

521

REF: 438-2007

HONORABLE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

RICARDO ANTONIO MENA GUERRA y JULIA EMMA VILLATORO TARIO antes JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON, de generales conocidas en el proceso contencioso administrativo bajo referencia 438-2007, promovido por la sociedad ESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED, mediante el cual impugna actos administrativos dictados por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, a Vos atentamente EXPONEMOS:

I.- FASE PROCESAL.

Mediante auto pronunciado por esa honorable Sala a las catorce horas, veinte minutos del día veintiséis de junio del año en curso, se le solicita a la autoridad demandada rendir informe dentro de quince días hábiles.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Orden judicial que cumplimos a continuación.

II.- A MANERA DE PREFACIO.

Queremos comenzar exponiendo a esa honorable Sala, la redacción etérea y hasta cierto punto asistemática, del escrito de demanda presentado por ESSO, en el cual se retoman una y otra vez los mismos argumentos vertidos, bajo distinto acápites y planteamientos, para hacer parecer que el procedimiento administrativo sancionador estuvo repleto de ilegalidades, cuando en realidad, tal y como consta en el respectivo

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARIO
ABOGADO

expediente y ahora sustentamos, se mantuvo en estricto apego a la legalidad y constitucionalidad.

Pero lo relevante del caso es que con dicha redacción difusa, ha puesto en una situación de indefensión a la Administración, por cuanto ha sido en extremo dificultoso determinar cuáles son los puntos sobre los que se reclama, para ejercer una defensa adecuada.

III. - DE LA NATURALEZA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA.

Muchos de los fundamentos que a continuación vertimos, tienen su origen en las particularidades propias de la Superintendencia de Competencia y de la materia específica que hoy nos ocupa. Razón por la cual, procedemos a exponer de forma sucinta la naturaleza técnico – jurídica de la misma y sus atribuciones generales.

Este ente constituye una manifestación de lo que la doctrina conoce como órganos descentralizados¹. De ahí que se constituya como una institución de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria (Art. 3 LC).

El rol de este ente descentralizado es promover, proteger y garantizar la competencia mediante la instrucción de procedimientos de tipo cuasi-jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por un agente económico en violación a ciertas normas².

En consecuencia, su atribución de conocimiento es mixta y compleja, por cuanto implica detentar la potestad de ser la rectora, desde un punto de vista técnico, jurídico y económico, en materia de

¹ Vid. DE LAUBADÉRE, André, "Manual de Derecho Administrativo", Bogotá, Temis Librería, 1984. pp. 133

² Vid. COLOMA, CESAR, "Defensa de la Competencia", Buenos aires, Editorial Ciudad Argentina, 2003. p. 15

competencia. Reafirmando, podemos expresar que su esfera de conocimiento también es de carácter económico (Art. 4 LC).

Por lo anterior, resulta comprensible que los funcionarios o servidores públicos que ejercen tales facultades administrativas deban, por mandato legal, ser juristas, economistas y/o administradores de empresas (Art. 9 LC), a fin de que las situaciones jurídico-económicas que se evalúen estén dentro del campo profesional de su conocimiento.

Dichas características son homogéneas en todo el derecho comparado, donde se evidencia que las autoridades con potestad para la defensa de la competencia tienen atribuciones jurídico-económicas³.

IV. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Nuestra Constitución dispone en su Art. 14: "Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad".

LIC. RICARDO ANTONIO MERRA GUERRA
ABOGADO

Bajo esta línea, el ordenamiento jurídico ha diseñado la estructura del debido proceso que la Superintendencia de Competencia debe seguir en sus actuaciones.

LIC. JULIA EMMA TILATORO TARIQ
ABOGADO

Así, en primer lugar, es necesario señalar que el procedimiento administrativo sancionador puede ser iniciado **de oficio o por denuncia**, pudiendo proseguir –de considerarlo necesario, por no ser obligatorio– una fase de **investigación preliminar** a cargo de la figura del Superintendente,

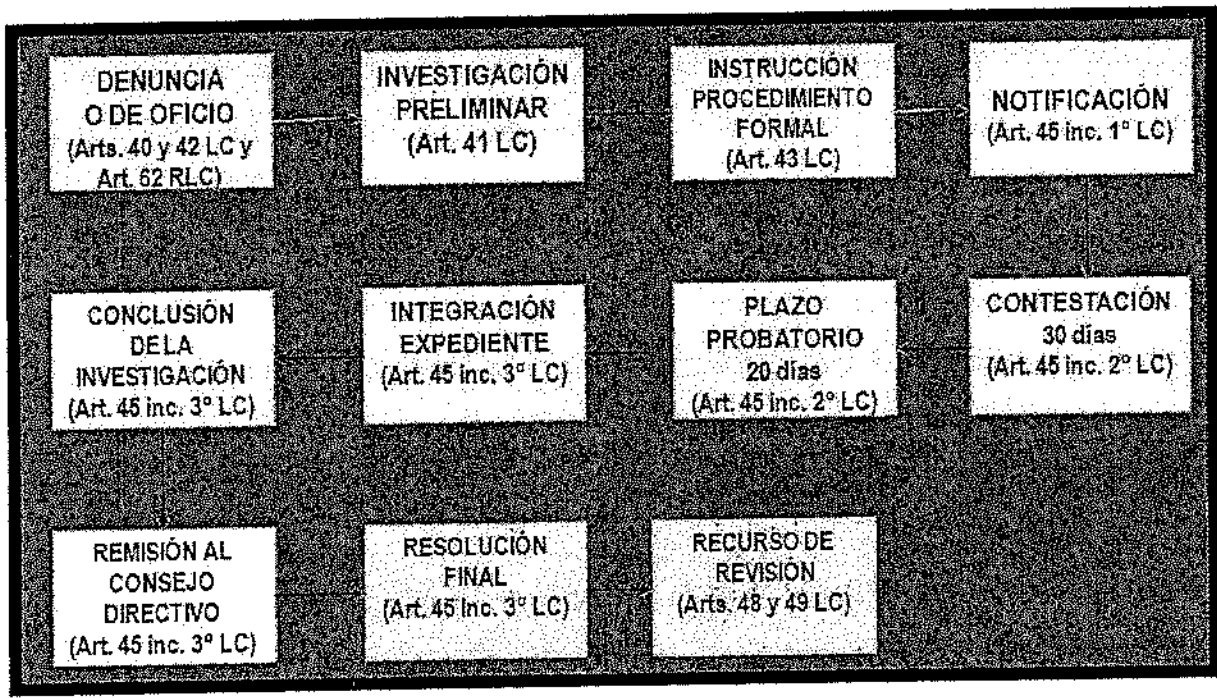
³ Vid. DROMI Roberto, "Competencia y Monopolio", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999. pp. 157-173

luego de la cual si existiesen indicios suficientes sobre la concurrencia de una vulneración o infracción, se da paso a otra fase de investigación más profunda, denominada la **instrucción del procedimiento administrativo**, bajo la dirección del Superintendente. Dentro de esta fase –en puridad, investigación formal–, se otorga al presunto infractor una audiencia por el plazo de treinta días calendario para que aporte alegaciones y ejerza su derecho de defensa. Precluída esta etapa se establece un **plazo probatorio** de veinte días hábiles.

Concluida la investigación, se procede a **integrar el expediente administrativo** y se **remite al Consejo Directivo**, el cual debe pronunciar **resolución final** dentro de un plazo no mayor de doce meses contados a partir de la investigación o hecha la denuncia (plazo que puede ampliarse, una vez, por el término no mayor de doce meses adicionales). Cabe agregar que el acto administrativo final opcionalmente puede ser objeto del **recurso de revisión**. La estructura procedimental antes descrita, se encuentra desarrollada en los artículos cuarenta y siguientes de la Ley de Competencia.

Obviamente, en el desarrollo de las fases del procedimiento brevemente indicadas, **se protegen los derechos y garantías de los administrados** y, además, se da cumplimiento al objeto de la Ley de Competencia: **asegurar la eficaz satisfacción de los intereses generales en el sentido de promover, proteger y garantizar la competencia en los mercados**.

Para una mayor comprensión de lo expuesto, presentamos el siguiente esquema del procedimiento administrativo de competencia:



Fuente: Sitio web: www.sc.gob.py, consultado el 21 de octubre de 2008.

V.- DE LA FINALIDAD Y ALCANCE DE LAS INVESTIGACIONES PREVIAS Y LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.

