



REF. 437-2007

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

JOSÉ ENRIQUE ARGUMEDO, JOSÉ ENRIQUE SORTO CAMPBELL y OSCAR OVIDIO CABRERA MELGAR, actuando como Directores del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** –en adelante el Consejo Directivo– en el proceso contencioso administrativo iniciado por **SHELL EL SALVADOR S.A.** –en adelante SHELL–, **MANIFESTAMOS:**

I. FASE PROCESAL

Mediante auto pronunciado por esa Honorable Sala a las catorce horas y diecinueve minutos del día treinta de octubre de dos mil nueve, y notificada el veinticinco de febrero de dos mil diez, se le solicita a la autoridad demandada rendir nuevamente informe justificativo dentro de quince días, en virtud de una nulidad declarada de oficio. Requerimiento judicial que cumplimos a continuación.

II. 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 las 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 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 empresa (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.

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

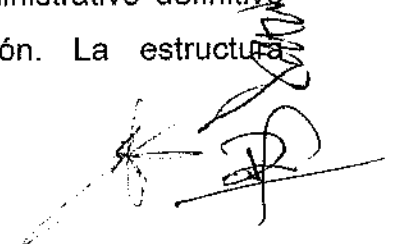
³ Vid. DROMI Roberto, "Competencia y Monopolio", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1999. pp. 157-173

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 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".

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

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

SHELL 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 esta Autoridad, según los impugnantes, 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.

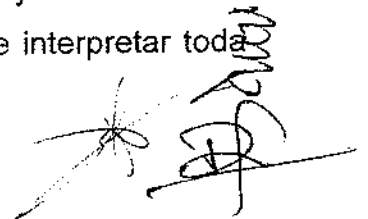
En primer lugar, cabe acotar que la acumulación de procedimientos encuentra su base en el principio constitucional de seguridad jurídica, al amparo del cual es necesario obtener fallos congruentes en casos íntimamente coaligados, como lo es el que ahora nos ocupa⁴. Así lo ha expresado la Sala de lo Constitucional 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)

⁴ Debemos entender que esta vinculación a la que se alude, obedece no sólo a términos técnico jurídicos, sino también a parámetros lógicos. Así, es casi imposible opinar sobre el caso SHELL sin hacer referencia a ESSO, a tal grado que no es fácil encontrar medios de comunicación que traten el tema de forma individual, hasta el punto de denominar ambos expedientes bajo el adjetivo de "Caso Petroieras". Vid. <http://archive.laprensa.com.sv/20080305/economia/1004977.asp>

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 continenencia de la causa; existe conexidad cuando alguno o algunos de los elementos de la pretensión -subjeto, objetivo o causal- sirven a la composición estructural de dos o más reclamaciones. (Sentencia pronunciada el 12/II/2007, Ref. 773/2006)*

Bajo este ideario, el artículo 43 del Reglamento del la ley de Competencia, establece que el Superintendente puede ordenar la acumulación de actuaciones de conformidad a lo establecido en el derecho común. **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 tal remisión 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.** Lo anterior, para no caer en la tentación de encajonar esta rama del derecho en los anaqueles propios del derecho civil, por cuanto *“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 Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 12/III/2001, Ref. 40-E-99)

Este criterio interpretativo ha sido ya 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 interpretar toda remisión al derecho común.



La postura que defendemos ha sido recogida en múltiples ocasiones por la doctrina especializada en el Derecho de Competencia. Como ejemplo, citamos a Germán Coloma, quien ha expuesto:

“En lo que se refiere a las instituciones de derecho comercial, las mismas son en principio las menos adecuadas para tratar problemas de derecho de competencia, ya que están pensadas para resolver conflictos entre particulares y no para solucionar problemas en los cuales está afectado el interés general. Esto es algo particularmente delicado en ciertos casos antitrust en los cuales ambas suelen confundirse, ya que muchas veces el denunciante tiene un interés particular opuesto al denunciado, pero la medida de dicho interés particular es muy distinta de la medida del interés general que supone que el derecho antitrust protege”⁵.

Asimismo, esa Sala ha sido categórica al exponer la necesidad de otorgar primacía a los postulados propios de la materia de que se trate, frente a los principios del derecho común, al manifestar: “La interpretación de leyes tributarias (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” –el paréntesis es nuestro- (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del XVII/III/1994, Ref. 17-H-90)

En esta línea, la doctrina 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.

