en sus textos como un objetivo expreso junto con la protección del bienestar del consumidor.<sup>35</sup> En realidad, ninguno de los dos fines examinados, se presenta como una finalidad exclusiva o excluyente, sino como dos fines complementarios entre sí y combinables con otros intereses protegidos por el derecho de competencia, en virtud de la pluralidad de efectos positivos que éstos puedan tener en el sistema económico de un país.<sup>36</sup>

#### **4.1 La defensa de la competencia como instrumento de protección de los consumidores**

En el derecho anglosajón, la doctrina y la jurisprudencia de años recientes ha manifestado que la interpretación y la aplicación del derecho *antitrust* moderno deben ser examinadas primordialmente en función del bienestar de los consumidores,<sup>37</sup> ya que según Lawrence Sullivan y Waren Grimes la protección de esta finalidad genera toda una gama de beneficios: lleva implícita una eficiente distribución de bienes y recursos, constituye una limitante a la transferencia de riqueza de los más pobres hacia los más ricos y preserva

---

<sup>35</sup> Vid. Art. 1 de la Ley Costarricense de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, *cit.*; Preámbulo de la Ley 15/2007 del 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, *cit.*; Art. 1 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras, *cit.*; Art. 2 de la Ley Federal de Competencia de 1992 de México, *cit.*; Art. 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, *cit.*; Art. 1 de la Normas sobre la Defensa de la Competencia en Panamá del 29 del 1 de febrero de 1996, *cit.* y Art. 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de Venezuela, en los que se expresa que las normas de defensa de la competencia tienen por finalidad la protección de la eficiencia económica o de la eficiencia de los mercados.

<sup>36</sup> El ejemplo más emblemático, lo encontramos en el modelo de los EE.UU., donde el debate sobre los fines del derecho antitrust se viene prolongando desde la promulgación de la Ley Sherman en 1890, sin haber llegado a un consenso ni en las Cortes ni en la doctrina. Sobre este tema, *vid.* GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 43 a 48; BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 50 a 106; SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, 10 a 19 y el estudio que sobre el tema ha realizado DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003, pp. 32 a 52.

<sup>37</sup> Vid. BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 90 y ss., donde este autor consagra dos capítulos completos de su obra a explicar los motivos por los cuales la protección del consumidor debe ser el fin primordial perseguido por el legislador al diseñar la norma *antitrust* y por qué el aplicador y el intérprete de la misma deben respetar la finalidad consagrada por el legislador. Aunque Bork, concluye que el bienestar económico al que se refiere puede ser equiparado con la eficiencia económica.

la libertad de elección de los consumidores.<sup>38</sup> En suma, se trata de una finalidad benéfica para toda la sociedad que promueve el consumo, que propicia el crecimiento económico y que genera beneficios tanto para los oferentes como para los demandantes de bienes y servicios.

En casos recientes, *v.gr. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* y *Weyerhaeuser c. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc.*,<sup>39</sup> la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reiterado este criterio y ha señalado que los casos *antitrust* deben considerarse y resolverse con base en las repercusiones que éstos tengan sobre el bienestar de los consumidores.

En la misma línea que las Cortes de los EE.UU., la Comisión para la Modernización del Derecho de la Competencia de los Estados Unidos de América manifestó en su informe final entregado en abril de 2007, que la regulación de la competencia debe orientarse al bienestar del consumidor, ya que éste emerge con fuerza como uno de los fines primordiales de esta rama del derecho. No obstante ello, el problema que el derecho *antitrust* norteamericano enfrenta y que ese informe resalta, es que no se ha logrado llegar a un entendimiento unánime sobre lo que significa bienestar del consumidor o *consumer welfare*.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> *Vid.* SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op.cit.*, pp. 12-16, para quienes el primero de los fines del derecho *antitrust* debe ser la protección del mercado, ya que su correcto funcionamiento, asegurado con la regulación *antitrust*, evita intervenciones estatales más intrusivas, pero el bienestar de los consumidores viene a constituir también uno de los fines más importantes de esta rama del derecho. En el mismo sentido, IMMENGA, U., *op. cit.*, pp. 22 a 30, quien también considera que el derecho de la competencia opera para la protección del mercado como mecanismo de tutela de los agentes económicos.

<sup>39</sup> *Vid.* *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* 551 U.S. \_\_\_\_ (2007) y *Weyerhaeuser c. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co. Inc.* 127 S.Ct. (2007). En estas resoluciones de 2007, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América reafirma su jurisprudencia anterior, manifestando que los comportamientos o prácticas empresariales que puedan perjudicar a otro competidor, no deben prohibirse, si de ellos se deriva algún beneficio considerable para los consumidores. No obstante ello, algunos economistas consideran que existen algunos casos en los que las Cortes han sancionado conductas por ser contrarias al estatuto *antitrust*, sin demostrar daño para los consumidores. Al respecto, *vid.* CHANG, H.H., EVANS, D.S. y SCHMALENSEE, R.L., “Has the Consumer Harm Standard Lost Its Teeth?”, en HAHN, R.W., *High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?*, American Enterprise Institute for Policy Research and Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2003, pp. 72 y ss., y EVANS, D.S. y SCHMALENSEE, R.L., “How the Government is Selling an Antitrust Case without Consumer Harm in United States v. Microsoft”, en EVANS, D.S., FISHER, F.M., RUBINFELD, D.L., SCHMALENSEE, R.L., *Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views*, American Enterprise Institute for Policy Research and Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2000, pp. 53 y ss.

<sup>40</sup> En el Informe de la Comisión para la Modernización del Derecho de la Competencia de los Estados Unidos de América (*Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*), Washington, D.C., 2 de

Esta misma concepción se refleja en las políticas de competencia de la Unión Europea, apreciable en fallos actuales del Tribunal de Justicia de esta entidad supranacional. En decisiones recientemente pronunciadas, esta institución ha coincidido con la doctrina mencionada, manifestando que la aplicación del derecho europeo de la competencia a casos concretos, debe examinar el efecto que las conductas cuestionadas puedan tener sobre el bienestar de los consumidores,<sup>41</sup> además de su repercusión en el buen funcionamiento del mercado interior.<sup>42</sup>

En nuestro entorno geográfico inmediato, específicamente en las recién aprobadas leyes de competencia de Honduras y Nicaragua, los legisladores respectivos establecieron que la protección del bienestar de los consumidores se configura como una de las finalidades primordiales de la normativa de competencia. En el artículo 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua,<sup>43</sup> el bienestar del consumidor aparece

---

abril de 2007, pp. 2 y 3, se señala que en los mercados regidos por la libre competencia, las empresas deben ofrecer lo que los consumidores desean. Las empresas que desean ser competitivas deben mostrarse eficientes para producir los bienes que más se adaptan a los deseos de los consumidores, aunque se reconoce que en la doctrina y en la jurisprudencia de los EE.UU. todavía no exista consenso sobre el significado y el contenido exacto del concepto de bienestar del consumidor (*consumer welfare*). Precisamos que esta Comisión fue creada en 2004 a través de la Ley del mismo nombre, con el fin de revisar las normas *antitrust* y de hacer propuestas para su modernización.