Tal y como lo hemos apuntado, las investigaciones previas a las que se refiere la Ley de Competencia tienen como finalidad recopilar elementos indiciarios que permitan, al menos, presumir, la concurrencia de infracciones a dicho cuerpo normativo, en aras de prevenir desgastes innecesarios tanto de la institución como de los administrados sujetos a tales actos investigativos.

Los elementos aquí encontrados permiten fundar o sustentar acciones en sede administrativa, tendientes a demostrar y tener por acreditados en la resolución final, todos y cada uno de los elementos típicos que componen la infracción administrativa en cuestión.

LIC. RICARDO ANTONIO HENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARRIO
ABOGADO

Ahora bien, se constituye un error técnico pretender que en la investigación se establezcan definitivamente aspectos de la conducta objeto del procedimiento, por cuanto desnaturalizaría la función del Consejo Directivo, ya que de nada serviría que dicha autoridad entrase a conocer el fondo del asunto, si esta ha quedado atada en su criterio por lo dispuesto en las investigaciones. Esto es tanto como pretender que un agente fiscal determine la calificación jurídica y condene por sí mismo a un sujeto sospechoso de cometer un delito, prescindiendo de la figura del juez.

En este sentido, se vuelve imperante aclarar que es al Consejo Directivo a quien le corresponde calificar a cabalidad lo concerniente en el proceso administrativo sancionador previsto por la Ley de Competencia, sobre todo, porque *"entre los principios procedimentales específicos doctrinariamente aceptados por el Derecho Administrativo Sancionador están: La debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, realizándose cada una por órganos distintos"* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de I/IV/2003, Ref. 135-R-2000)

En razón de lo anterior y a la luz de nuestro caso concreto, la legalidad de la sanción impuesta viene determinada por el cumplimiento de los requisitos formales y materiales previstos por la ley. Por tanto, no es dable pretender tener por establecidos elementos de manera previa a la resolución definitiva, como la parte actora intenta hacer ver respecto a la definición del mercado relevante.

Y es que, este elemento constituye un concepto de naturaleza económica y jurídica, y como todo componente del tipo punible, su

524

construcción va siendo nutrida en el procedimiento administrativo, desde la denuncia hasta el acto administrativo final a través del cual el Consejo Directivo emite la resolución definitiva, donde se califica a cabalidad. Si lo anterior no fuese así, existiría un pre juzgamiento, que lejos de salvaguardar el derecho de defensa, sería perjudicial para el administrado.

Por tanto, la naturaleza del procedimiento de competencia implica que al interior del mismo se discuta la definición del mercado relevante, el cual constituye un concepto que debe ser llenado de contenido a través de los hechos reveladores de la investigación, por lo que las consideraciones preliminares que se establezcan en cuanto al mercado investigado, no necesariamente deben coincidir con la conceptualización del mercado relevante, la cual debe considerar en su amplitud todos los argumentos y la prueba recabada durante el periodo de instrucción. Así lo ha sostenido la doctrina al señalar:

“No obstante, debe tenerse en cuenta que no ha de existir una similitud exacta entre el pliego de cargos y la decisión final. En esta, la Comisión puede concretar y complementar sus argumentaciones en base a hechos o fundamentos de derecho presentes en el expediente. El Tribunal de Justicia ha sido claro al señalar que *la decisión no debe necesariamente ser una copia de la exposición del pliego de cargos. En efecto, la comisión debe tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo tramitado para abandonar los cargos que se revelan infundados, y para justificar y concretar, tanto en los hechos como en derecho, las argumentaciones en que fundamenta los cargos que*

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIETA VILLATORO TARIQ
ABOGADO

mantiene. Esta última posibilidad no entra en contradicción con los derechos de defensa (...)"⁴.

Sostener que los alcances del mercado relevante deban establecerse preliminarmente, daría como resultado la irrelevancia de la instrucción, haciendo que pierda sentido la facultad investigativa de la Superintendencia y restringiendo, por otra parte, el derecho de defensa de los presuntos infractores o terceros interesados en el procedimiento administrativo.

Y es que, solo al final del procedimiento, en la fase de la resolución final, después de la evaluación de toda la prueba, la Superintendencia está en la capacidad de hacer un estudio profuso de encuadramiento fáctico de la prueba y los acontecimientos investigados frente a los requisitos o la tipología determinada como "Mercado Relevante" en el artículos 28 de la Ley de Competencia y 15 del Reglamento de la Ley de Competencia.

Para ilustrar de forma más clara el absurdo que implica pretender fijar un elemento integrante de la estructura típica de la infracción administrativa, traemos a cuenta un ejemplo en materia penal: Si la parte fiscal pretendiese atribuir al sujeto "X" la comisión del delito de Homicidio Agravado, por concurrir la causal prevista en el Art. 129 Ord 3º Pn., por cuanto así se los indica la investigación preliminar realizada, la representación fiscal no puede tratar de vincular al Juez de Sentencia a que tenga por acreditada tal circunstancia antes de la audiencia de sentencia. Es decir, existe un momento procesal oportuno para fijar los

⁴ Vid. CASES PALLERES, Lluís, "DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA" Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995, pp. 165-166.

elementos típicos, y resulta claro que la investigación preliminar no se constituye como tal.

Insistimos, pues, que el "Mercado Relevante" no compone un hecho aislado que deba ser declarado, sino, un concepto jurídico que debe ser calificado a partir de los hechos expuestos.

Por otra parte, de ninguna manera existe base legal o reglamentaria que indique que sea un presupuesto necesario dentro del procedimiento que el mercado relevante deba definirse de forma previa y definitiva al momento de emitir el auto de instrucción. Así, la doctrina ha expuesto:

"Debe prestarse atención a que la comunicación del pliego de cargos es un acto procedimental preparatorio de la decisión final de la Comisión sobre el fondo del asunto. Como criterio general, el Tribunal de Justicia en la sentencia IBM del 11 de noviembre de 1981 ha establecido que en tanto se trate de actos o decisiones cuya elaboración se efectúa en diferentes fases, especialmente en el curso de un procedimiento interno, resulta de los criterios jurisprudenciales que en principio sólo constituyen actos atacables las medidas que fijan definitivamente la posición de la Comisión o del Consejo como conclusión del procedimiento, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión final."⁵

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIQUETA LLATORO TAPIA
ABOGADO

⁵ CASES PALLARES, Lluís... *op.cit.* p. 166

VI.- DEL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO A LA FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL Art. 45 DE LA LEY DE COMPETENCIA EN RELACIÓN AL ART 220 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

ESSO ha manifestado en reiteradas ocasiones en su escrito de demanda, la supuesta ilegalidad del procedimiento administrativo sancionador instruido en su contra, porque no se anexó copia de la denuncia al momento de notificarles la apertura de la instrucción. Reitera vehementemente que lo anterior trajo como consecuencia el desconocimiento las imputaciones en su contra, generándole indefensión, obviando hábilmente que al momento de notificarles la investigación preliminar, se les entregó copia de la denuncia que ahora manifiestan desconocer.

Al respecto, es necesario establecer parámetros o silogismos que demuestren la incoherencia de los argumentos vertidos por ESSO respecto a los hechos que se constatan en el expediente administrativo correspondiente. De esta forma, si ESSO no hubiese tenido copia de la denuncia, no habría podido conocer los términos de la misma y, por consiguiente, tampoco podría haberse defendido de argumentos desconocidos. Sin embargo, a pesar que ESSO alega no haber conocido tal denuncia, dicha sociedad estructuró en sede administrativa, una defensa sistemática, tendiente a atacar todos y cada uno de los puntos contenidos en la referida denuncia, de lo cual se extrae que ESSO si poseía una copia de la misma.

Es decir, que el perjuicio alegado no concurre de modo alguno. Y es que, en indefensión se encuentra aquel que se ve en una situación de

impotencia o incapacidad de hacer valer sus derechos o defender los mismos; sin embargo, esto no ocurre en el caso de ESSO.

Cabe recordar que los actos de comunicación tienen como finalidad ulterior en el procedimiento administrativo, hacer saber a las partes elementos de su interés dentro del trámite, que pudiesen producir efectos sobre su esfera de derechos e intereses. Pero tal comunicación no es un mero favor, sino que tiene como finalidad procurar o facilitar a los administrados ciertas herramientas necesarias para su defensa, como lo es estar al tanto de los términos de la denuncia; por lo que si ésta es conocida por el interesado y ejerce su defensa bajo los parámetros de dicha denuncia, deberá entenderse cumplido el requisito de comunicación previsto por la ley.

