

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

1. **FRANCISCO DÍAZ RODRÍGUEZ, ANA LILIAN VEGA y OSCAR DÁMASO ALBERTO CASTILLO RIVAS**, actuando como Directores del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** —en adelante el Consejo Directivo— en el proceso contencioso administrativo iniciado por Unopetrol El Salvador, Sociedad Anónima, que puede abreviarse Unopetrol, S. A., antes Distribuidora Shell de El Salvador, S. A., en contra del Consejo Directivo, a Vos respetuosamente **MANIFESTAMOS:**

I. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO

2. Que a las doce horas y cinco minutos del día nueve de agosto del corriente año hemos sido notificados de la resolución emitida por su digna autoridad, a las catorce horas veinte minutos del día veintitrés de abril de dos mil doce.
3. En dicha interlocutoria, entre otros aspectos de mero trámite, se nos corre traslado a fin de presentar nuestros alegatos finales dentro del plazo de ley, como lo estipula el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

II. TRASLADO A LA PARTE DEMANDADA

4. Ante la oportunidad procesal concedida por medio de la interlocutoria referida, y en virtud de que a la parte actora le fue denegada la prueba pericial que pretendía aportar, corresponde únicamente reiterar todos los argumentos defensivos que se han expuesto a la fecha en el presente proceso, con los cuales se ha demostrado la legalidad de todo lo actuado en el procedimiento administrativo sancionador SC-004-D/PA/R-2006 acumulado SC-005-D/PA/R-2006 y SC-006-D/PA/R-2006, en el sentido siguiente:

A. DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES POR ADOPCIÓN DE LA ACUMULACIÓN

5. La demandante ha manifestado que los actos administrativos que impugna adolecen de ilegalidad al asegurar que la Superintendencia de Competencia ha contravenido las normas legales que regulan la figura de la acumulación, al carecer de poderes para decretar de oficio la acumulación, ya que ninguna de las partes intervinientes lo solicitó, y no existe, en apariencia, norma jurídica que habilite a la acumulación oficiosa.
6. Al respecto, reiteramos lo expuesto en el informe justificativo rendido el día dieciséis de marzo de dos mil diez, en el sentido de que, durante la fase de instrucción del procedimiento administrativo, la Superintendencia tomó en consideración que existía más de un expediente iniciado contra agentes económicos íntimamente relacionados (conexidad procesal); por lo que, por razones de brevedad, economía y unidad de criterio, fue conveniente que tales expedientes se resolvieran en el mismo procedimiento y por el mismo órgano administrativo; actuación que se hizo no de manera arbitraria, sino tomando

como base la Constitución de la República y el artículo 43 del Reglamento de la Ley de Competencia¹, según se explicó en aquel informe.

B. DE LA SUPUESTA DENEGACIÓN ILEGAL DE PRUEBA PERICIAL

7. En cuanto a este punto, la parte actora alega que el rechazo de la prueba pericial ofrecida en el procedimiento sancionador no se relaciona en puridad con los parámetros de los artículos 240, 242 y 343 del derogado Código de Procedimientos Civiles.
8. Con relación a este punto, sostenemos que la denegación de la prueba pericial que se solicitó a esta Superintendencia fue apegada a derecho pues, tal como se expresó oportunamente, con dicha prueba se pretendía obtener un dictamen cuyo contenido es precisamente una de las atribuciones medulares de esta institución.
9. Y es que, de haberla admitido se hubiese desnaturalizado la función administrativa confiada por el ordenamiento jurídico a la Superintendencia de Competencia, quien no necesita valerse de terceros para el ejercicio de sus funciones dentro del procedimiento administrativo, en tanto que la aplicación del Derecho de Competencia, en términos materiales, está atribuida única y exclusivamente a esta entidad y el enjuiciamiento de la legalidad de sus actos debe hacerse ante vuestra Autoridad.

C. DE LA SUPUESTA MODIFICACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DOMINANTE

10. La demandante esgrime que las definiciones de mercado relevante y posición dominante que pudo controvertir, fueron las únicas que la Superintendencia de Competencia le dio a conocer durante el procedimiento administrativo

¹ "Art. 43.- El Superintendente podrá ordenar la acumulación de actuaciones de conformidad a lo establecido en el derecho común".



sancionador, es decir, las expuestas en el auto de instrucción, sin embargo, alega que en la resolución final se cambiaron tales definiciones sin darle audiencia previa para poderlas refutar, con lo cual se habrían infringido las letras c) y d) del artículo 43 de la Ley de Competencia.