<sup>41</sup> Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), sentencia del 15 de marzo de 2007, asunto C-95/04 P, *British Airways plc. v. Virgin Atlantic Airways, Ltd.*: “... Si el efecto de exclusión del mencionado sistema no guarda una relación con las ventajas para el mercado y para los consumidores o bien va más allá de lo necesario para la consecución de tales ventajas, dicho sistema ha de considerarse abusivo”. Vid. también TJCE, sentencia del 15 de septiembre de 2006, asunto C-167/04 P *JCB Service v. Comisión de las Comunidades Europeas*, donde se expresó que: “...la Comisión consideró que la combinación de selectividad y exclusividad propia del sistema de distribución propio de JCB implicaba un cúmulo de restricciones no indispensables sin que tales limitaciones se equilibraran con efectos beneficiosos, en particular, para los consumidores”.

<sup>42</sup> Vid. ALONSO SOTO, R, *op.cit.*, p. 247, quien manifiesta que la competencia es en sí un principio rector de la economía que representa un elemento consustancial de la organización económica española, así como una garantía de buen funcionamiento del espacio económico europeo común. En idéntico sentido, CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, pp. 297 a 305; MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, Cambridge, pp. 23 y 24; OLESTI RAYO, A. y ÁLVAREZ VERDUGO, M., “La Unión Europea y la Política de Libre Competencia: actividad normativa de la Comunidad Europea”, en AA.VV., *Privatización, Desregulación y ¿Competencia?*, Edición a cargo de Germá Bel i Queralt, Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996, pp. 221 y ss., enfatizan que en el ámbito de la Unión Europea, la protección del mercado interior constituye una finalidad esencial del derecho de competencia.

<sup>43</sup> Vid. Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, Aprobada mediante Decreto Legislativo n. 601 del 28 de septiembre de 2006, publicada en la Gaceta n. 206 del 24 de octubre de 2006, artículo 1: “El objeto de la Ley es promover y tutelar la libre competencia entre los agentes económicos, para garantizar la eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores...”.

expresamente como uno de los objetivos fundamentales, mientras que en la norma hondureña, ello se deduce de las consideraciones iniciales y del artículo 10 de la Ley, en el que se establece que quedan exceptuadas de las prácticas prohibidas, todas aquellas conductas que incrementan el bienestar del consumidor.<sup>44</sup>

En El Salvador, el examen del bienestar del consumidor protegido por la normativa de competencia, debe combinarse con una integración de las disposiciones constitucionales y de la legislación de protección al consumidor. En primer lugar, porque la protección de los consumidores goza de tutela constitucional expresa y en segundo lugar, porque la normativa de protección al consumidor ofrece una definición de este sector mayoritario de la población.

El Constituyente de 1983 introdujo la protección del consumidor como uno de los fines de la actividad empresarial y de la actividad económica en general.<sup>45</sup> En un primer término aparece mencionada en el artículo 101 de nuestra Ley Fundamental en el que se establece que el orden económico debe fomentar la productividad y los intereses de los consumidores.<sup>46</sup>

En forma complementaria, el inciso segundo del artículo 110 de la Constitución de 1983, prohibió los monopolios y las prácticas monopolísticas, con el fin de evitar los efectos negativos que éstas pudieran tener, tanto en la libertad empresarial como en el bienestar de los consumidores:

---

<sup>44</sup> Vid. Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras, aprobada mediante Decreto Legislativo n. 357/ 2005 del 16 de diciembre de 2005, publicada en La Gaceta Oficial n. 30.920 del 4 de febrero de 2006, inciso primero del artículo 10.- Eficiencia económica y bienestar del consumidor: “*No restringen, disminuyen, dañan, impiden o vulneran la libre competencia de manera indebida, aquellos contratos, convenio, combinaciones, arreglos o conductas que generan incrementos en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y compensen el posible efecto negativo al proceso de libre competencia*”.

<sup>45</sup> Vid. *Versión Taquigráfica que contiene las discusiones y aprobación del Proyecto de Constitución de la República de 1983...*, cit., sesión plenaria del 6 de octubre de ese año, durante la cual los Diputados manifestaron su preocupación por fijar reglas a la actividad económica que protegieran a los consumidores.

<sup>46</sup> Art. 101 Cn.-“*El orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país una existencia digna del ser humano. El Estado promoverá el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos. Con igual finalidad, fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores*”.

*“No podrá autorizarse ningún monopolio sino a favor del Estado o de los Municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos a favor del Estado. A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas “.*

En su momento, este mandato constitucional fue incorporado en la derogada Ley de Protección al Consumidor de 1996, en la que se pretendió enlazar la tutela de los consumidores con el fomento de la sana y libre competencia. Tanto en las consideraciones preliminares, como en el texto de esa ley, se expresó que la norma pretendía proteger el interés de los consumidores a la vez que propiciar la sana competencia en el mercado:

*“... es necesario fortalecer las condiciones de nuestro país para su incorporación en el proceso mundial de globalización, garantizando la participación de la empresa privada en el desarrollo económico, fomentando la libre competencia y confiriendo a los consumidores los derechos necesarios para su legítima defensa”.*<sup>47</sup>

Tal como se adelantó más arriba, antes de examinar el contenido del bienestar de los consumidores previsto en la legislación de competencia y en las resoluciones de la Superintendencia de Competencia, es necesario tomar en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ofrece una definición legal del término consumidor en el literal a) del artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor de 2005, el cual considera consumidor a:

*“a) Consumidor o Usuario: toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, reciba oferta de los mismos, cualquiera que sea el carácter público o privado, individual o colectivo*

---

<sup>47</sup> Vid. Considerando inicial II de la Ley de Protección al Consumidor de 1996, aprobada mediante Decreto Legislativo n. 666 del 14 de marzo de 1996, publicada en el D.O. n. 58, Tomo 330 del 22 de marzo de 1996, y el Art. 5 agregaba *“Con el objeto de que el Ministerio puede ejercer acciones tendientes a proteger en forma efectiva el interés de los consumidores, propiciando a la vez la sana competencia en el mercado, tendrá las siguientes facultades...”*.

*de quienes los producen, comercialicen, faciliten, suministren o expidan”.*<sup>48</sup>

Se trata de una definición coherente con configuración jurisprudencial que encontramos en los fallos que la Sala de lo Constitucional ha proveído sobre el tema, en la que se establece que la SCN ha manifestado que el colectivo cubierto por el término consumidores se refiere a toda la sociedad, al pueblo en general o a la Nación en su dimensión de consumidora:

*“Tanto monopolio como práctica monopolística, se encuentran prohibidos por ser contrarios a los intereses generales....por esa razón con el objeto que no se dañe el interés social, especialmente el de los consumidores... el monopolio como autorización debe perseguir el mismo interés socio económico, o sea la protección de la colectividad en la satisfacción de sus necesidades económico materiales... y queda también establecido que el interés social protegido es el socio económico de la mayoría en su carácter de consumidora”.*<sup>49</sup>

Sobre este punto, consideramos procedente resaltar que esta definición adquiere relevancia en materia de derecho de competencia, por cuanto constituye la definición actualmente adoptada por la Superintendencia de Competencia en su documentación oficial y llegamos a la conclusión que la protección del bienestar del consumidor perseguida por la Ley de Competencia, es en la práctica una finalidad amplia que repercute en la protección de los intereses de toda la sociedad en su dimensión de demandante de bienes y servicios en el mercado.