⁵ Vid. COLOMA, op. cit. p.383.

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.

Los anteriores elementos se convierten en presupuestos lógicos y básicos para que proceda la acumulación. Así lo ha sostenido también la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, al manifestar que, para que proceda la acumulación de autos en sede administrativa, es necesario 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 dieren lugar⁷.

Más allá del argumento pragmático de economía procesal para la procedencia de la acumulación, hacemos notar que en el ámbito del derecho de competencia el acto administrativo definitivo realiza un análisis técnico, jurídico y económico, a saber: mercado relevante de producto, mercado relevante 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.

Indudablemente, lo anterior **reafirma la procedencia de dicha acumulación, que se desprende entonces, tanto de la naturaleza misma del derecho de competencia y de los postulados constitucionales relacionados, como de la necesidad de procurar a las partes el conocimiento pleno de los hechos fácticos que rodean la imputación, en aras de salvaguardar su derecho de defensa.**

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

Es decir, que ante la existencia de dos posibles infractores íntimamente vinculados por los hechos investigados, la acumulación se vuelve imperante porque facilita a estos encausados tener conciencia plena de los fundamentos que dan paso a la investigación, razón por la cual, más que un perjuicio para las partes, esta decisión coadyuva en su beneficio para el correcto ejercicio del derecho de defensa, situación que la parte actora ha pretendido desconocer por completo en su demanda.

Entonces, más que afectar la individualización de la conducta que se le imputa a SHELL y de la procedencia o no de la sanción a la que hubiese lugar, la acumulación deviene en un beneficio procesal en su favor, por cuanto reviste de garantías el ejercicio de su derecho de defensa.

Pero más allá de lo expuesto, SHELL ha proclamado, desde una óptica netamente civilista, que en el caso bajo estudio no existió ninguno de los supuestos previstos por el Art. 545 PrC. Con un argumento lacónico y burdamente fundado, ha pretendido establecer que en caso de conocer por separado de uno y otro proceso, no devendría en una división de la continencia de la causa, que es la causal prevista por el ord. 4° del artículo referido, alegando que los procesos iniciados en su contra fueron interpuestos por dos personas distintas.

Lo anterior constituye un error de derecho por cuanto pretenden atribuirles carácter de parte a los denunciados, cuando estos no lo detentan. Debemos recordar que en el procedimiento administrativo seguido por la Superintendencia de Competencia, se pretenden tutelar **intereses generales y no particulares**.

Tan no es parte el denunciante que el Art. 45 Inc. 2° L.C. no le confiere traslado para presentar sus alegatos, y se limita a mandar oír al denunciado. Entonces, venir a afirmar que no se cumple tal presupuesto, sin tomar en cuenta las particularidades de la Ley de Competencia, resulta inocuo e insubstancial, totalmente fuera del objeto de discusión que nos ocupa.



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

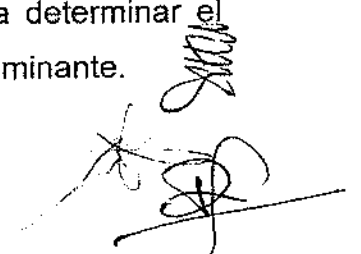
**V. DE LA SUPUESTA DENEGACIÓN ILEGAL DE PRUEBA PERICIAL:
Arts. 240, 242 y 343 Pr. C.**

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 y/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 abuso de la posición dominante.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name, located in the bottom right corner of the page.

En conclusión, es evidente que dicho peritaje pretendía abordar temas propios de la competencia de la Superintendencia, muy probablemente, para demostrar que las conclusiones a las que esta autoridad había llegado eran incorrectas.

Es necesario establecer que la prueba pericial es aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencia que el juez 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.

En este sentido, parafraseando 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 sea que se suministren al Juez directamente esas máximas, o bien que se plasmen en el dictamen subsumiendo en ellas hechos o circunstancias 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*).

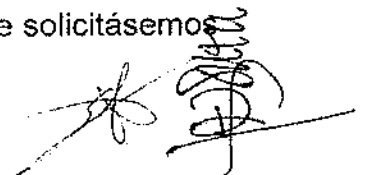
Queda claro pues, que esa Sala reconoce abiertamente que los dictámenes periciales deben versar sobre materias ajenas al orden de conocimiento que la ley atribuye al operador. Y es que, la lógica que informa la figura así lo indica.