Esta Honorable Sala ha expresado: *"Si bien, por su importancia, el legislador reviste a la notificación de una serie de formalidades de obligatorio cumplimiento para lograr su objetivo (el cual no es otro que el destinatario tenga pleno conocimiento del acto en cuestión), la validez de un acto de notificación debe juzgarse atendiendo a la finalidad para la cual está destinado, por lo que aún cuando exista inobservancia de formalidades, si el acto logra su fin, éste es válido y no podría existir nulidad"*. (Sentencia pronunciada el XII/XI/2004, Ref.41-O-2001).

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

En otra de sus resoluciones, la mencionada Sala ha manifestado: *"Si las formalidades que revisten las notificaciones no se cumplen debidamente, pero el particular tiene pleno conocimiento de la resolución, esa notificación es válida, y como consecuencia el acto es eficaz"*. (Sentencia pronunciada el 16/XII/2005, Ref. 213-A-2001)

LIC. JULIETA ESPINOSA VILLATORO TARRIO
ABOGADO

Expuesto lo anterior, resulta claro que los actos administrativos que se impugnan gozan de la característica de legalidad, por cuanto ESSO nunca se encontró en una situación de indefensión, como ha pretendido hacer ver en su escrito de demanda. Sobre todo porque, además de haber sido notificada de la investigación preliminar entregándole copia de la denuncia, también fue conocedora del auto de instrucción, el cual contenía **todos** los elementos necesarios para estructurar una defensa efectiva, entre ellos, los términos de la denuncia, las razones por las cuales se estaba instruyendo el caso, las conductas imputadas y su base legal.

Ahora bien, no obstante haber evidenciado que no es cierto que ESSO estuvo en situación de indefensión, procederemos a analizar las supuestas consecuencias que se generaron con el inverosímil desconocimiento de la denuncia, a saber:

- 1) La estrictamente formal: Pretendiendo así, otorgar un valor inmerecido al cumplimiento estricto de ritualismo, como si del derecho civil se tratase la cuestión.
- 2) Violación al derecho de audiencia: cuando durante todo el procedimiento en sede administrativo han presentado sus escritos de defensa atacando el fondo del asunto, los cuales han sido debidamente resueltos por la Superintendencia de Competencia.
- 3) El derecho de defensa: resulta por demás extraño alegar indefensión por los motivos referidos, cuando se han presentado por parte de ESSO, argumentos y elementos de prueba tendientes a demostrar sus extremos, así como diversos escritos con el fin de impugnar las actuaciones en sede administrativa.

Por tanto, ESSO intenta sorprender a esa Sala fabricando ficticias violaciones que no concurren de ningún modo dentro del procedimiento administrativo, creando artificialmente nulidades inexistentes, dejando de lado que la instrucción del procedimiento administrativo se apegó siempre a los parámetros que para su diligenciamiento requiere las garantías del debido proceso.

En este sentido, ESSO ignora que *las nulidades procesales, deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desprotección ostensible al administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo proceso y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspira (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 26/VI/2003, Ref. 178/M/2000)*, por cuanto este tipo de nulidad se informa bajo el principio de relevancia o trascendencia de la misma, al igual que su oportuno planteamiento en la vía procesal. Pero en el caso que hoy nos ocupa, ESSO nunca estuvo en tal situación de indefensión, como se comprueba de la vista de los escritos y elementos probatorios pretendidos en sede administrativa.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Adicionalmente a lo expresado en cuanto a que es evidente que ESSO sí conocía la denuncia y la investigación preliminar, es necesario manifestar que a dicho agente económico siempre se le garantizó el derecho de vista del expediente. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no depende de la voluntad de la Administración sino de la diligencia del administrado o su representado.

LIC. JULIA EMMANUELA TORO TARIQ
ABOGADO

Así, la Ley de Competencia contempla en su Art. 43 d): *La instrucción del procedimiento se ordenará mediante resolución motivada, en la que*

se indique lo siguiente (...) **Indicación del derecho de vista de las actuaciones**, de alegar e invocar las leyes y demás motivaciones jurídicas que justifiquen lo actuado por el presunto infractor, a aportar pruebas de descargo, a hacer uso de la audiencia y de las demás garantías que conforman el debido proceso legal .

Pero no sólo la Ley de Competencia estipula tal derecho, sino también el Código de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria como tanto lo ha alegado la parte actora, cuando estipula o fragua tal derecho para las partes en su Art. 1245 al prescribir : "*Los tribunales, Jueces y Secretarios no fiarán los procesos a las partes ni podrán dar documento alguno presentado en juicio, sino bajo conocimiento firmado por la parte y en virtud de decreto judicial; pero los que litigan y sus abogados podrán acudir a las oficinas a ver las actuaciones y documentos que les convengan y sacar apuntes o copias privadas de ellos, con tal que en uno y otro caso sean públicos*".

Por tanto, la ahora demandante estuvo en plena facultad legal de apersonarse a las instalaciones de la Superintendencia de Competencia y hacer valer el derecho de vista para superar su mal llamado estado de indefensión, pero se abstuvo de tal ejercicio y optó por conservar la supuesta ilegalidad como un argumento para esta instancia judicial que hoy nos ocupa, aún y cuando es claro y evidente que tuvo pleno conocimiento, tanto de la denuncia como de las investigaciones previas, razón por la cual, no es dable que ahora venga a alegar la nulidad de las actuaciones de la autoridad demandada, pues riñe a todas luces con la buena fe procesal.

528

VII.- DE LA ACUMULACIÓN.

ESSO ha sostenido en su línea argumentativa, que los actos administrativos que impugna, adolecen de ilegalidad por cuanto la Superintendencia no contaba con facultad legal para proceder a acumular los procedimientos, al no establecer la Ley de Competencia casos específicos para la acumulación de oficio.

En primer lugar, cabe acotar que la acumulación de procedimientos se extrae del principio constitucional de seguridad jurídica y economía procesal, al amparo de los cuales, se vuelve imperante que se instruyan procedimiento ágiles y fallos congruentes en casos íntimamente coaligados, como lo es el que ahora nos ocupa.

En ese sentido se ha expresado la Sala de lo Constitucional, cuando manifiesta que: "(...) el acto de acumulación tiene por finalidad cumplir con el principio de economía y evitar que sobre una misma causa recaigan sentencias contradictorias (...) (Sentencia pronunciada el 8/VI/1998, Ref. 264/98)

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Asimismo, dicha Sala ha sostenido que: "La acumulación de procesos supone la reunión de varios de ellos donde se ejercitan pretensiones conexas, a fin de que sean decididos en una sola sentencia, evitando así que se divida la contienda de la causa; existe conexidad cuando alguno o algunos de los elementos de la pretensión -subjetivo, objetivo o causal- sirven a la composición estructural de dos o más reclamaciones. (Sentencia pronunciada el 12/II/2007, Ref. 773/2006)

LIC. JULIA EMMANUELA TORO TARRIO
ABOGADO

Bajo este ideario, el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que el Superintendente puede ordenar la acumulación de actuaciones de conformidad a lo establecido en el derecho común. Pero es necesario señalar que dicha disposición es un desarrollo del procedimiento administrativo sancionador establecido en la ley, a favor de una economía procesal, por la que la remisión al derecho común debe realizarse con los matices propios del derecho administrativo sancionador, de la materia jurídica en aplicación, del bien jurídico tutelado y del orden público en juego, para no caer en la tentación de encajonar esta rama del derecho en los anaqueles propios del derecho civil. Y es que: *"Interpretar una norma es una operación cognoscitiva a través de la cual se busca desentrañar su espíritu y significado. Esto no puede realizarse de forma abstracta o aislada, sino, integrada en el contexto del cuerpo normativo a que pertenece, y de manera sistemática"* (Sentencia de la Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del XII/III/2001, Ref. 40-E-99)

Este criterio interpretativo ya ha sido sostenido por esa Sala en su jurisprudencia, al manifestar que: *"la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración"* (Sentencia V/VII/2005, Ref. 110-P-2001); es decir, que ni siquiera el derecho penal puede ser aplicado de forma directa y automática al derecho administrativo sancionador, con mayor razón, habrá que matizar toda remisión al derecho común.