Sin embargo, a pesar del buen recibimiento que el bienestar de los consumidores ha encontrado como fin perseguido por las normas de defensa de la competencia de muchos

---

<sup>48</sup> Vid. la voz n. 9 del Glosario de Términos emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, cuya definición n. 9 retoma en términos idénticos, el concepto de consumidor expresado en el literal a) del artículo 3 de la LPC de 2005.

<sup>49</sup> Vid. la sentencia de inconstitucionalidad 8-87 y la Inc. 2-92.



países, algunos estudios recientes encuentran que la dificultad que esta finalidad presenta es la clara determinación de lo que se entiende por bienestar del consumidor.<sup>50</sup>

En el modelo salvadoreño, esta tarea ha sido parcialmente facilitada por el Glosario de Términos de la SC, que define el bienestar del consumidor como los beneficios individuales derivados del consumo de bienes y servicios.<sup>51</sup> Por una parte, la amplitud de esta definición ofrece mucha flexibilidad para que la Superintendencia de Competencia pueda adaptar sus pronunciamientos a las especificidades de los casos y de los tiempos, pero por otra, también hace necesario recurrir a ciertas referencias doctrinarias, con el fin de emplear criterios técnicos para su concreción.

Tal como se ha venido reiterando, a parte de la satisfacción anímica y persona que se obtiene al consumir bienes y servicios que el mercado ofrece, la doctrina generalmente concuerda en señalar que la libre competencia beneficia al consumidor porque obliga al productor a mejorar su oferta para conseguir mayor clientela.<sup>52</sup>

Además de promover una más eficiente distribución de los recursos, la presión concurrencial impulsa al productor a poner a disposición de los consumidores los bienes y servicios que éstos requieren, en mayores cantidades, en mejores condiciones y a precios más bajos. A ello se suma que la libertad de competencia beneficia a los consumidores

---

<sup>50</sup> Nos referimos especialmente al sistema de los EE.UU., donde la Comisión para la Modernización del Derecho Antitrust ha encontrado que las Cortes de ese país, resuelven los casos con base en criterios de bienestar del consumidor, pero que aún no existe unanimidad sobre el contenido concreto de este término. Sobre este tema, puede consultarse el Informe de la Comisión para la Modernización del Derecho de la Competencia de los Estados Unidos de América (*AMC-Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*), Washington, D.C., 2 de abril de 2007, pp. 2 y 3, donde se reconoce que en la doctrina y en la jurisprudencia de los EE.UU. todavía no existe consenso sobre el significado y el contenido exacto del concepto de bienestar del consumidor.

<sup>51</sup> Vid. el *Glosario de Términos* emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en cuya voz n. 4 el bienestar del consumidor ha sido definido como “*los beneficios individuales que se derivan del consumo de bienes y servicios*”.

<sup>52</sup> Vid. GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 57, sostienen que el derecho protege la competencia porque este proceso obliga al empresario a satisfacer las necesidades de los consumidores, al menor precio y con el mínimo uso de recursos. En el mismo sentido, *AMC-Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington D.C., April, 2007, pp. 2 y ss., la competencia obliga a las empresas a bajar los precios, a mejorar la calidad y a innovar y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso *Northern Pacific Railway Co. y otros Vs. United States* 356 US 1 (1958) la interacción libre de las fuerzas competitivas dará paso a la mejor asignación de los recursos económicos, a los precios más bajos, a la más alta calidad y al mayor progreso material.

porque preserva su libertad de elección,<sup>53</sup> así como también su derecho a beneficiarse con la innovación y la diversificación de los productos que la rivalidad empresarial promueve.<sup>54</sup>

En concordancia con la doctrina citada, el CDSC ha adoptado varios de estos criterios en la solución de algunos de los primeros casos sometidos a su conocimiento. En las consideraciones relativas al daño causado por las prácticas anticompetitivas sancionadas en el caso en contra de “Las Eléctricas I” y en el cártel de “Las Agencias de Viaje”, el CDSC manifestó que uno de los principales beneficios que la competencia aporta a los consumidores es la libertad de elegir entre varias ofertas:

*“uno de los principales beneficios que gozan los consumidores en un mercado en competencia, es tener la libertad de poder elegir entre varias opciones con diferencias en calidad y precios”.*<sup>55</sup>

En resoluciones prácticamente simultáneas, agregó que desde la perspectiva contraria, que uno de los efectos más perniciosos que las prácticas restrictivas de la competencia causan, es la restricción del número de oferentes que pueden satisfacer una necesidad concreta:

*“al bloquearse la entrada de un operador en el mercado relevante definido, los consumidores del mismo han resultado afectados debido a*

---

<sup>53</sup> Vid. SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, pp. 12-16, manifiestan que el bienestar de los consumidores viene a constituir uno de los fines más importantes del derecho *antitrust*, en virtud de los beneficios mencionados. Por su parte, en *A Framework for the Design...*, *cit.*, p. 3, la OCDE y el Banco Mundial concuerdan en señalar que las leyes de competencia persiguen la eficiencia económica, con el fin de maximizar el bienestar de los consumidores. Citando al Departamento de Justicia de los EE.UU., estos organismos internacionales manifiestan que las leyes de competencia protegen el libre juego de la rivalidad empresarial, con el fin de fomentar la mejor distribución de los recursos, los precios más bajos, así como bienes y servicios de mayor calidad.

<sup>54</sup> En el sistema anglosajón, *vid.* en sentido similar, *Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington, D.C., 2 de abril de 2007, p. 35, donde la Comisión expone que la protección del consumidor ha sido un criterio adoptado por los tribunales de ese país desde hace varias décadas y que actualmente nadie discute los derechos de los consumidores que el derecho de competencia permite proteger.

<sup>55</sup> Vid. SC-007-O/PA/R-2007 del 11 de septiembre de 2007 y SC-001-O/PA/NR-2009 del 7 de julio de 2009.

*que se les restringió el conjunto de proveedores que podrían satisfacer su necesidad de consumo de energía eléctrica”.*<sup>56</sup>

En adición a la protección de la libertad de elección, el CDSC manifestó en el caso de “Los Puestos de Bolsa”,<sup>57</sup> que otro beneficio del consumidor que la libertad de competencia busca proteger, es la posibilidad de adquirir bienes y servicios a precios adecuados. Se prohíben las prácticas que reducen el bienestar de los consumidores, porque ocasionan un incremento de los precios de los productos directa o indirectamente relacionados con la actividad anticompetitiva de los agentes económicos.