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

En este orden de ideas, el perito solicitado por SHELL 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), es decir, que no es lógico que pretenda usurpar la competencia del que juzga; y segundo, porque el personal de este ente regulador, 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 (para ello están los recursos y demás remedios procesales), es sólo que la aplicación del Derecho de Competencia, en términos materiales, está atribuida única y exclusivamente a la Superintendencia de Competencia, y el enjuiciamiento de la legalidad de sus actos debe hacerse ante esta Honorable Sala. Es aquí donde se somete a la Administración al examen de legalidad de sus actos, razón por la cual SHELL no puede acusar a la Autoridad Demandada de auto atribuirse infalibilidad e irrefutabilidad, sobre todo, cuando precisamente nos encontramos en un proceso contencioso administrativo.

No es tampoco que en sede administrativa no pueda presentarse prueba pericial, por el contrario, es completamente válido, siempre y cuando verse sobre materias acordes a sus funciones y naturaleza.

Resumiendo, la prueba por peritos a la que nos hemos referido no goza de la pertinencia necesaria 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 dictaminen sobre la procedencia de la revocatoria de la suspensión del acto administrativo?.

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 en 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.

Pero SHELL ha sostenido que esta denegación de prueba afecta el elemento formal del acto, como si el operador jurídico o en este caso la Superintendencia de Competencia, estuviese siempre obligado a admitir la prueba propuesta por las partes. Lo anterior se reviste de una total inconsistencia, por cuanto 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, habiendo considerado que la prueba pericial era impertinente, se procedió a rechazarla, como bien 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).

Tanto carece de pertinencia la prueba pericial discutida, que el único argumento que SHELL ha vertido para sostener dicha pertinencia es que la determinación del Mercado Relevante y Posición Dominante son presupuestos indispensables para todo análisis de un caso de competencia, en el cual se pretenda establecer la existencia de prácticas anticompetitivas (página 15 de su escrito de demanda), como si en algún momento esto hubiese sido puesto en duda por la autoridad demandada. Claro que es indispensable y fundamental realizar tales



determinaciones, el problema es quién es competente para hacerlo, porque según la Ley de Competencia, es la Superintendencia y no un perito.

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. Vale recordar que el derecho a probar, como cualquier derecho constitucional de naturaleza procesal, no es absoluto.

VI. DE LA FINALIDAD y ALCANCE DE LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES Y LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

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 pesquisas. Cuando esos elementos se poseen a partir de la denuncia o por información de cualquier naturaleza, la investigación preliminar puede perfectamente omitirse, ya que ésta no es obligatoria.

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

Ahora bien, se constituye un error técnico pretender que los resultados de tales investigaciones preliminares vinculen de modo alguno al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por cuanto desnaturalizaría la función de éste, ya que de nada serviría que dicha autoridad entrase a conocer del fondo del asunto, si ésta ha quedado atada en su criterio por lo dispuesto en las investigaciones preliminares. 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.

Por otra parte, en relación a la etapa de instrucción formal, ésta se rige por los parámetros establecidos en el auto que le da inicio, pero en ningún momento en dicho auto se define de manera final temas propios del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, ni tampoco se delimitan definitivamente temas que solo pueden analizarse hasta el final del procedimiento. En este sentido, se vuelve imperante aclarar que es el Consejo Directivo quien al final del procedimiento –respetando la congruencia procesal– conocerá todos los temas relacionados con la práctica investigada.

Y es que: *“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).*

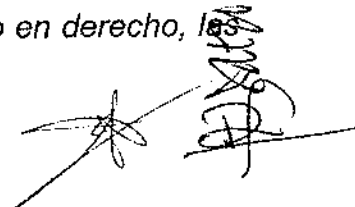
En razón de lo anterior y a la luz de nuestro caso concreto, la legalidad de la sanción impuesta viene determinada por el cumplimiento de los requisitos formales y materiales previstos por la Ley. Por tanto, no es dable pretender tener por establecidos elementos relacionados con la existencia de la práctica anticompetitiva de manera previa a la resolución final, como la parte actora intenta hacer ver respecto al Mercado Relevante. **En el auto de instrucción se detalló el**

ámbito de la investigación y la práctica investigada, teniendo los agentes económicos vinculados pasivamente el derecho de controvertir en relación con esos puntos, previo a la decisión final del Consejo Directivo.