Asimismo, esa Sala ha sostenido la necesidad de otorgar primacía a los postulados propios de la materia que se trate frente a los principios del derecho común, al manifestar: **"La interpretación de leyes tributarias**

328

(administrativas), se atenderá al fin de los mismos y a la propia naturaleza del Derecho tributario (administrativo), y sólo cuando no sea posible fijar por la letra o el espíritu el sentido de las normas, conceptos o términos de sus normas, podrá recurrirse al Derecho común" –paréntesis son nuestros– (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del XVII/II/1994, Ref. 17-H-90).

En congruencia con lo expuesto, la doctrina extranjera ha señalado como requisitos de la acumulación en sede administrativa:

- A) Que exista más de un expediente y que además estén entre ellos íntimamente relacionados (conexidad procesal).
- B) Que por razones de brevedad, economía y unidad de criterio, sea conveniente que puedan ser resueltos en el mismo procedimiento administrativo y por el mismo órgano administrativo⁶.

Parafraseando a la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español, los anteriores se convierten en presupuestos lógicos y elementales para que proceda la acumulación, el que existan más de un expediente y que por la íntima conexión existente entre ellos, sea oportuno por razones de brevedad, economía y unidad de criterio que puedan ser resueltos por la misma autoridad que resultaría competente para conocer por separado de cada una de las infracciones a que dieran lugar⁷.

Pero más allá del argumento pragmático de economía procesal para la procedencia de la acumulación, hacemos notar que el acto administrativo definitivo realiza una serie de análisis jurídico – económicos:

⁶ Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, J., "El Procedimiento Administrativo Común", t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. P. 1191

⁷ Vid. Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español de XXVI/I/84

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARI
ABOGADO

de mercado relevante producto y geográfico, posición dominante, abuso de posición dominante, etc., que revelan la utilidad de la acumulación al perfilar la conexidad del tópico y de los agentes económicos vinculados, lo cual viene a reafirmar la procedencia de la acumulación, que se desprende entonces, de la naturaleza misma del derecho de competencia, circunstancia que la parte actora ha desconocido por completo en su demanda.

Por lo anterior, resulta evidente que el acto administrativo impugnado carece de ilegalidades derivadas por la acumulación de procedimientos, por cuanto ésta atiende a finalidades superiores que el mero formalismo dogmático arcaico.

VIII.- DE LA PRUEBA PERICIAL.

En los países de régimen de Derecho Administrativo como el nuestro, se ha acogido por regla general que las entidades que velen por el buen funcionamiento de los mercados y que ejerzan el control de las prácticas anticompetitivas sean entidades descentralizadas o autónomas, las cuales por ley tienen facultades para conocer de temas jurídico – económicos. Así lo dispone el Art. 4 de la Ley de Competencia cuando refiere que la Superintendencia tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico.

Ese binomio competencial se ve reflejado en las disposiciones de nuestro ordenamiento y en los requisitos técnicos que la ley exige a los funcionarios de dichos entes autónomos, los cuales, por la generalidad, deben ser profesionales en derecho o economistas (Art. 9 LC).

Ahora bien, se ha discutido durante todo el procedimiento la participación de un perito con la finalidad de que este proporcionase una serie de información jurídico – económica relevante al caso, así como elementos para determinar el mercado relevante, la posición dominante y el abuso de la posición dominante.

Dicho peritaje pretendía abordar temas propios de la competencia material de la Superintendencia, para demostrar que la hipótesis contenida en el auto de instrucción era incorrecta, así como para ilustrar sobre el posible contenido de la resolución final que, en efecto, emitió el Consejo Directivo.

Es necesario establecer que la prueba pericial es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juzgador **no posee o puede no poseer** y para facilitar la percepción de hechos concretos u objeto de debate, es decir, que el perito se vuelve en un auxilio para que el juez se forme una idea respecto a elementos que escapan de su propia ciencia, técnica o arte, por lo que este tipo de prueba será pertinente cuando lo que se trate sea conocer o apreciar algún hecho que exija conocimientos especializados, científicos, artísticos o prácticos⁸, **respecto de los cuales no exista un conocimiento técnico por parte del que conoce de la causa.**

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

En este sentido, parafraseando en esta ocasión a esa Sala, los peritos dictaminan sobre cuestiones de hecho y su aportación específica consiste **en reglas generales o máximas relativas a la esfera de su ciencia, arte o práctica**, ya que se suministran al Juez directamente esas máximas, ya que se plasmen en el dictamen subsumiendo en ellas hechos o circunstancias

LIC. JULIA EMMA TULLATORO TARIQ
ABOGADO

⁸ GORDILLO Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 4, 5ª Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002. p. VI-35

concretas. La aportación de los elementos y datos técnicos que la persona versada hace al proceso para dilucidar la controversia, constituye un medio de prueba que **tiene por objeto permitir que el Juez u órgano decisor, en su caso, conozca los datos técnicos a valorar** para alcanzar la resolución que de mejor modo satisfaga los intereses en conflicto. (*Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 31VI/2001, Ref. 114-S-2000*).

Queda claro, pues, que esa Sala reconoce abiertamente que los dictámenes periciales deben versar sobre materias ajenas al orden de conocimiento que la ley atribuye al operador. Y es que, la lógica que informa la figura así lo indica.

En este orden de ideas, el contenido del peritaje solicitado por ESSO resultaba obviamente impertinente. Primero, porque el objeto de su dictamen es precisamente una de las atribuciones medulares de la Superintendencia de Competencia (Art. 4, 29 y 30 LC); y segundo por que el personal de este ente autónomo, está conformada por un equipo técnico, jurídico y económico, que tienen los conocimientos suficientes para la determinación del tema de la pericia solicitada. Así, no es que no sea posible controvertir los criterios económicos y jurídicos de la Superintendencia de Competencia, es sólo que la prueba por peritos ofrecida por la impugnante, en este caso no gozaba de la pertinencia necesaria.

No es tampoco que en sede administrativa no pueda presentarse prueba pericial, por el contrario, es completamente válido, siempre y cuando sea pertinente.

Resumiendo, la prueba por peritos a la que nos hemos referido no es pertinente por reñir con el ámbito de conocimiento de la Superintendencia de Competencia, por cuanto ésta no necesita valerse de terceros para el ejercicio de sus funciones dentro del procedimiento administrativo. Sostener lo contrario es tanto como proponer como perito al tratadista colombiano GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ para que vierta su peritaje sobre nulidad absoluta en un caso ante la jurisdicción civil. O bien, proponer al español MUÑOZ CONDE para que vierta su peritaje sobre la correcta aplicación del Código Penal ante la jurisdicción penal; o peor aún, ¿Qué resolvería esa Sala si le solicitásemos que nombrase como perito a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA o ALEJANDRO NIETO, para que dictamine sobre la procedencia de la revocatoria de la suspensión del acto administrativo?


 LIC. RICARDO ANTONIO NIETA GUERRA
 ABOGADO

Por otra parte, la prueba pericial es una prueba especial por su propia naturaleza y contenido, teniendo las siguientes peculiaridades: a) la prueba por peritos tiene por característica que en ella se aprecia lo que ya ha sido con anterioridad adquirido a través de otro medio de prueba; y b) su segunda gran característica es su fungibilidad, que se demuestra porque no es necesaria cuando el operador del derecho tienen ya los conocimientos precisos.

Queremos dejar por sentado que en todo proceso materialmente jurisdiccional, quien conoce de la causa está dotado de una serie de facultades que le permiten ordenar el desarrollo del procedimiento. En este caso, la Superintendencia de Competencia, al percatarse que la prueba pericial era impertinente, procedió a rechazarla, como bien la faculta el artículo 46 inciso 2º del Reglamento de la Ley de Competencia. No es que fuese un capricho: es que era su competencia material (Prueba no idónea

= inadmisión; prueba ilegal = inadmisión; prueba impertinente = inadmisión).

Aceptar que el acto administrativo es ilegal en razón de haber inadmitido la prueba pericial, es tanto como afirmar que dicha ilegalidad deriva de la mera inconformidad de la impugnante.

En razón de lo anterior, admitir la pericia requerida en el caso en cuestión, hubiese significado desnaturalizar la función administrativa confiada por el ordenamiento jurídico a la Superintendencia de Competencia, por lo que los actos ahora reclamados se revisten de absoluta legalidad.

IX.- DE LA TIPICIDAD FORMAL.