Este mismo criterio fue adoptado en el caso de “Las Petroleras”, en cuya resolución final el CDSC manifestó que las prácticas anticompetitivas cometidas habían perjudicado el bienestar de los consumidores, porque redujeron su capacidad de compra al producir una distorsión de los precios en los mercados relevantes, así como un encarecimiento de las actividades económicas en general, debido a la repercusión que los combustibles tienen para todas las actividades productivas:

*“En lo que respecta al daño causado, las prácticas anticompetitivas cometidas por los agentes económicos infractores han producido una distorsión significativa de los precios de los mercados relevantes determinados en perjuicio de la eficiencia económica y del bienestar del consumidor, en el sentido que precios más competitivos hubieren provisto mejores opciones de compra en un mercado ausente de las prácticas anticompetitivas encontradas. Por otra parte, el efecto sobre terceros se materializa- como un efecto tangible y atribuible a las conductas anticompetitivas- como el traspaso de las distorsiones al resto de sectores económicos del país que redundan en un encarecimiento de las actividades económicas en general, debido a la considerable*

---

<sup>56</sup> Vid. SC-008-O/PA/R-2007 y SC-009-O/PA/R-2007, ambas del 11 de septiembre de 2007.

<sup>57</sup> Vid. SC-001-O/PA/R-2007 del 18 de octubre de 2007, en la cual el CDSC expresó que “la adopción del acuerdo por parte de los agentes económicos involucrados, generó efectos sobre terceros, ya que incidió en los costos de diversas cadenas de valor productivas de distintos sectores (maíz, semillas de granos básicos, papa, frijol, arroz, entre otros), lo que redujo el bienestar de los consumidores”.

*importancia que este insumo revista para las actividades productivas”.*<sup>58</sup>

En el cártel de “Las Harineras”, resuelto a finales de 2008, el CDSC mantuvo estos mismos criterios, puesto que manifestó que uno de los principales beneficios de los que gozan los consumidores en un mercado competitivo es la libertad de elección entre varias opciones de un mismo producto, con diferente calidad y precio. Sin embargo, en otra parte de esta misma resolución, el CDSC también expresó que el bienestar del consumidor puede identificarse con el concepto económico de excedente del consumidor:

*“En un mercado en condiciones de competencia, uno de los principales beneficios que gozan los consumidores, es la libertad de poder elegir entre varias opciones, con diferencias de calidad y precios...El bienestar de los consumidores de un bien o servicio puede definirse como la sumatoria de las diferencias entre los precios de reserva de los consumidores del bien “x” y el precio competitivo del bien o servicio en el mercado”.*<sup>59</sup>

Por lo tanto, si bien en la expresión “bienestar del consumidor” definida en el Glosario de Términos de la SC como los beneficios individuales que se derivan del consumo de bienes y servicios, podría dar cabida a un cantidad de supuestos diversos, con fundamento en las resoluciones de la Superintendencia de Competencia mencionadas, cabe concluir que la autoridad de competencia salvadoreña ha favorecido un enfoque eminentemente económico en la aplicación de criterios de bienestar del consumidor, puesto que considera esencialmente que se trata de una finalidad que contribuye a maximizar la eficiencia de los mercados y a satisfacer las necesidades materiales de las mayorías.

Sobre este tema, Robert Bork señala que el derecho de la competencia trata sobre los efectos de los comportamientos empresariales en los consumidores y que desde esta

---

<sup>58</sup> Vid. Ac. SC-004-D/PA/R-2006, SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006 del 1 de octubre de 2007.

<sup>59</sup> Vid. SC-005-O/NR-2008, proveída el 4 de septiembre de 2008.

perspectiva es posible concluir que el incremento en el bienestar del consumidor es igual al incremento de la riqueza de la nación, ya que el bienestar del consumidor es mayor cuando los recursos de la sociedad son distribuidos en forma que las personas puedan satisfacer sus necesidades, tanto como los avances tecnológicos lo permitan. En este sentido, para el juez Bork, el bienestar del consumidor es sólo otro término para designar la riqueza de la nación.<sup>60</sup>

Desde una perspectiva económica, el bienestar del consumidor implica que los operadores económicos compitan entre sí por poner a disposición de los consumidores mayor variedad de productos, bienes y servicios de mejor calidad, al mismo tiempo que mantienen precios que los consumidores están más dispuestos a pagar. En este orden de ideas, las conductas empresariales que resulten en un incremento de la producción, en una reducción de precios, en un mayor desarrollo tecnológico no deben ser reprendidas aún cuando impliquen la salida de otros competidores menos eficientes.

La mejor forma de garantizar el bienestar del consumidor es evitando desalentar a los operadores económicos que alcanzan cuotas elevadas de mercado, puesto que se trata - ni más ni menos- de operadores que simplemente logran satisfacer en mejor forma las necesidades o los deseos de los consumidores que sus rivales.

Es por ello que las posiciones dominantes alcanzadas lícitamente a través de estrategias empresariales más eficientes no deben ser combatidas por la ley, puesto que en la práctica no son más que un premio que el mercado mismo otorga a quienes muestra una mayor eficiencia. Los operadores más eficientes son aquéllos que generalmente muestran mayor capacidad para desarrollar bienes y servicios que beneficien a los consumidores, quienes los favorecen con sus preferencias. Son precisamente los sueños de grandeza los que inspiran a los productores para invertir en desarrollar productos nuevos, mejores productos o productos más baratos. La conquista del mercado lograda a través de una mayor eficiencia económica no se debe, ni se puede prohibir.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> BORK, R.H., *op. cit.*, p. 90, “Consumer welfare is greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation”.

<sup>61</sup> BULLARD GONZALEZ, A., *op. cit.*, pp. 670 y ss.

De forma complementaria en el ordenamiento jurídico salvadoreño, además de ser un enfoque adoptado por la autoridad de competencia, cabe hacer notar que quince años antes de la aprobación de la Ley de Competencia, en una sentencia de inconstitucionalidad de 1989, la Sala de lo Constitucional de El Salvador sostuvo un criterio increíblemente atinado y moderno para la época y para el marco normativo vigente, llegando a conclusiones muy similares a las de Juez Bork, a partir de un enfoque indeliberadamente económico.

*“...Es conocido el fenómeno de que la libre competencia produce como consecuencia el estímulo, el afán de superación y el mejoramiento por parte de los individuos que compiten. Y fundamentalmente es conocido también que por la competencia los precios bajan y se intensifica la actividad económica nacional y particular...”*<sup>62</sup>

Del pronunciamiento de la Sala se desprende que deben fomentarse todas las prácticas que permitan mejorar la actividad productiva y que estimulen la rivalidad por obtener mejores posicionamientos en el mercado, así como aquellas que resulten en menores precios y un mayor consumo, activador de la actividad económica en general, concluyendo –implícitamente- que el enfoque económico es el que debe inspirar la aplicación de la norma de competencia nacional.

#### **4.2 La defensa de la competencia y el fomento de la eficiencia económica**

La protección o promoción de la eficiencia económica constituye uno de los fines del derecho de competencia que ha alcanzado mayores niveles de aceptación en virtud de su compatibilidad con el contenido eminentemente económico de estas normas.<sup>63</sup> Se trata

---

<sup>62</sup> Inc. 8-87 *cit. supra*.