En efecto, todo lo concerniente a la existencia de la práctica anticompetitiva va siendo nutrida en el procedimiento administrativo, desde la denuncia hasta el desarrollo de la investigación formal o instrucción; se califica a cabalidad, en el acto administrativo final de la resolución emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia. Si lo anterior no fuese así, existiría un pre juzgamiento, en detrimento del administrado, que lejos de salvaguardar el derecho de defensa, sería perjudicial para el administrado.

En relación al mercado relevante, este constituye entonces, un concepto que debe ser llenado de contenido a través de los hechos reveladores de la investigación, por lo que en el inicio del procedimiento lo que debe establecerse son los hechos que se presumen son constitutivos de la práctica anticompetitiva investigada, los cuales, obviamente, se ubican en un contexto o entorno de la realidad específico, el cual, constituye un insumo en la definición del mercado relevante que se hará en la resolución final, tomando en cuenta los aspectos legales relacionados (artículo 28 de la Ley de Competencia).

Al respecto, es oportuno traer a cuento lo que señala la doctrina: *“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*

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page. The signature is a stylized cursive script, and the initials are written in a blocky, capital-letter font.

*argumentaciones en que fundamenta los cargos que mantiene. Esta última posibilidad no entra en contradicción con los derechos de defensa (...)*⁹.

Y es que, solo al final de la instrucción, 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 Art. 28 de la Ley de Competencia y 15 del Reglamento de la Ley de Competencia¹⁰.

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

Por otra parte, no 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. Para verificar lo anterior basta remitirse y leer el artículo 43 de la ley de Competencia y el artículo 65 de su Reglamento, los cuales disponen los elementos que debe contener el auto que ordena la instrucción del procedimiento formal.

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*

⁹ Vid. CASES PALLERES, Lluís, "DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA" Madrid, Ed. Marcial Pons, 1995. pp. 165-166.

¹⁰ Para ilustrar de forma más clara el absurdo que implica pretender fijar un elemento parte de la estructura típica, traemos a cuento un ejemplo en materia penal: Si la parte fiscal pretendiese atribuir al sujeto "X" la comisión de Homicidio Agravado, por concurrir la causal prevista en el Art. 129 Ord 3ª Pn., por cuanto así se los indica la investigación preliminar realizada, dicha parte 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 elementos típicos, y resulta claro que la investigación preliminar no se constituye como tal.

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."¹¹

SHELL ha querido fundamentar sus reclamos mediante la cita de párrafos publicados en la página web de la institución, pretendiendo hacerla caer en contradicción, lo cual ha resultado verdaderamente inoperante:

1.- Porque párrafos con características similares estaban contenidos en la resolución que ahora pretende impugnar.

2.- Porque la Superintendencia de competencia no ha negado, ni niega la importancia de la determinación del Mercado Relevante para constatar infracciones a la Ley. Lo que esta Superintendencia ha sostenido es que en el auto de instrucción se delimita el objeto de la investigación y es el Consejo Directivo quien emite una decisión final sobre dicho objeto, decidiendo sobre la existencia de la práctica anticompetitiva y sus temas relacionados (mercado relevante, posición dominante, características del sector, etc.), pues es éste y no la Autoridad instructora la encargada de conocer y calificar los hechos presentados.

En conclusión, la parte actora ha pretendido a lo largo de su demanda encajonar el procedimiento administrativo sancionador dentro del proceso civil, olvidándose por completo de la especialidad de la materia que tratamos y de las diferentes estructuras procesales: que el Código de Procedimientos Civiles es derecho supletorio aplicable, de acuerdo. Pero no lleguemos al absurdo de dejar de lado el Derecho de Competencia en sí mismo. Para aplicar el proceso civil hay que

¹¹ CASES PALLARES, Lluís... *op.cit.* p. 166

interpretarlo y adecuarlo. Incluso, para invocar los principios del Derecho Penal hay que matizarlos. Pero lo que estamos analizando no es derecho procesal civil ni derecho procesal penal. Nos encontramos ante un procedimiento administrativo sancionador en materia de derecho de competencia.

De conformidad a la Ley de Competencia, la etapa investigativa preliminar sólo pretende determinar si es necesario iniciar un procedimiento sancionador, no definir a priori los elementos de la conducta sancionable, por lo que las resoluciones impugnadas por SHELL carecen de todo vicio de ilegalidad.