La parte actora sostiene que la conducta anticompetitiva por la que fue sancionada en conjunto con otro agente económico, era atípica respecto de la hipótesis legal bajo la cual se realizó la investigación, por cuanto afirman que el Art. 30 LC al hacer relación del concepto de posición dominante se refiere de forma pética y taxativa a UN agente económico, por lo que dicha estructura típica no admite la concurrencia de una pluralidad de sujetos activos.

ESSO trató de basar sus elucubraciones en la formulación de la denuncia realizado por ASDPP (**la misma denuncia que dijo desconocer, nunca haber tenido a la vista y encontrarse en estado de indefensión como consecuencia**), por cuanto dicha asociación los denunció de forma individual a cada uno de los agentes económicos. ESSO ha intentado hacer ver este hecho como confirmatorio de sus argumentos antes referidos, como si la ASDPP tuviese competencia para determinar y

LIC. RICARDO ANTONIO MEJIA GUERRA
ABOGADO

JULIA EMANUELA VILLATORO TARIQ
ABOGADO

calificar elementos típicos contenidos en la Ley, lo cual resulta a todas luces inviable desde la óptica de la juridicidad.

Con todo el respeto que nos merece nuestra contraparte, queremos mencionar que dicha postura carece de sustento lógico – jurídico, por cuanto el legislador (en toda construcción típica punitiva) redacta o construye los supuestos de hecho en términos semánticos que atienden a la singularidad del sujeto que realiza la acción. Así, el Art. 128 CPn. dispone "el que matare a otro (...)". En el Art. 131 del mismo cuerpo normativo: "El que indujere a otro (...)". Como estos ejemplos podemos encontrar un gran número en la legislación penal (derecho punitivo por antonomasia), y sin embargo, a nadie se le ocurriría afirmar que no pueden concurrir dos o más personas para perpetrar un homicidio, un robo, un hurto, es decir, en coautoría.

Al respecto, la literatura jurídica nacional ha sostenido que cuando el legislador se refiere al sujeto infractor de quien proviene la acción punible, lo hace de manera impersonal con la expresión: "El que...", lo cual puede conducirnos a considerar erróneamente que la comisión de ese hecho delictivo únicamente puede ser obra de un sujeto singular. Por el contrario, en la comisión de un delito pueden intervenir varios sujetos⁹.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

Por su parte, esa honorable Sala ha expuesto que: "La tipificación –tipo normativo– de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador **de forma genérica** sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción, a pesar de no tener un destinatario concreto –de ahí lo genérico–, incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el

LIC. JULIA ENRIQUETA VILLATORO TARRIO
ABOGADO

⁹ Vid. RODRIGUEZ CRUZ, Delmer y otros, "Manual de Derecho Penal", San Salvador, Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, 1992. P.439.

aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, y el bien jurídico tutelado". (Sentencia de VII/IX/2005, Ref. 333-C-2004).

Y es que, la estructura típica se limita a enunciar el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, los cuales deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del VII-IX-2005, Ref. 333-C-2004).

Aceptamos, reafirmamos y defendemos el principio de legalidad y tipicidad de los delitos y las penas, proclamado en nuestra Constitución. Pero lo que no admitimos son interpretaciones absurdas que desnaturalicen la ley al grado de hacerla inoperante, por cuanto la defensa de la Constitución, deber supremo de todo funcionario público, también implica la del ordenamiento secundario inspirado y promulgado en razón de la norma primaria, por lo que no es dable pretender inaplicar la Ley de Competencia de forma velada, mediante interpretaciones parcializadas, razón por la cual, los actos impugnados gozan de una legalidad plena por adherirse en todo momento a la norma que los sustenta, así como también a su teleología.

X.- DEL NEXO DE CULPABILIDAD.

ESSO ha sostenido en su demanda, que en el caso que hoy nos ocupa, no concurre un nexo de culpabilidad que permita imputarle la comisión típica de las infracciones previstas en la Ley de Competencia,

específicamente en el Art. 30, por cuanto dicha disposición exige que tales comportamientos sean realizados con la "intención o el **EFFECTO** de disminuir, eliminar o desplazar la competencia"; lo cual, a criterio de la parte actora, no ha sido acreditado por la autoridad demandada, sin tomar en cuenta, que todos los encargados de dirigir a dicho agente económico, son personas medianamente educadas, conscientes del tamaño del negocio que administran y su importancia en la economía local.

En referencia a tal alegato, queremos manifestar que tal y como ha sido expuesto en la demanda, la institución jurídica denominada "nexo de culpabilidad", no debe convertirse en una puerta a la impunidad, pues su función primordial consiste en **determinar claramente los sujetos a quien debe atribuírsele la conducta determinada**, es decir, que esta figura pretende garantizar la legalidad de la pena a imponer a un sujeto determinado para cada caso concreto. Es más, ha sostenido la demandante que tal requisito cede ante el interés general que la norma violada tutela. Entonces, ¿cómo es posible que sostenga que no existe nexo de culpabilidad suficiente para ser acreedora de la sanción, si en todo el procedimiento administrativo sancionador ha quedado de manifiesto que tanto ESSO como SHELL ha sido los responsables directos de las conductas anticompetitivas investigadas, respecto de una norma que tutela bienes jurídicos de interés público, como lo es la libre competencia?

Esta circunstancia se confirma de la lectura de sus alegatos, en los que en ningún momento han pretendido negar la concurrencia de los supuestos fácticos integrantes de la conducta anticompetitiva, es decir, no niegan la zonificación y la sugerencia o imposición de precios.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA ESTHER VILLATORO TAPIA
ABOGADO

Asimismo, es de hacer notar que el Art. 30 arriba citado preceptúa la concurrencia, de forma no copulativa, de la intención o el **EFEECTO** anticompetitivo de las conductas investigadas, que fue precisamente lo que determinó la investigación realizada por la Superintendencia de Competencia, solventando así, la construcción típica de la infracción acreedora de la sanción que hoy se discute.

Y es que, el nexo de culpabilidad requiere únicamente la construcción de un enlace ininterrumpido entre la acción típica y el resultado previsto por la norma como dañoso para los intereses generales, lo cual resulta evidente en todo el expediente administrativo.

Sin embargo, más allá de todas las consideraciones realizadas, es necesario traer a discusión el hecho que nos encontramos ante una empresa de naturaleza mercantil, la cual, tiene como finalidad buscar lucro para sus accionistas. Bajo esta perspectiva, la sociedad encamina su actuar de forma consciente y predeterminada para alcanzar dicho fin. Es decir, que los componentes de todas las medidas y planes de negocio adoptados están informados en dicha filosofía o visión estratégica, y quienes implementan dichos planes esperan de antemano una serie de resultados concretos como fruto directo de su actuar.

En este marco, ESSO conoce muy bien los presupuestos teóricos del libre mercado (al grado que los expuso en la página cinco de su demanda), por lo que es de su general saber y entender que las distorsiones al mercado son perjudiciales para la competencia.

ESSO sabe, porque así lo expuso, que en un libre mercado los precios vienen dados por la interacción de la oferta y la demanda y no por la

decisión unilateral de los proveedores. ESSO sabe que las distorsiones de los precios generan un desequilibrio económico a favor de una de las partes y en perjuicio de la otra. ESSO sabe todo esto y procede a realizar su política de precios, por lo que su actuar es consciente de los resultados esperados y procede con la esperanza de obtenerlos, razón por la cual, es manifiesta el elemento volitivo de dolo, construyéndose así un nexo de culpabilidad palpable, por lo que los actos administrativos que ahora defendemos, no poseen ningún atisbo de ilegalidad, por cuanto se han ceñido a los preceptos normativos pertinentes para su eficacia y validez.

Resulta interesante que respecto a las políticas comerciales calificadas por ESSO como necesarias para la protección de la competencia, las gasolineras tenían pleno conocimiento de sus efectos en el mercado. Es decir, que sus consecuencias eran previstas y queridas por quienes las implementaban, lo que se corrobora con lo manifestado por ESSO, en su recurso de revisión en sede administrativa y reafirmado en su libelo de demanda, al expresar equívocamente que las políticas de precios sugeridos coadyuvan a la competencia.