<sup>63</sup> El tema de los fines del derecho de competencia es uno sobre el cual no existe consenso absoluto, aunque sí algunas teorías que reúnen mayor aceptación que otras, como en el caso de las que se inclinan a favor de la protección de la eficiencia económica. Entre los defensores de la eficiencia económica como finalidad del derecho de competencia, *vid.* CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*,

de una finalidad que ha recibido una amplia aceptación entre practicantes y académicos, porque constituye un criterio –aparentemente- más sencillo para orientar al aplicador, que los criterios basados en finalidades de conveniencia social o política y porque su promoción produce resultados que inciden en el bienestar del consumidor.<sup>64</sup>

En términos muy amplios, eficiencia significa maximización de los recursos. Y en la práctica, más que un fin en sí mismo, en la normativa de competencia, la eficiencia económica se encuentra intrínsecamente vinculada al bienestar del consumidor, porque constituye el mejor mecanismo para alcanzarlo a través de las actividades económicas. Según Richard Posner es un principio básico de la economía que -en un régimen de libre competencia- los recursos tienden a dirigirse hacia sus usos más valiosos. Los comportamientos eficientes de las empresas permiten que los recursos se utilicen donde su valor es el más alto.<sup>65</sup>

Además de la doctrina, en el ámbito de los organismos internacionales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el Banco Mundial afirman que en las últimas dos décadas, el derecho de la competencia se ha centrado en el fomento de la eficiencia económica, con el fin último de optimizar el bienestar de los consumidores, porque cuando el empresario invierte bajo la perspectiva de lucrarse intensificando la

---

Addison-Wesley, 3<sup>rd</sup> Edition, Massachusetts, 2000, pp. 604 y ss., quienes manifiestan que la mayoría de los economistas consideran que las leyes *antitrust* deberían tener como simple finalidad la promoción de la eficiencia. En sentido similar, VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4<sup>th</sup> edition, Cambridge, 2005.p. 71, afirman que la única finalidad del derecho *antitrust* debe ser la eficiencia económica, porque constituye la finalidad más consistente con la naturaleza económica del proceso competitivo. Estos autores agregan que el derecho de competencia debe proteger la competencia y no al competidor, esta última finalidad obedece más a opciones de tipo político. Por su parte, KOLASKY, W.J. and DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, n. 1 (2003), pp. 207 y ss. y pp. 230 y 231, afirman que en materia de fusiones y adquisiciones, la eficiencia económica ha sido reconocida como la principal finalidad del derecho de competencia, no sólo en ese país, sino también por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en virtud de los beneficios que el proceso competitivo y la ganancias en eficiencia aportan a la sociedad.

<sup>64</sup>Vid. CARLTON, D.W. and PERLOFF, J.M., *op. cit.*, p. 604, la eficiencia económica aparece como una finalidad simple en relación a otras finalidades de índole social o político, que ofrecen criterios menos objetivos para la solución de un caso. En sentido similar, BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 50 y ss. y GELLHORN, E., y otros, *op. cit.*, pp. 44 a 53.

<sup>65</sup> POSNER, R., *Análisis Económico del Derecho*, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998,

eficiencia de su actividad, también genera bienestar para los consumidores, puesto que busca producir más o mejor, al menor costo.

En concordancia con lo anterior, para estas instituciones internacionales, el derecho de la competencia debe entenderse como un conjunto de normas cuyo fin es el establecimiento de reglas y principios diseñados para la protección del libre funcionamiento de las fuerzas competitivas- y agregan la OCDE y el BM- que fomenten la mejor asignación de los recursos, los precios más bajos y los mejores productos y servicios para los consumidores.<sup>66</sup> Este debe ser el fin de la norma.

Por su parte, Viscusi, Harrington y Vernon también concluyen que la eficiencia económica debería ser la única finalidad que guíe las decisiones de casos de aplicación de la normativa *antitrust*, ya que en ese sentido, la protección de la competencia y no del competidor constituye el único enfoque que conduce a una adecuada protección del mercado y del bienestar del consumidor.<sup>67</sup>

En la legislación comparada reciente, hemos encontrado que la eficiencia económica aparece como la finalidad que paralelamente al bienestar de los consumidores, goza de mayor aceptación como fin del derecho de la competencia en sistemas similares al salvadoreño. Las leyes de muchos países de la región, como Costa Rica, México, Panamá

---

<sup>66</sup> *Vid.* Organization for Economic Cooperation and Development and The World Bank, *op. cit.*, p. 3, en el que se menciona que la teoría que combina la eficiencia con el bienestar del consumidor, también ha sido acogida por la División encargada de la aplicación del Derecho de la Competencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, quien manifiesta que el propósito del derecho *antitrust* es el mantenimiento de un orden que permita que las fuerzas competitivas actúen libremente para generar beneficios al empresario y al consumidor. A diferencia del marco propuesto por la OCDE, el capítulo I de la Ley de Competencia Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, denominado “Objetivos o propósitos de la ley”, no detalla los fines específicos que las normas de competencia nacionales deben perseguir. Este instrumento propone una finalidad genérica diversa de las dos anteriormente mencionadas, al sugerir que la finalidad común de las leyes de competencia debe identificarse con el control o eliminación de aquellas conductas que limiten el acceso al mercado o que restrinjan indebidamente la competencia. La Ley de Competencia Modelo de la UNCTAD no hace mención de fines más concretos que pueden o deben ser protegidos por las leyes reguladoras de la libre competencia, ya que por su misma naturaleza sólo ofrece un marco propositivo, dejando aspectos a cada Estado la determinación de los aspectos puntuales. Sobre esto último, *vid.* UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Model Law on Competition*, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Geneva, 2003, Chapter I Objectives or purpose of the law.

<sup>67</sup> *Vid.* VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *op. cit.*, p. 71, quienes explican que “*The view point in this book is that economic efficiency should be th only objective in antitrust decisions and that antitrust policy should be exclusively concerned with protecting competition, not competitors*”.



y Venezuela la recogen en sus textos como un objetivo expreso junto con la protección del bienestar del consumidor.<sup>68</sup>

En realidad, ninguno de los dos fines establecidos en el artículo 1 de la Ley de Competencia salvadoreña, se presenta como una finalidad exclusiva o excluyente, sino como dos fines complementarios en virtud de la pluralidad de efectos positivos que éstos puedan tener en el sistema económico de un país.<sup>69</sup> Eficiencia económica y bienestar del consumidor vendrían ser como dos caras de una misma moneda.

En los textos de las Leyes de casi toda Iberoamérica, se establece una misma prioridad – en abstracto- a la protección de la eficiencia económica como a la del bienestar de los consumidores, considerando que en la mayoría de los casos ambos fines han sido previstos en el mismo artículo, en el que no se señalan preferencias para su aplicación, ya que en la práctica constituyen fines que más que ubicarse en una relación de jerarquía, se ubican en una correlación de medio-a-fin.