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

La parte actora ha sostenido que el acto impugnado se encuentra viciado por no haber motivado la autoridad administrativa "suficientemente" (las comillas son de SHELL. p. 8 de su demanda) la concretización puntual de los elementos necesarios para determinar el monto de la sanción económica aplicable.

SHELL requiere que la administración "concretice" (las comillas son de SHELL. p. 23 de su demanda) y sustente, bajo COMPROBACIONES cuantitativas y cualitativas, cómo en el caso concreto se han manifestado los parámetro expuestos en el Art. 37 de la Ley de Competencia. En fin, exigen desarrollar un estudio pormenorizado de cada una de las categorías vertidas en dicho artículo.

En relación a este punto comenzamos aduciendo que: "la motivación como elemento esencial del acto administrativo, consiste en la expresión racional del juicio de la administración, **constituyendo la obligación de la administración de hacer públicas las razones de hecho y de derecho en las cuales fundamenta su decisión.** Dicha motivación permite ejercer un control de legalidad de los actos administrativos." (*Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de II/XII/2006, Ref. 110A-L-2004*)



Al respecto, queremos mencionar que para la imposición de la multa, tal y como consta en la página 146 y siguientes de la resolución, se han considerado y evaluado los seis parámetros contemplados en el Art. 37 LC, lo cual ha sido aceptado por SHELL en sus alegatos, por lo que nos encontramos ante una mera disconformidad con la motivación y no ante la ausencia de la misma.

En este sentido, como ha sido afirmado en otros puntos del presente libelo, la legalidad del acto está condicionada al cumplimiento de las exigencias legales previstas. Por lo que debemos entender que SHELL pretende consagrar su alegato de antijuricidad a un elemento material, fuera los parámetros de juzgamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Dicho Tribunal podrá entrar a conocer de la legalidad de los criterios que informen la adopción del acto administrativo en cuanto a su orientación, es decir, que los mismos adopten los parámetros de legalidad correspondientes, más no sobre la decisión material que se acoja. Así ha sido expuesto en la sentencia de las diez horas del día trece de junio de dos mil siete, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, bajo referencia 262-C-2002, en la que se ha expuesto:

*“La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el punto de vista externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar, en su caso, el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto **posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido**” (el sombreado es nuestro).*

Es claro que la motivación de las sentencias y en este caso, de la sanción impuesta, obedecen a requisitos trascendentales en razón de la tutela de los derechos de los administrados. Pero no debemos confundir los parámetros legales

para su impugnación en sede administrativa, por cuanto si la misma ha sido recogida atendiendo los presupuestos previstos en la ley, la sanción es absolutamente legal.

Distinto fuese que existiendo motivación se consignase que la sanción ha sido impuesta para tutelar intereses particulares (por ejemplo): la orientación es distinta a la prevista por el marco normativo y por tanto concurriría un vicio de legalidad. Pero en nuestro caso concreto, la motivación, existiendo como tal, toma como referencia única el Art. 37 de la Ley de Competencia, razón por la cual ésta es completamente legal.

Lo anterior se reafirma con otro de los párrafos de la sentencia citada, cuando esa Sala expuso: *"Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, **constatando sí estas razones están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable**"*

Sostener lo contrario es tanto como instaurar un nuevo requisito dejando de lado los legalmente previstos.

En todo caso, debemos recordar que: *"La sola falta de motivación o **la motivación defectuosa no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo** que adolezca de tal vicio. Esa declaración queda condicionada a valorar si la falta de motivación revela una ilegalidad en el orden interno de formación de voluntad de la Administración, produjo una vulneración de los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió en la posibilidad de control judicial"* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de VII/VI/2006, Ref. 135-R-2000).

Pero en nuestro caso concreto, la motivación expuesta por la Superintendencia de Competencia ni revela una ilegalidad en el proceso de formación de voluntad, ni produjo una vulneración de los derechos de contradicción y defensa del

administrado, ni mucho menos incidió en la posibilidad de control judicial, razón por la cual, no es posible pretender la ilegalidad del acto administrativo por este motivo y por el contrario, los mismos se revisten de una legalidad plena. Todos los parámetros legales para cuantificar la multa están explicitados en la resolución impugnada.