El argumento anterior resulta, a todas luces, completamente fuera de toda lógica informada en las fuerzas del mercado. Y es que, uno de los parámetros de la libre competencia es que a mayor competencia, mayor beneficio para los consumidores. Es necesario comprender que los precios son portadores de información, tanto para los consumidores como para los proveedores, en este sentido, si el precio es tan bajo que al proveedor del producto no le es rentable seguir en el negocio, éste deberá salir del juego, porque simplemente no tiene un incentivo para competir, y en su lugar habrá alguien más eficiente que brinde un mejor producto y un mayor servicio que redituará en un beneficio, no sólo para el

LIC. RICARDO ANTONIO HERRERA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA TELATORO TARIQ
ABOGADO

mercado, sino que para la sociedad considerada en su conjunto, es decir, incluyendo productores y consumidores.

Si fuese el caso que dicho competidor triunfante hubiese abaratado los precios de los productos para expulsar a los demás competidores, y luego de la salida de éstos procediese a incrementar tales precios, entonces incurriría en la práctica anticompetitiva conocida como **precios predatorios**, y sería responsabilidad de la Superintendencia proceder como en derecho corresponda para corregir esa falla de mercado, mas nunca evitar tal fenómeno puede constituirse en excusa para que los agentes económicos puedan realizar otras prácticas anticompetitivas como la zonificación y políticas de precios sugeridos.

Por tanto, el establecimiento de políticas de precios para proteger a los proveedores sólo genera un perjuicio directo en los consumidores, por cuanto no se permite que el mercado funcione de forma libre, al existir distorsiones artificiales y parcializadas que inclinan la balanza del lado de la oferta, sobre todo, porque las "sugerencias de precios" implementadas por ESSO se constituyen como verdaderas "fijaciones de precios" al venir acompañadas de medidas coercitivas para su adopción por las estaciones de servicio.

XI.- DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

Mediante un análisis extenso y lleno de parámetros civilistas, ESSO ha manifestado en su escrito de demanda no contar con posición de dominio en el mercado relevante estudiado en la resolución de la Superintendencia de Competencia, pretendiendo, así, sustraerse de su lugar de privilegio respecto de los demás competidores. Aduce que el

hecho de la sociedad *holding*, EXXON MOBILE CORPORATION, detente un elevado porcentaje accionario en RASA no es suficiente para gozar de dicha posición de dominio.

Al respecto, es necesario hacer ver que la razón principal para adquirir acciones de una sociedad determinada es el beneficio que la misma pueda ofrecer a quienes poseen tales acciones, y que tal beneficio se materializa mediante el manejo que de la empresa hagan dentro del mercado quienes la dirigen¹⁰. Por tal motivo, es poco creíble aseverar que el encontrarse íntimamente relacionado con un alto porcentaje accionario de una sociedad como RASA, completamente involucrada en el mercado relevante de combustibles, no otorgue poder de mercado, e inclusive, posición de dominio en el mercado relevante, pues para nadie es un secreto la vinculación de intereses existente entre la transnacional y su filial salvadoreña.

Y es que, el mercado se ve influenciado por fuerzas distintas a la oferta y la demanda, como la disponibilidad presente y futura de productos paralelos, necesarios para la generación del producto principal, así como la capacidad de los oferentes para seguir manteniendo el nivel de sus inventarios. En este sentido, cuando los análisis económicos de elementos como "posición dominante" hacen referencia a posibles desabastecimientos generados por hipotéticos recortes de producción de uno de los agentes económicos investigados, se refiere precisamente, a meras hipótesis especulativas y no a escenarios reales. Tal es el caso de los mercados de valores internacionales, en los cuales, ante una mera

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA FEMINA TILATORO TARRIO
ABOGADO

¹⁰ Vid. LEROY MILLER, R. & MEINERS, R, "Microeconomía" 3º Edición, México, Mc-Graw Hill / Interamericana de México, 2001, pp. 249. Afirma el autor que "Si estamos tratando de explicar el comportamiento de los negocios, no tenemos que suponer que los empresarios buscan maximizar sus ganancias de una manera consistente. Más bien, la hipótesis es que su comportamiento es consistente con la maximización de las ganancias"

amenaza no concretizada de un recorte en la producción de petróleo, genera una subida sustancial en el precio del petróleo. Con un ejemplo concreto: ante ataques a oleoductos en Nigeria, el precio del petróleo sube, y no es porque Venezuela o los Países Árabes no puedan abastecer al mercado, sino porque ahora habrá menos petróleo disponible del lado de la oferta.

Es claro que no se va a dejar de producir: lo que se busca son variables económicas como herramientas de medición, propios de las ciencias económicas¹¹, que permitan determinar la influencia del agente económico dentro del mercado relevante, para intentar proteger al mismo de prácticas anticompetitivas.

Bajo estos parámetros, ESSO ha alegado la inexistencia de una posición dominante, basándose en conjeturas matemáticas que los llevan a colegir que el resto de la oferta de combustibles es suficiente para cubrir el posible vacío dejado por RASA.

Sin embargo, en la resolución final se comprobó que ESSO y SHELL ostentan más del 50% de los mercados de venta mayorista de gasolina especial, regular y diesel, así como, más del 50% de participación de mercado en mercados relevantes geográficos (mercado minorista) y, la incapacidad de sus competidores de contrarrestar una hipotética pero factible restricción en el abastecimiento por parte de RASA en los mercados relevantes determinados, al tener en cuenta el tiempo y el costo que requeriría expandir sus terminales de importación y almacenamiento para aumentar su respectiva oferta nacional. Dichas afirmaciones fueron

¹¹ Vid. LEROY MILLER, R. & MEINERS, R, "*Microeconomía*" 3º Edición, México, Mc-Graw Hill / Interamericana de Mexico, 2001, pp. 6 y 7.

comprobadas en la tabla No. 32, en la cual, los agentes económicos CHEVRON y PUMA dejarían una demanda insatisfecha de 21.90%.

Al respecto, la doctrina ha apuntado que la posición dominante ocurre cuando las firmas, a causa de su participación en el mercado combinada con sus conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder de determinar precios o controlar la producción o distribución en una significativa proporción de los productos en cuestión. Este poder no necesariamente tiene que derivar de una absoluta posición dominante que permitan a las empresas que los sustentan eliminar a todos sus competidores, pero basta con que tengan la fuerza suficiente para asegurarse una total independencia de su conducta, incluso, si hay diferencias de intensidad en su influencia en diferentes partes del mercado¹².

Mantenemos y reafirmamos la postura de superar tecnicismos y purismos jurídicos, para llevar a cabo una interpretación acorde a los fines del Derecho de Competencia, y su marco normativo.

Pretender encasillar dicho cuerpo jurídico en los derroteros del derecho civil formalista clásico, es tanto como negar su esencia e ignorar sus fines y objetivos. Y es que, siendo la Superintendencia de Competencia un ente con competencia jurídico – económica, su análisis no puede verse reducido a la mera constatación de elementos jurídicos, sino que deberá entrar a conocer de las razones económicas del mismo, por lo que el estudio de la concurrencia de la posición dominante de los agentes económicos no puede verse privado de entrar al análisis de raíz de su origen, ya que la posición dominante atribuida a SHELL y ESSO tiene su

LIC. RICARDO ANTONIO HENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARIQ
ABOGADO

¹² Vid. CARVAJALES, M. & MARCHESINI D., "Teoría y práctica de la defensa de la competencia", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002. pp. 169-170

génesis bajo el contexto de la participación accionaria de sus sociedades controladoras en RASA y sus implicaciones en el mercado relevante de combustibles.

Es necesario interpretar. El aplicador directo de la Ley de Competencia no puede quedar atado por la hermenéutica literalista y retrograda, en una rama del derecho por demás de vanguardia. Sobre todo, porque la función del mismo es tutelar el correcto desarrollo de los mercados.

No podemos atar al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia a criterios poco funcionales. Nunca el método del Derecho de Competencia puede quedar supeditado a los esquemas tradicionales de interpretación. Si es el caso que el sujeto sancionado no se encuentra conforme con lo dispuesto en la resolución obtenida en sede administrativa, le quedan expeditos los mecanismo legales de impugnación en sede judicial, tal y como ESSO ahora lo hace. Pero dicha impugnación debe cimentarse en argumentos sensatos sobre la legalidad de los actos impugnados y no en meras disconformidades materiales, que invitan a esa respetable Sala a realizar funciones materialmente administrativas.