Sobre el tema de la jerarquización bastaría acotar en este punto que la misma puede ser el resultado de la aplicación de la norma de competencia por las agencias de control, en un momento determinado, siempre que se tenga el cuidado de no incurrir en el error de querer proteger fines contradictorios como la existencia de un mercado de pequeños productores *vs.* la protección de la eficiencia económica.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Vid. Art. 1 de la Ley Costarricense de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, *cit.*; Preámbulo de la Ley 15/2007 del 3 de julio, de Defensa de la Competencia de España, *cit.*; Art. 1 de la Ley de Defensa y Promoción de la Competencia de Honduras, *cit.*; Art. 2 de la Ley Federal de Competencia de 1992 de México, *cit.*; Art. 1 de la Ley de Promoción de la Competencia de Nicaragua, *cit.*; Art. 1 de la Normas sobre la Defensa de la Competencia en Panamá del 29 del 1 de febrero de 1996, *cit.* y Art. 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de Venezuela, en los que se expresa que las normas de defensa de la competencia tienen por finalidad la protección de la eficiencia económica o de la eficiencia de los mercados.

<sup>69</sup> El ejemplo más emblemático, lo encontramos en el modelo de los EE.UU., donde el debate sobre los fines del derecho antitrust se viene prolongando desde la promulgación de la Ley Sherman en 1890, sin haber llegado a un consenso ni en las Cortes ni en la doctrina. Sobre este tema, *vid.* GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, pp. 43 a 48; BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 50 a 106; SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, 10 a 19 y el estudio que sobre el tema ha realizado DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003, pp. 32 a 52.

<sup>70</sup> Vid. *A Framework for The Design...*, *cit.*, p. 4, donde la OCDE y el BM admiten que si bien el derecho de competencia puede proteger varias finalidades, también advierten que la protección de una pluralidad de objetivos puede dar lugar a situaciones conflictivas al querer proteger fines incompatibles entre sí, como la protección simultánea de la pequeña empresa y de la eficiencia económica

Es por ello que generalmente ambos deben ser tomados en cuenta para la correcta interpretación y aplicación de esta rama del derecho, en atención a los intereses que se quieren proteger y a las exigencias de la economía globalizada. En la actualidad, uno de los grandes desafíos que enfrenta el derecho de competencia moderno es la conjugación de la tutela del bienestar de los consumidores- que en sistemas como el salvadoreño debe tenerse en consideración por mandato constitucional, con el fomento de formas de eficiencia económica que permitan mayor competitividad de las empresas nacionales en el ámbito internacional.<sup>71</sup>

La eficiencia constituye indudablemente uno de los fines que el derecho de la competencia moderno debe tomar en consideración, en virtud de los retos que la nueva economía impone.<sup>72</sup> El derecho regulador de la competencia debe fomentar y permitir el máximo aprovechamiento de los recursos que resulten en márgenes razonables de ganancia, ya que ello constituye un incentivo para que las empresas inviertan en mejorar los procesos productivos, generando innovación y desarrollo tecnológico. Este resultado se convierte en un beneficio para toda la sociedad.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Sobre la relación entre defensa de la competencia y competitividad internacional, *vid.* PORTER, M., *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press, New York, 1990, p. 117, quien advierte que las ventajas competitivas que las empresas pueden tener en el ámbito internacional están estrechamente relacionadas con su sometimiento a un régimen de competencia vigorosa en el mercado nacional. En sentido similar, IMMENGA, U., *op. cit.*, p. 96 y ss., quien expresa que habrá que dar mayor debate a las cuestiones relativas a la competitividad internacional que se contraponen a las políticas de competencia interna y GELLHORN, E. y otros, *op. cit.*, p. 48 donde estos autores manifiestan que la eficiencia económica es tomada en consideración, ya que las empresas estadounidenses batallan contra formidables competidores extranjeros.

<sup>72</sup>*Vid.* GELLHORN, E., y otros, *op. cit.*, pp. 45-47, quienes textualmente expresan “*Even if the Supreme Court declines to resolve the goals issue, efficiency probably will remain paramount in antitrust litigation for the foreseeable future* (Aunque la Corte Suprema decline resolver la problemática de los fines, existe probabilidad que la eficiencia seguirá siendo de suma importancia en la litigación de casos de competencia, en el futuro no lejano)”. A diferencia del informe de la OCDE y del Banco Mundial citado *supra*, GELLHORN restringe los fines del derecho *antitrust* a fines exclusivamente económicos y los divide entre los que atienden a criterios de eficiencia económica y los que no.

<sup>73</sup> *Vid.* SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *op. cit.*, p. 16, quienes comentan que la innovación y el desarrollo tecnológico pueden considerarse como un fin autónomo del derecho de competencia, digno de protección. La sociedad entera se ve beneficiada, la innovación y el progreso tecnológico, ya que por una parte, el mercado premia con ganancia a quienes introducen productos nuevos o de mejor calidad y por otra, los consumidores se ven beneficiados con los frutos de la innovación y del desarrollo tecnológico. *Vid.* Uno de los primeros y más relevantes trabajos sobre la competencia y la innovación en SCHUMPETER, J.A., “The Dynamics of Competition and Monopoly”, en AA.VV., *Monopoly and Competition*, Penguin Books, London, 1969, pp. 43 a 44, quien sostiene que el empresario se esfuerza para desarrollar productos novedosos- mejores y diferentes-, que le permitan suprimir la competencia durante cierto tiempo: se compete para no tener que competir. En el mismo sentido, HYLTON, K.N., *Antitrust Law: Economic Theory and*

### 4.3 La Eficiencia económica en la normativa de competencia salvadoreña

A diferencia de países como España,<sup>74</sup> la Ley de Competencia de nuestro país, se limita a mencionarla como uno de los fines perseguidos. Sin embargo, hemos encontrado que en su intento por proporcionar algunos elementos que contribuyan a determinar los resultados que pueden considerarse ganancias en eficiencia, en casos de acuerdos verticales y de control de concentraciones, el Reglamento de la LC parte de una concepción de eficiencia económica basada en la eficiencia productiva y en la eficiencia dinámica.

En el artículo 14 del Reglamento de la LC, el legislador incluye criterios que corresponden distintas manifestaciones de estas dos formas de eficiencia mencionadas anteriormente.<sup>75</sup> Los incisos a), b), c) y e) se refieren a manifestaciones de la eficiencia productiva, estableciendo que se consideran ganancias en eficiencia las siguientes:

- a) La generación de ahorros en recursos que permitan al agente económico, de manera permanente, producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo;*
- b) La generación de menores costos si se producen dos o más bienes o servicios de manera conjunta que separadamente;*
- c) La disminución significativa de los gastos administrativos; y,*

---

*Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 19 a 21 y TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, 13<sup>th</sup> reprinting, MIT Press, Cambridge, 2002, pp. 389 y 390.

<sup>74</sup> Vid. Preámbulo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia del 3 de julio de 2007: “La existencia de una competencia efectiva entre empresas constituye uno de los elementos definitorios de *una economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento en la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*”.

<sup>75</sup> Vid. artículo 14 y artículo 21/e del Reglamento de la LC, en los que se expresa que estos criterios deberán ser tomados en consideración, al evaluar las conductas entre no competidores previstas en el artículo 26 de la LC, puesto que se trata de conductas valoradas conforme a la regla de la razón y sancionables sólo cuando produzcan efectos anticompetitivos mayores que los pro competitivos. También habrá que considerarlos en los supuestos de concentraciones económicas, donde las ganancias en eficiencias demostradas, vinculan la decisión de la autoridad de competencia, puesto que las concentraciones económicas que demuestren ganancias en eficiencia no pueden ser denegadas, de conformidad con el inciso último del artículo 34 de la LC.