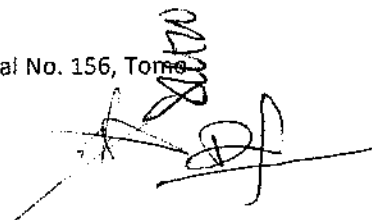
VIII. SOBRE LA SUPUESTA ILEGALIDAD EN EL CRITERIO PARA LA CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA: SALARIO MINIMO MENSUAL EN LA INDUSTRIA

SHELL 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 Art.- 38 Inc1ª, 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 existe en nuestro ordenamiento, pues el mismo no está contemplado en el Decreto Ejecutivo 83¹² (vigente al momento de cuantificar la multa) que regula los salarios mínimos, por cuanto este último contempla únicamente el "salario mínimo mensual en la industria", es decir, no contempla la palabra "urbano". Por este motivo, los impugnantes alegan ausencia de tipicidad en cuanto a la sanción prevista por la ley, en relación a los hechos punibles contemplados.

De esta forma, SHELL quiere crear una falsa antinomia entre la Ley de Competencia y el Decreto Ejecutivo N° 83, ya que la primera se refiere como parámetro los "salarios mínimos mensuales urbanos en la industria", y por otra parte, la segunda contempla "salarios mínimos mensuales en la industria".

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

¹² Vid. Decreto Ejecutivo No. 83, de fecha 23 de agosto de 2006, publicado en el Diario Oficial No. 156, Tomo No. 372, del 24 de ese mismo mes y año



definición normativa o interpretativa para la Ley de Competencia. Una definición legislativa es una definición estipulativa de un término o expresión que aparece en el texto de una norma jurídica; es decir, establece cuál es el sentido o alcance en el cual ha de entenderse ese término o expresión.

Tanto las definiciones legislativas, como las leyes interpretativas, deben ser respetadas, pues lo que el legislador persigue con ellas es estrechar el margen de indeterminación de los vocablos definidos e interpretados; es decir, pretende hacer menos incierta la atribución de significado a la ley, minimizando, de este modo, el poder de los intérpretes y aplicadores del derecho.

Las definiciones y parámetros legislativos son, en este sentido, auténticos mecanismos de limitación del poder de los intérpretes y en particular de la administración pública y de los jueces. De todas formas, ni las definiciones legislativas, ni las leyes interpretativas, garantizan totalmente la claridad y unidad interpretativa, pues puede suceder también que los términos de la definición susciten dudas, a veces injustificadas.

En este orden, podemos analizar el argumento de los recurrentes, bajo varios métodos de interpretación, a saber:

A) interpretación gramatical o literal:

Consiste en atribuir el significado a una disposición, teniendo en cuenta las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en que tal disposición se expresa. Cuando el sentido de la ley es claro no se desentenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (Art. 19 Inc. 1º C. C.). Bajo esta línea literalista del significado ordinario de las palabras, no cabe duda que el Art. 38 Inc. 1º LC se refiere a los salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, y el decreto ejecutivo 83, que cuantifica dichos salarios, se refiere a salarios de la industria, por tanto, tales



deben entenderse sinónimos desde una óptica literal. Otra forma de análisis sería retorcer la ley a sin sentidos incluso literalitas.

B) Interpretación funcional o teleológica:

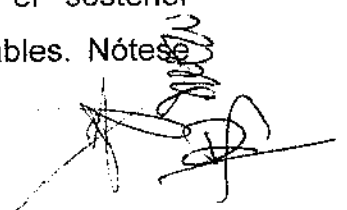
Consiste en atribuir significado a una disposición apartando su literalidad y apelando a la voluntad, la intención o los objetivos del legislador. Es decir a la *ratio legis*. A este método se refiere el inciso segundo del Art. 19 C.C. al indicar que para interpretar una expresión oscura de la ley, se puede recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en historia fidedigna de su establecimiento.

El Art. 38 LC, tiene su fundamento constitucional en el Art. 14 Cn., que otorga a la Administración Pública la potestad sancionatoria bajo la garantía del debido proceso, todo con el objetivo de salvaguardar fines públicos. En este orden, el Art. 38 está inmerso en un cuerpo normativo que persigue la protección de la competencia y la eliminación de prácticas anticompetitivas, así como el bienestar de los consumidores (Art. 1 LC).