Por último, no podemos dejar de lado que es evidente que en la resolución final emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia del día uno de octubre de 2007 se tomaron, evaluaron y analizaron todos los elementos que la ley de competencia (Art. 29) y su reglamento exigen (Art. 16) para determinar si existe o no posición dominante. Basta con referirse a la página 92 y siguientes de la citada resolución, en donde expresamente se analizó la participación dentro del

mercado, posibilidad de fijar precios, barreras a la entrada, existencia y poder de sus competidores, posibilidad de acceso a fuentes de insumo, etc.

XII.-DE LA ZONIFICACIÓN DE PRECIOS.

Como se ha apuntado, la Superintendencia de Competencia tiene como función principal promover, proteger y garantizar la competencia. Se pretende que los mercados funcionen de forma libre, lejos de distorsiones de los agentes económicos.

Por tanto, nos encontramos ante un libre mercado cuando, entre otros supuestos, los precios de los bienes y servicios vienen dados por el libre juego de la oferta y la demanda, y no por una política de precios anticompetitiva de empresas con posición dominante en el mercado, como lo es ESSO y SHELL, por cuanto distorsiona dicho mercado, creando ineficiencias y costos sociales.

Que tales políticas lleven aparejado el epíteto de "voluntaria" no es relevante, por cuanto siguen generando distorsión. Sobre todo cuando dicho adjetivo calificativo deja de tener sentido en razón de los estímulos previstos para su fiel cumplimiento, al grado de convertirse en la regla general, como se comprobó en el procedimiento administrativo sancionador. Además, en algunos casos hasta contractualmente se establece la imposición o sugerencia de precios.

Bajo este orden, el abuso de posición dominante se perfila mediante dos mecanismos concretos: a) la creación artificial, dentro de un mercado relevante, de pequeñas zonas geográficas de estaciones que solo

72
LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIETA VILLATORO TARIÑO
ABOGADO

compiten entre ellas; y b) la "sugerencia" de precios dentro de estos sectores por parte de los agentes económicos.

Así, esta marginalización sectorial limita gravemente la competencia, evitando que los precios bajos tengan un efecto dominó a favor de los consumidores. En otras palabras, la zonificación aludida más la "sugerencia" (en la práctica, imposición) de precios trae como consecuencia el establecimiento injustificado de distintos precios para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones en un mismo mercado relevante (Art. 17 letra "d" del Reglamento de la Ley de Competencia).

Pero la impugnante, **luego de aceptar las prácticas anticompetitivas antes señaladas**, ha sostenido con vehemencia, que lo que la Superintendencia de Competencia ha expuesto en su resolución no se encuentra acorde a lo prescrito por la ley y la doctrina, afirmando que la zonificación de precios y todas las demás prácticas anticompetitivas realizadas se encuentran permitidas por la ley.

Al respecto, queremos hacer ver que tal y como ha sido expuesto, nuestra Ley de Competencia no castiga *per se* cierto tipo de prácticas anticompetitivas. Pero lo anterior no implica que tales prácticas no tengan un efecto anticompetitivo desde un punto de vista de la ciencia económica. Todo lo contrario. Precisamente, la Superintendencia ha **comprobado** en su resolución dicho efecto económico en razón de su naturaleza técnica (situación que la parte actora ha pretendido desconocer), partiendo de la teoría económica básica.

Que las prácticas señaladas per se no acarreen consecuencias jurídicas es algo distinto a que no conlleven efectos anticompetitivos, por cuanto las primeras hacen referencia al plano netamente forense en su papel de tutela de los intereses generales mediante el método normativo, y el segundo al elemento científico económico propiamente dicho.

Si la autoridad de competencia ha desarrollado tales tópicos en su resolución, es para efectos de brindar una respuesta razonada al caso en cuestión, y comunicar al administrado los parámetros que sirvieron como base para adoptar la decisión que incida en su esfera jurídica. Sólo después de expuestos los razonamientos que ahora ESSO cuestiona, es posible llegar a concluir la concurrencia, efecto y antijuricidad de las conductas estudiadas, por encontrarse presente en ellas un abuso de posición dominante en un mercado relevante.

La zonificación, de la forma como la realiza ESSO, es decir acompañada con "sugerencias" (imposición) de precios, tiene por objetivo restringir la competencia entre estaciones de servicio que están dentro en un mismo mercado geográfico relevante, para evitar la propagación de precios bajos. Es por este motivo que, en el presente caso, tienen efectos anticompetitivos, ya que impide la competencia entre estaciones de servicio. Como ESSO y SHELL detentan Posición Dominante constituye un Abuso de Posición Dominante, por lo que habiendo determinado la investigación dirigida por la Administración la existencia de tales elementos, procedió por mandato legal, a sancionar y ordenar el cese de tales prácticas anticompetitivas.

LIC. RICARDO ANTONIO MEÑA GUERRA
ABOGADO

LIC. JULIETA EMMA PULCATORO TARIÑO
ABOGADO

Al respecto, debemos retomar la función y finalidad legal de la Superintendencia de Competencia de proteger, conservar y en su caso,

restablecer la libre competencia en los mercados, para lo cual, la Ley de Competencia le otorga facultades para su cumplimiento, entre ellas, la de imponer sanciones a quienes violenten sus disposiciones (Art. 14 LC). La práctica sancionada, pues, inhibe la libre competencia en el precio final en bomba en las estaciones de servicio.

Por lo anterior, se refuerza la idea de que los actos impugnados nunca se encontraron viciados de ilegalidad, y que por el contrario, se apegaron en todo momento a lo dispuesto por el marco normativo vigente.

XIII.- DE LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

En otro orden, esa respetable Sala ha requerido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia remita copia **certificada** del expediente administrativo relacionado con el presente proceso, debidamente foliado y ordenado cronológicamente.

Al respecto, queremos manifestar que a la autoridad demandada le es materialmente imposible cumplir con lo solicitado, por cuanto dicho expediente en original (*con más de once mil folios*), ya ha sido previamente remitido a ese honorable Tribunal, en el proceso bajo referencia 437-2007, no pudiendo dicho Consejo Directivo, certificar ningún documento por la ausencia de su original para ser confrontado y dar fe de su fidelidad.

XIV.- PETITORIO.


En consecuencia de lo expuesto y en base a al Art. 24 de la LJCA, a Vos respetuosamente **PEDIMOS**:

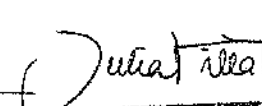
- a) Nos admitáis el presente escrito;
- b) Tengáis por rendido el informe solicitado;


- 536
- c) Revoquéis el requerimiento de remisión del expediente administrativo, por la imposibilidad material y jurídica de emitir una certificación del mismo, además de encontrarse el original ya en poder de esta honorable Sala en otro proceso contencioso; y
 - d) Previo trámite de ley en sentencia definitiva, declaréis la legalidad de las resoluciones contra las que se reclama, condenando en costas a la parte actora.


Además, agregamos al presente escrito copia certificada por notario de las páginas 1 y 15 del Diario Oficial número 92, Tomo N° 379, de fecha veinte de mayo de dos mil ocho, en el cual consta la publicación del acuerdo N° 971-D, emitido por la Corte Suprema de Justicia, el día diecisiete de abril del año en curso, a través del cual se modificaron los acuerdos número 364-D de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho y el acuerdo número 563-D de fecha trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, en el sentido que, a partir del diecisiete de abril de este año, la suscrita **JULIA EMMA VILLATORO TARIO** ejercerá la profesión de Abogado y la función pública del Notariado con el nombre de **JULIA EMMA VILLATORO TARIO**, por haber cambiado su estado familiar. Lo anterior, con el objeto de comprobar a esa honorable Sala el uso de sus nuevos sellos de abogado y notario con el nombre de **JULIA EMMA VILLATORO TARIO** y no más con el nombre **JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON**.

San Salvador, veintitrés de octubre de dos mil ocho.


LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
ABOGADO

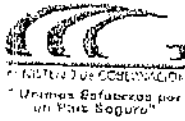

LIC. JULIA EMMA VILLATORO TARIO
ABOGADO


RICARDO ANTONIO MENA GUERRA
NOTARIO
República de El Salvador


JULIA EMMA VILLATORO TARIO
NOTARIO
REPUBLICA DE EL SALVADOR

Presentado a las once horas y cincuenta y cuatro minutos del día veintitrés de octubre de dos mil ocho, por el licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, de treinta y siete años de edad, abogado, de este domicilio, con Carné de Abogado número 5245, en original y seis copias, todos con su anexo, de los cuales se devuelve uno con la razón de ley. Adjunta fotocopia certificada por notario de las páginas uno y quince del Diario Oficial número noventa y dos, Tomo trescientos setenta y nueve, de fecha veinte de mayo de dos mil ocho.