11. Al respecto, insistimos en lo ya argüido oportunamente en este proceso, esto es que de conformidad con la Ley de Competencia la etapa investigativa preliminar sólo pretende determinar si es necesario iniciar un procedimiento sancionador, no definir, a priori y a cabalidad, los elementos de la conducta sancionables.

12. Además, no existe base legal o reglamentaria que indique que sea un presupuesto necesario dentro del procedimiento que el mercado relevante y la posición dominante deban definirse de forma previa y definitiva, según se advierte de los artículos 43 de la ley de Competencia y 65 de su Reglamento, los cuales disponen los elementos que debe contener el auto que ordena la instrucción del procedimiento formal.

13. En el caso particular, en el auto de instrucción se aludió a los conceptos mercado relevante y posición dominante como una manera de relacionar los hechos que se presumían constitutivos de la práctica anticompetitiva investigada, sin embargo, sería hasta la fase de la resolución final, después de la evaluación de toda la prueba, que el Consejo Directivo estaría 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 y posición dominante en los artículos 28 -29 de la Ley de Competencia, y 15-16 de su Reglamento.

D. DE LA SUPUESTA INSUFICIENCIA EN LA MOTIVACIÓN DE LA MULTA IMPUESTA

14. La parte actora ha sostenido que el acto impugnado se encuentra viciado por no haber motivado la autoridad administrativa "suficientemente" la concretización puntual de los elementos necesarios para determinar el monto de la sanción económica aplicable.

15. Con relación a este argumento, repetimos lo manifestado oportunamente en este proceso, esto es que para la imposición de la multa, tal y como consta expresamente en la página 146 y siguientes de la resolución impugnada, se han considerado y evaluado los seis parámetros contemplados en el artículo 37 de la Ley de Competencia; por lo tanto, es evidente que la actora más que plantear una ilegalidad, expone una simple inconformidad con las razones que tuvo esta Superintendencia para imponer la multa, lo cual escapa de los parámetros de juzgamiento de esta Sala.

E. SOBRE LA SUPUESTA ILEGALIDAD EN EL CRITERIO PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA: SALARIO MÍNIMO MENSUAL EN LA INDUSTRIA

16. La parte actora sostiene que la imposición de la multa se ha realizado sin tener un parámetro cierto para cuantificar la misma, por cuanto la Ley de Competencia, en su artículo 38 inciso 1.º, dispone que la multa se establecerá tomando en cuenta como parámetro de cálculo el término "salario mínimo mensual URBANO en la industria", el cual no está contemplado en el decreto ejecutivo 83 (vigente al momento de cuantificar la multa).

17. Agrega que dicho decreto regula los salarios mínimos, contemplando únicamente el "salario mínimo mensual en la industria" y no los "salarios mínimos mensuales urbanos en la industria". Por este motivo, la impugnante alega ausencia de



tipicidad en cuanto a la sanción prevista por la ley, en relación a los hechos punibles contemplados.

18. A raíz de lo argumentado por la demandante, es preciso expresar que no cabe duda que entre la Ley de Competencia y el decreto aludido existe una vinculación, dado que el decreto ejecutivo se convierte en una especie de definición normativa o interpretativa para la Ley de Competencia. En esta última se establece -sin lugar a dudas- el criterio para la determinación pecuniaria de la sanción a imponer y hace alusión a una terminología comprendida dentro del alcance de la terminología del citado decreto ejecutivo, con lo que se desvirtúa cualquier vicio en la tipicidad de la sanción.

F. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 29 DE LA LEY DE COMPETENCIA

19. La demandante argumentó que la conclusión sobre la existencia de posición dominante a la que llegó esta Superintendencia es ilegal, pues -a su juicio- "...no existe la convergencia REAL de ninguno de los presupuestos [del artículo 29 de la Ley de Competencia]...".

20. Sobre este aspecto, reiteramos que en la resolución final que se emitió por el Consejo Directivo de la Superintendencia se detallaron y analizaron todos los elementos legales y necesarios para determinar la posición dominante, cumpliendo así lo previsto en el artículo 29 de la Ley de Competencia y, de esa forma, concluir que la parte actora sí ostentaba posición dominante en el mercado relevante y actuaba de forma independiente, característica principal del agente económico que goza de posición dominante.


21. Además, a partir de la página 94 de la resolución final, el Consejo Directivo analizó si se cumplía el requisito contenido en la letra a) del artículo 29 de la Ley

de Competencia: "Participación de mercado y posibilidad de fijar precio unilateralmente o restringir el abastecimiento".