*e) La disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.*

Por otra parte, el literal d) de este mismo artículo se refiere a manifestaciones de la eficiencia dinámica, al señalar que la transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado, también se consideran ganancias en eficiencia:

*d) La transferencia de tecnología de producción o conocimiento de mercado.*

En igual forma, en las resoluciones de la SC, las referencias a la eficiencia económica no son muy detalladas. En la resolución final proveída en un caso de abuso de posición dominante -caso de “La Constructora y el Operador de Televisión por Cable“- en noviembre de 2007, en uno de los primeros casos resueltos por la Superintendencia de Competencia, el CDSC manifestó que se entiende por eficiencia económica:

*“aquella situación que propicia la mejor asignación de recursos escasos y que causa una mejora del bienestar general”.*<sup>76</sup>

En las autorizaciones de concentración entre Citibank Overseas Inversiones y Banco Cuscatlán y en la autorización de concentración entre Millicom y otras empresas de telecomunicaciones, el CDSC se vio obligado a profundizar en el tema de la eficiencia, ya que ambas concentraciones fueron autorizadas de conformidad con el artículo 34 de la LC, con base en las eficiencias proyectadas por los intervinientes:

*“Para determinar si una concentración provocará una limitación significativa de la competencia, la Superintendencia, deberá tomar en*

---

<sup>76</sup> Vid. la resolución SC-017-D/PA/NR-2006 del 8 de noviembre de 2007, donde el CDSC estableció que la protección de la eficiencia económica constituía uno de los fines de la Ley de Competencia y que ésta debía entenderse como “aquella situación que propicia la mejor asignación de recursos escasos y que causa una mejora del bienestar general”, agregando que la “regulación privada a la entrada no genera eficiencias en el mercado relevante, sino que al contrario impide la asignación de los recursos, pues los mismos no pueden llegar hasta las personas que los demandan”.

*cuenta, además de los criterios establecidos en los artículos 28 y 29 de esta Ley, los siguientes:*

- a) Eficiencia económica; y*
- b) Cualquier otro elemento relevante.*

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

En ambos casos, la autoridad de competencia nacional manifestó que las eficiencias que puede generar una operación de concentración pueden ser de diversa índole, pero que consideraba como más favorables, las eficiencias productivas que puedan generar una reducción de los costos operativos que incidan de manera directa en una reducción de precios a corto plazo y como menos significativas, las eficiencias que generen reducción de costos fijos, ya que éstas tienen un efecto más a largo plazo y menos sensible en la reducción de precios.

En forma complementaria, la SC expresó que en materia de concentraciones también es necesario tomar en cuenta las eficiencias dinámicas, que se manifiestan en forma de innovaciones o mejoras productivas, procesos más expeditos o de significativamente menores requerimientos y/o nuevos y mejores productos, entre otros, ya que además de la reducción de costos, el acceso a mejores o distintos productos también beneficia al consumidor.<sup>77</sup>

No obstante ello, dado el poco tiempo que la autoridad de competencia nacional tiene de haber comenzado a funcionar, consideramos que es prematuro concluir cuáles son las manifestaciones de eficiencia a las que la Ley se refiere o a las que la SC dará primacía.

---

<sup>77</sup> Resolución final SC-016-S/C/R-2008 del 30 de septiembre de 2008, *Millicom y otros* y Resolución final SC-012-S/C/R-2007 del 8 de mayo de 2007, *Citibank Overseas e Inversiones Financieras Cuscatlán*.

Además, cabe reiterar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, señala que en realidad, las tres formas de eficiencia son compatibles con los fines perseguidos por el derecho de competencia, opinión que también ha sido respaldada por algunos sectores calificados de la doctrina, aunque exista cierta tendencia a querer fomentar la eficiencia dinámica por cuanto aporta cambios más significativos y permanentes en la calidad de vida de la sociedad en general.<sup>78</sup>

Entre otros, Massimo Motta desarrolla un interesante análisis sobre los efectos de la falta de competencia en las tres formas de eficiencia mencionadas, llegando a la conclusión que el irrestricto poder de mercado limita los beneficios que se obtienen de la eficiencia distributiva, de la eficiencia productiva y de la eficiencia dinámica. En el primero de los casos, porque la falta de competencia disminuye los niveles generales de bienestar. En el segundo, porque se desmejoran los procesos productivos y en el tercero, porque se reduce la inversión en desarrollo y tecnología.<sup>79</sup>

Con especial referencia a economías pequeñas como la salvadoreña, M. Gal concuerda que el régimen regulatorio de la competencia debería permitir la maximización del bienestar general, a través de la creación de incentivos que fomenten la eficiencia productiva, asignativa y dinámica.<sup>80</sup>

Desde la perspectiva del análisis económico, podemos iniciar mencionando que si bien Franz Böhm- economista de la Escuela Económica de Friburgo- expresó que "La competencia constituye el instrumento de desapoderamiento más genial de la historia"; idea que también parece haber inspirado la ley antimonopolios de los EE.UU. o *Sherman Act* de 1890, surgida en gran parte como freno a las grandes concentraciones de poder económico que en esa época emergían en los Estados Unidos de América en la forma de *trusts*, aunque posteriormente y que la jurisprudencia proveída por la Corte Suprema de Justicia de ese país, fue dirigiendo los fines de la norma a la protección de la

---

<sup>78</sup> Vid. Dynamic Efficiencies in Merger Analysis, OCDE, May, 2008, p. 11.

<sup>79</sup> Esta misma postura es retomada por un sector de la doctrina europea. En la obra de MOTTA, M., *op. cit.*, pp. 40 y ss. En sentido parecido, pero a partir de una delimitación positiva, GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., *op. cit.*, p. 19, manifiestan que es precisamente la confluencia de las tres formas de eficiencia que permite que se maximice el bienestar social.

<sup>80</sup> Vid. GAL, M.S., *Competition Policy in Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, p. 47.

fragmentación del mercado, como en *Chicago Board of Trade. V. United States* 246 US 231 (1918) y *Brown Shoe Co, v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), actualmente se considera que el derecho de competencia no debe servir para penalizar lo que la competencia pretende fomentar: la conquista del mercado por los operadores más eficientes.<sup>81</sup>

En realidad, el fomento de la eficiencia económica constituye un fin indisociable del bienestar del consumidor porque en la práctica más que un fin en sí mismo, constituye el mecanismo idóneo para proteger el bienestar del consumidor. Desde un enfoque económico, la promoción de la eficiencia constituye el mejor fin que la normativa de competencia puede proteger porque constituye una finalidad que promueve una mayor cantidad de beneficios derivados de las actividades económicas, para un mayor número de personas. En términos de Stigler, la eficiencia perseguida por la Ley de Competencia es sumamente deseable, puesto que permite alcanzar el objetivo del bienestar del consumidor a partir del mayor rendimiento y del menor costo posible.<sup>82</sup>

La maximización de recursos escasos permite satisfacer una mayor proporción de necesidades a partir de unos mismos insumos. La promoción de la eficiencia en sus tres manifestaciones, a través de la presión competitiva, promueve una mayor productividad y rendimiento de la economía, logrando la satisfacción de las necesidades de un mayor sector de la población, así como mayores avances científicos y tecnológicos que llevan a descubrimientos o invenciones que en algunos casos pueden mejorar la calidad de vida de la humanidad.