DIARIO OFICIAL



2730

DIRECTOR: Luis Ernesto Flores López

TOMO Nº 379

SAN SALVADOR, MARTES 20 DE MAYO DE 2008

NUMERO 92

La Dirección de la Imprenta Nacional hace del conocimiento que toda publicación en el Diario Oficial se procesa por transcripción directa y fiel del original, por consiguiente la institución no se hace responsable por transcripciones cuyos originales lleguen en forma ilegible y/o defectuosa y son de exclusiva responsabilidad de la persona o institución que los presenta. (Arts. 21, 22 y 23 Reglamento de la Imprenta Nacional).

SUMARIO

ORGANO EJECUTIVO

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

RAMO DE RELACIONES EXTERIORES

Acuerdos Nos. 8 y 9.- Aumentos en niveles de asignación de clasificadores de ingresos corrientes del Presupuesto Estadual para Reactivación Económica. 16

MINISTERIO DE EDUCACION

RAMO DE EDUCACION

Acuerdo No. 15-0284.- Se autoriza cambio de dotación del Colegio Amuchapaneño de Comercio. 2

Acuerdos Nos. 15-0359 y 15-0691.- Se reorganiza el personal de los centros educativos. 2

Acuerdo No. 15-0370.- Ampliación de servicios en el Colegio Cristiano Profesor Justo González Casas. 8

Acuerdos Nos. 15-0448 y 15-0551.- Equivalencia de cursos académicos. 8

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acuerdos Nos. 2263-D, 324-D, 748-D, 841-D, 841-D, 841-D, 841-D, 853-D, 864-D, 866-D, 875-D, 875-D, 876-D, 876-D, 876-D, 920-D, 949-D y 952-D.- Autorización para el ejercicio de la abogacía en testas suscritas. 2011

Acuerdos Nos. 139-D, 226-D, 412-D, 521-D, 521-D, 521-D, 521-D, 608-D, 615-D y 647-D.- Autorizaciones para el ejercicio de las funciones de notario y aumento de la dotación respectiva. 2315

Pág.

Pág.

Acuerdos Nos. 10 y 11.- Se mediatizan los Acuerdos Nos. 364-D y 365-D de fechas 29 de junio de 1998 y 13 de septiembre de 1998 respectivamente. 15

INSTITUCIONES AUTONOMAS

ALCALDÍAS MUNICIPALES

Decreto No. 3.- Ordenanza Reguladora de los Residuos Sólidos del Municipio de Sacacoye. 16-24

Decreto No. 4.- Ordenanza Reguladora de la Comercialización y Consumo de Bebidas Alcohólicas del municipio de San Juan Nahuatlan. 26-29

Decreto No. 5.- Rectificación a la Ordenanza Reguladora de Fisco para Servicios Municipales del municipio de San Juan Nahuatlan. 30-31

Estadística de Asociación de Desarrollo Comunal de Villa El Rosario y Agrado de la Ciudad para la Alcaldía Municipal de El Rosario departamental de Mazatenango aprobándolos y contriéndolos el carácter de peritajes. 32-35

SECCION CARTELES OFICIALES

DE PRIMERA PUBLICACION

Declaratorias de Herencias	
Carter No. 452.- Gloria Esperanza Henríquez de Martínez (1 vez)	16
Carter No. 453.- María Gloria Martínez de Cuéllar (1 vez)	16
Carter No. 454.- Ricardo Alfonso Barrantes Pineda y otra (1 vez)	16
Carter No. 455.- Tania de Jesús González de Montego (1 vez)	36-37
Carter No. 456.- Roberto Antonio Martínez García y otros (1 vez)	17
Carter No. 457.- Ana Denny Narváez de Montes y otros (1 vez)	37
Carter No. 458.- Estela Mariana Zúñiga (1 vez)	37-38



ACUERDO No. 608-D.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, dieciocho de febrero del año dos mil ocho.- De conformidad a lo resuelto por esta Corte en las respectivas diligencias y en vista que el Licenciado DAMIAN REMBERTO CORNEJO NAVARRO, ha llenado todos los requisitos establecidos en el Art. 145 de la Ley Orgánica Judicial, el Tribunal ACUERDA: Autorizarle para que ejerza las funciones de NOTARIO y aumentar con su nombre la nómina permanente de notarios publicada en el Diario Oficial número 240 del 20 de diciembre de 1963.- COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.- A. G. CALDERÓN. V. DE AVILÉS.- M. CLARA.- M. F. VALDIVIA.- PERLA J.- VELASCO.- M. TREJO.- GUZMÁN U. D. C.- M. POSADA.- M. A. CARDOZA A.- Pronunciado por los magistrados y magistradas que lo suscriben.- S. RIVAS AVENDAÑO.

(Registro No. F008992)

ACUERDO No. 618-D.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, dieciocho de febrero del año dos mil ocho.- De conformidad a lo resuelto por esta Corte en las respectivas diligencias y en vista que la Licenciada GUADALUPE ALEXIS MENDEZ CRUZ, ha llenado todos los requisitos establecidos en el Art. 145 de la Ley Orgánica Judicial, el Tribunal ACUERDA: Autorizarla para que ejerza las funciones de NOTARIO y aumentar con su nombre la nómina permanente de notarios publicada en el Diario Oficial número 240 del 20 de diciembre de 1963.- COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.- A. G. CALDERÓN. V. DE AVILÉS.- M. CLARA.- M. F. VALDIVIA.- PERLA J.- VELASCO.- M. TREJO.- GUZMÁN U. D. C.- M. POSADA.- M. A. CARDOZA A.- Pronunciado por los magistrados y magistradas que lo suscriben.- S. RIVAS AVENDAÑO.

(Registro No. F008977)

ACUERDO No. 647-D.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, diecinueve de febrero del año dos mil ocho.- De conformidad a lo resuelto por esta Corte en las respectivas diligencias y en vista que el Licenciado MIGUEL FELIX CHARLAIX PERLA, ha llenado los requisitos establecidos en el Art. 145 de la Ley Orgánica Judicial, el Tribunal ACUERDA: Autorizarlo para que ejerza las funciones de NOTARIO y aumentar con su nombre la nómina permanente de notarios publicada en el Diario Oficial número 240 del 20 de diciembre de 1963.- COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.- A. G. CALDERÓN. V. DE AVILÉS.- M. CLARA.- VELASCO.- PERLA J.- M. F. VALDIVIA.- GUZMÁN U. D. C.- M. TREJO.- M. A. CARDOZA A.- M. POSADA.- PRONUNCIADO POR LOS MAGISTRADOS Y MAGISTRADAS QUE LO SUSCRIBEN.- S. RIVAS AVENDAÑO.

(Registro No. F009000)

ACUERDO No. 971-D.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San Salvador, diecisiete de abril del año dos mil ocho.- EL TRIBUNAL, de conformidad con lo resuelto en las respectivas diligencias, por resolución pronunciada a las diez horas diez minutos del día dieciocho de febrero de dos mil ocho, ACUERDA: MODIFICAR los acuerdos número 654-D de fecha veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho y el acuerdo número 563-D de fecha trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, mediante los cuales se autorizó a la Licenciada JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON, para el ejercicio de la Abogacía y la función pública del Notariado respectivamente, en el sentido que a partir del diecisiete de abril de dos mil ocho, ejercerá la profesión de Abogado y la función pública del Notariado, con el nombre de JULIA EMMA VILLATORO TARIO, por haber cambiado su estado familiar.- COMUNIQUESE Y PUBLIQUESE.- A. G. CALDERÓN. V. DE AVILÉS.- J. ENRIQUE ACOSTA.- M. E. VELASCO.- PERLA J.- M. F. VALDIVIA.- GUZMÁN U. D. C.- R. M. FORTIN H.- M. A. CARDOZA A.- M. POSADA.- Pronunciado por los magistrados y magistradas que lo suscriben.- S. RIVAS AVENDAÑO.

(Registro No. F009063)

El suscrito notario certifica la fidelidad y conformidad de la presente fotocopia con su original, el cual se tuvo a la vista y con el cual se confrontó. Y para los efectos del artículo 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, extiende, firmo y sello la presente en San Salvador a los veintitrés días del mes de octubre de dos mil ocho.