22. En cuanto a dicho requisito se detalló en la resolución contra la que se reclama la participación que el grupo económico de la impugnante posee en la Refinería de Acajutla, S. A., en adelante Rasa, tomando en consideración la Teoría de Unidad de Empresa. En efecto, se consideró como una sola empresa el conjunto de sociedades que, debido a sus vínculos económicos y estructurales, obedecen a un objetivo común; por ello, el vínculo entre Rasa y la demandante se verificó al evidenciar que esta última y Shell Royal Dutch (accionista de Rasa) pertenecen a la misma unidad económica, en los términos que se detallaron en el informe justificativo rendido en este proceso.

23. Por otra parte, en la misma resolución se examinó la importancia que en el mercado salvadoreño tiene la gasolina especial, regular y diesel, en razón de la inexistencia de producción nacional de esos insumos. Así, a partir del análisis económico se determinó que el costo de importación de los combustibles determina los distintos precios domésticos.

24. De esa forma, se advirtió que la importación y refinación de petróleo es determinante en el precio de venta de la gasolina regular, especial y diesel, por lo que el Consejo Directivo analizó la incidencia que Rasa tenía en esa importación y refinación. En las páginas 96 a la 99 de la resolución final su digna autoridad puede verificar el amplio análisis económico que se hizo respecto a la incidencia de Rasa en la cadena de producción de los mercados de gasolina regular, especial y diesel, en el cual se concluyó lo siguiente: que "RASA desempeña un rol clave en el abastecimiento de gasolina especial, regular y diesel en El Salvador. El control de más de la mitad del abastecimiento tanto de gasolinas como de diesel a nivel nacional en los últimos tres años, la coloca en una posición única y difícilmente alcanzable por sus competidores más cercanos.



Por esta razón se infiere que RASA podría restringir el abastecimiento en todas las etapas de la cadena de valor de combustibles a nivel nacional...”.

25. Consecuentemente, el Consejo Directivo sí encontró elementos que verificaban la existencia del supuesto de hecho previsto en la letra a) del artículo 29 de la Ley de Competencia.

26. Ahora bien, con la comprobación del requisito contenido en la letra a) de la disposición señalada era suficiente para determinar la posición dominante de la parte actora; sin embargo, el Consejo Directivo procedió a analizar el contenido de la letra b) de dicho artículo, el cual establece “La existencia de barreras a la entrada.....”.

27. Sobre tal aspecto esta Honorable Sala puede verificar, a partir de la página 115 de la resolución impugnada, el análisis sobre la existencia de barreras a la entrada en este mercado. Aún cuando existen barreras que no eran responsabilidad de los agentes económicos sancionados –barreras estructurales, legales y económicas–, también se encontraron ciertas barreras estratégicas o de comportamiento a la entrada –tal como la segmentación de los mercados relevantes en determinadas zonas de precios artificialmente creadas– que se atribuyeron a los agentes económicos sancionados.

28. Finalmente, el Consejo Directivo analizó el contenido de las letras c) y d) del artículo 29 de la Ley de Competencia: “La existencia y poder de competidores; y (...) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumo”.

29. A partir de la página 125 de la resolución final el Consejo Directivo expuso ampliamente los motivos por los que se acreditaban tales circunstancias. Así, se determinó que, en vista de que Esso y la impugnante, a través de sus participaciones en Rasa, controlaban más de la mitad del abastecimiento de

gasolinas y diesel en El Salvador, era evidente que esto colocaba a ambos agentes económicos en una posición única y de difícil alcance por otros agentes económicos situados en el mismo nivel, quienes, debido a sus reducidos activos de importación y almacenamiento no podían suplir la demanda de esos productos en el territorio nacional.

30. Luego de haber concluido el Consejo Directivo que la parte actora y Esso tenían posición dominante, se le aclaró a la misma que el hecho de gozar de dicha posición no implicaba el cometimiento de conductas ilícitas.
31. Puede advertirse, entonces, Honorable Sala, que el Consejo Directivo en ningún momento violó el citado artículo 29, todo lo contrario, actuó apegado a derecho.

G. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA


32. La demandante manifiesta que el Consejo Directivo no demostró que la zonificación de precios, o su "política de ajuste competitivo", provocaba un efecto anticompetitivo en el mercado. Por ello, la demandante señala que sancionar por una conducta que no provoca el efecto pernicioso en el mercado supone una violación a su presunción de inocencia.
33. Al respecto, y tal como se indicó en el informe justificativo rendido en este proceso, es oportuno que su digna autoridad verifique lo expuesto en los actos administrativos impugnados, específicamente en las páginas 129 a 141 de la resolución final y en las páginas 56 a 58 del recurso de revisión, pues en ellas se exponen las razones por las cuales las políticas comerciales efectuadas por los agentes económicos sancionados provocan un efecto anticompetitivo en el mercado.
34. Y es que, el Consejo Directivo argumentó que en caso de no existir la política de zonificar e imponer precios realizada por la parte actora y Esso, la entrada de una nueva gasolinera o una política de precios agresiva por parte de alguno de