En términos paretianos, la eficiencia económica implica que a partir de una serie de recursos determinados se alcancen los mayores niveles de bienestar posibles para cada miembro de la sociedad. En forma complementaria, a partir de criterios maximizadores, la promoción de la eficiencia como finalidad protegida por el derecho de competencia,

---

<sup>81</sup> Los más conocidos opositores de la finalidad del derecho de la competencia como arma contra el crecimiento empresarial, han sido los expositores de la Escuela de Chicago. Entre ellos, el Juez BORK, R.H., *op. cit.*, pp. 62-67 y en la doctrina latinoamericana, *vid.* BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, pp. 637-695.

<sup>82</sup> STIGLER, G., "Law or Economics", *Journal of Law and Economics*, Vol. 35, N. 2, Oct. 1992, pp. 458 y 459, quien señala que la eficiencia contiene dos elementos valiosos un medio y un fin, pero que en la práctica el considera que no debe abordarse en forma aislada sino que como según su efectividad en la consecución del propósito que se persigue: "efficiency is to be judged only by respect to the goal that one seeks".

permite que se alcancen objetivos socialmente deseables por nuestra normativa - como el bienestar del consumidor, con el menor costo posible.

## **5. A título de conclusión**

Si bien entendemos que aún en los Estados Unidos no se han llevado a cabo estudios comprensivos que cuantifiquen los beneficios de la legislación de competencia *vs.* otras legislaciones y aunque actualmente, en El Salvador, no es posible determinar con propiedad los efectos de la primera Ley de Competencia, en la medida que la ejecución de muchas de las decisiones finales de los casos conocidos en estos primeros cuatro años, se encuentra paralizada en virtud de las suspensiones ordenadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, es de esperar que en nuestro país, la aplicación de la Legislación de Competencia conduzca a mercados más eficientes en los cuales, los operadores económicos aspiren a mayores ganancias a través de distintas formas de eficiencia económica que les permitan satisfacer en mejor forma las necesidades o deseos de los demandantes de bienes y servicios.

En este sentido podemos concluir que las opciones del legislador salvadoreño en materia de fines de la Ley de Competencia han sido atinadas, en la medida que se trata de fines que, además favorecer el cumplimiento de los mandatos constitucionales establecidos en el régimen económico contenido en nuestra Ley Primaria, promueven comportamientos empresariales o de los agentes económicos que inciden favorablemente en la sociedad en su dimensión de consumidora.



## OBRAS CITADAS

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, Barcelona, enero 2007.

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, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 243 - 263.

BORK, R.H., *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Free Press, 2<sup>nd</sup> edition, New York, 1993.

BREYER, S., *Economic Reasoning and Judicial Review*, Distinguished Lecture 2003, American Enterprise Institute for Policy Research and- Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2004.

BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003.

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.

CARLTON, D.W. y PERLOFF, J.M., *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, 3<sup>rd</sup> Edition, Massachusetts, 2000.

CHANG, H.H., EVANS, D.S. y SCHMALENSEE, R.L., “Has the Consumer Harm Standard Lost Its Teeth?”, en HAHN, R.W., *High-Stakes Antitrust: The Last Hurrah?*, American Enterprise Institute for Policy Research and Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2003, pp. 72 y ss.

DIEZ ESTELLA, F., “Los Objetivos del Derecho Antitrust”, en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n. 224, marzo/abril 2003.

EVANS, D.S. y SCHMALENSEE, R.L., “How the Government is Selling an Antitrust Case without Consumer Harm in *United States v. Microsoft*”, en EVANS, D.S., FISHER, F.M., RUBINFIELD, D.L., SCHMALENSEE, R.L., *Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views*, American Enterprise Institute for Policy Research and Brookings Institution Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C., 2000, pp. 53 y ss.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M., *La Competencia*, Alianza, 1ª edición, Madrid, 2000.

GAL, M.S., *Competition Policy in Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, 8ª edición, México D.F., 1987.

GELLHORN, E. y otros, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West, 5<sup>th</sup> edition, Los Angeles, 2004.

GUTIÉRREZ, I. y PADILLA, A.J., “Economía de la Competencia”, en BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAÍLLO GONZÁLEZ - ORUS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2005, pp. 1-58.

HICKS, J.R., “The Theory of Monopoly”, in *Econometrica*, Vol. 3, N. 1, January 1935.

HYLTON, K.N., *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

IMMENGA, U., *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, traducido por José Miguel Embid Irujo y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

KOLASKY, W.J. and DICK, A.R., “The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into Antitrust Review of Horizontal Mergers”, en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, n. 1 (2003).

MCADAMS, T. y otros, *Law, Business, and Society*, Irwin, 2nd edition, Boston 1989.

MOTTA, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

OLESTI RAYO, A. y ÁLVAREZ VERDUGO, M., “La Unión Europea y la Política de Libre Competencia: actividad normativa de la Comunidad Europea”, en AA.VV., *Privatización, Desregulación y ¿Competencia?*, Edición a cargo de Germá Bel i Queralt, Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996, pp. 221 y ss.

PORTER, M., *The Competitive Advantage of Nations*, The Free Press, New York, 1990.

POSNER, R., *Análisis Económico del Derecho*, traducción de Eduardo Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1998, pp. 11-33 y 259-305

-- *Antitrust Law*, Chicago Press, 2<sup>nd</sup> edition, 2001.

- “El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo”, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2, N. 7, invierno 2005, pp. 7-16.

SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D., *Economía*, McGraw-Hill, 18ª edición, México, 2006.

SCHUMPETER, J.A., “The Dynamics of Competition and Monopoly”, en AA.VV., *Monopoly and Competition*, Penguin Books, London, 1969, pp. 40- 68.

STIGLER. G., *Historia del Pensamiento Económico*, traducido por Emilio M. Sierra, El Ateneo, México, 1979.

-“Law or Economics”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 35, N. 2, Oct. 1992, pp.455-468.

STIGLITZ, J.E. y WALSH, C.E., *Economics*, 3rd. Edition, W.W. Norton & Company, Inc., New York, 2002.

SULLIVAN, L.A. and GRIMES, W.S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Thomson-West, 2<sup>nd</sup> edition, Los Angeles, 2006.

TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, 13<sup>th</sup> reprinting, MIT Press, Cambridge, 2002.

VISCUSI, W.K., HARRINGTON, J.E. y VERNON, J.M., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 4<sup>th</sup> edition, Cambridge, 2005.

#### OTROS DOCUMENTOS CITADOS

AMC-*Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations*, Washington D.C., April, 2007.

Defensoría del Consumidor de El Salvador, *Política Nacional de Protección al Consumidor*, presentado en San Salvador, agosto 2007.

Organization for Economic Cooperation and Development, *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, May, 2008

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

United Nations Conference on Trade and Development, *Model Law on Competition*, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Geneva, 2003.