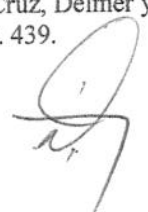
los participantes, provocaría una reducción de estos en todo el mercado relevante geográfico. Sin embargo, con la existencia de esas zonas artificiales de precios, los agentes sancionados lograron circunscribir la dinámica competitiva únicamente a cierto espacio geográfico, impidiendo que se propagase en todo el mercado relevante y, por ende, impidiendo su traslado al consumidor.

35. Por tanto, el Consejo Directivo concluyó que a partir de esa política de zonificar e imponer precios a los operadores de estaciones de servicio, la demandante se aseguraba que los precios fueran condicionados por ella y no por las fuerzas competitivas del mercado relevante, limitando de esa manera la competencia.
36. Lo anterior fue reconfirmado por el Consejo Directivo cuando la actora de este proceso contencioso afirmó en el expediente administrativo que se instruyó, que tenía tantas zonas de precios como estaciones de servicio de su bandera existían; es decir, que a cada estación le facturaba de manera distinta aunque se encontrara dentro de un mismo mercado relevante geográfico, sin ninguna explicación económica razonable más que la práctica anticompetitiva descrita.
37. Consecuentemente, las distintas zonas de precios perjudicó a los consumidores alrededor de aquellas estaciones de servicio de bandera de la demandante que estaban dentro de las franjas altas y medias de precio, ya que los precios en bomba más favorables a los consumidores no se propagaron al resto del mismo mercado relevante geográfico, manteniéndolos artificialmente altos.
38. En virtud de lo anterior, se comprobó que la zonificación de precios y la imposición de los mismos provocó un perjuicio al consumidor final. En definitiva no se vulneró de ninguna manera la presunción de inocencia alegada.

H. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 30 DE LA LEY DE COMPETENCIA

39. La impugnante manifiesta que el artículo 30 de la Ley de Competencia se refiere a “un agente económico” como el que puede realizar las acciones que configuran los abusos de posición dominante, por lo que era inválido que el Consejo Directivo determinara que tanto la demandante como Esso tenían posición dominante en los mercados relevantes y, seguidamente, cometieron los abusos por los que se le sancionó.
40. Sobre este punto, reiteramos que en la redacción de toda conducta punitiva se utiliza el singular para referirse al sujeto que realiza la acción. En ese sentido la literatura jurídica nacional² 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 determina que en la comisión de un ilícito pueden intervenir varios sujetos.
41. Para respaldar lo anterior, es dable mencionar que esta 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 aplicador de la ley. Entre ellos se encuentra la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción y el bien jurídico tutelado” (Sentencia Ref. 333-C-2004 de fecha 07/09/2005). 
42. Como consecuencia, se advierte que la interpretación que hizo el Consejo Directivo al determinar la posición dominante de la parte actora, era acorde con

² Vid. Rodríguez Cruz, Delmer y otros, “Manual de Derecho Penal”, San Salvador, Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, 1992. P. 439.



37 Y la finalidad perseguida por el legislador en la redacción de los artículos 29 y 30 de la Ley de Competencia.

III. CONCLUSION

43. Por todo lo expuesto en el presente traslado final sobre la legalidad y constitucionalidad de todo lo actuado por el Consejo Directivo, consideramos que deben desestimarse todos los puntos de la pretensión de la demandante, por tratarse de simples inconformidades con lo actuado, valorado y razonado en sede administrativa.

Con base en todas las contundentes consideraciones expuestas en este escrito, así como a lo largo de este proceso contencioso, con todo respeto **PEDIMOS:**

- a. Se admita el presente escrito;
- b. Se tenga por evacuado el traslado final conferido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia;
- c. Se tengan por recibidas las dos piezas que conforman el expediente del proceso contencioso administrativo 437-2007, que se retiró de esta Honorable Sala en virtud del traslado conferido; y
- d. Se dicte sentencia desestimando todos los puntos integrantes de la pretensión de la parte actora.

Suscrito en Antiguo Cuscatlán para ser presentado en San Salvador, a los quince días del mes de agosto de dos mil doce.



sentado a las nueve horas quince minutos del dieciséis de agosto de dos mil doce, por **Gerardo Daniel Henríquez Angulo**, de cuarenta años de edad, Abogado, del domicilio de La Libertad, a quien identifico por medio de su **DUI** número 00331932-7, en original y seis copias, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley.