Por tanto, atendiendo a una interpretación finalista que le brinde un sentido pragmático al Art. 38 LC, no cabe otra conclusión que los salarios mínimos a los que se refiere la disposición deben ser cuantificados conforme a los parámetros de salarios mínimos para la industria determinados en el Decreto Ejecutivo N° 83 del 23 de agosto de 2006. De otra manera no podría perseguirse el fin de la norma alegando una injustificada imposibilidad de aplicación normativa.

C) Argumento apagógico o de reducción al absurdo.

Debe manifestarse que el legislador no legisla para el absurdo y las normas tienen como finalidad surtir efectos jurídicos; por tanto, es inviable el sostener interpretaciones que conduzcan a resultados imposibles o inaceptables. Nótese



que en el presente caso, recoger el curioso argumento de los infractores nos llevaría a nulificar la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Competencia, e incluso a inaplicar la Ley en sí misma, desbaratando la coercibilidad de todo el orden jurídico de la competencia recién fundado en El Salvador, con graves consecuencias socioeconómicas y jurídicas.

En todo caso, la Ley de Competencia deja bastante claro 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 desvanece cualquier iluso vicio en la tipicidad de la sanción, ya que el ordenamiento nos brinda un parámetro el cual es acatado a la hora de terminar la consecuencia jurídica de la acción de SHELL.

Por tanto, los actos impugnados son absolutamente legales, y así deben ser declarados oportunamente por esta Honorable Sala.

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

El artículo 29 de la Ley de Competencia establece:

“Art. 29.- Para determinar si un agente económico tiene una posición dominante en el mercado relevante deberá considerarse:

a) Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder;

b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

c) La existencia y poder de sus competidores; y

d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos”.

Dicho artículo establece las condiciones para que el Consejo Directivo determine si los sujetos investigados tienen o no posición dominante; de manera que, de verificarse la existencia de alguno de los supuestos citados en dicho artículo, podrá declararse que los sujetos investigados ostentan esa posición en el mercado.

Respecto a la posición dominante la doctrina señala que: *“sólo desde una relativa independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y clientes resultará hacedera una posición de dominio en el mercado, mientras sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte de dicho mercado, no podrá actuar en él al margen de las leyes de la oferta y la demanda, y el precio o cualquier otra característica del producto vendrán determinadas por las fuerzas del mercado y no por una decisión unilateral de la empresa en su propio provecho que es lo que consustancialmente está en condiciones de ocurrir cuando la empresa detenta una posición de dominio en el mercado”*¹³.

A partir de lo anterior, a continuación se expondrán los elementos que en los actos reclamados valoró este Consejo Directivo para determinar que sí se cumplían algunos de los requisitos previstos en el artículo 29 de la Ley de Competencia y, de esa forma, concluir que SHELL sí ostentaba posición dominante en el mercado relevante. Posteriormente, se señalará cómo, a partir de tales circunstancias, SHELL estaba habilitado para actuar de forma independiente, cumpliendo, de esa forma, con el elemento principal que, según la doctrina, caracteriza a los agentes económicos que detentan posición dominante en un mercado.

¹³ BENEYTO, J.M, *“Tratado de Derecho de la Competencia”*, t. 1, 1ª Edición, Barcelona, Editorial Bosch, 2005. p. 468.

A partir de la página 94 de la resolución final emitida el 1 de octubre de 2007, este Consejo Directivo examinó si se cumplía el requisito previsto 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"*.

Al respecto, primero se detalló la participación que el grupo económico de SHELL ostenta en la refinería RASA. En su demanda SHELL arguye que esa participación no corresponde a la persona jurídica a quien se sancionó; sin embargo reconoce que SHELL ROYAL DUTCH sí es parte del mismo grupo económico. Como consecuencia, y según la Teoría de Unidad de Empresa, se considera como una sola empresa el conjunto de sociedades que, debido a sus vínculos económicos y estructurales, obedecen a un solo objetivo común. Lo anterior es así aunque gocen de autonomía y personalidad jurídica propia. Así, cuando hay varias sociedades pero una sola empresa, el Derecho de Competencia atiende a la realidad económica que está llamado a regular. Desde este punto de vista, la empresa del grupo de sociedades se entiende como única, aunque cada sociedad se encuentre en eslabones distintos de la cadena de valor. En ese sentido, el vínculo entre RASA y SHELL se verifica al evidenciar que esta última y SHELL ROYAL DUTCH pertenecen a la misma unidad económica.

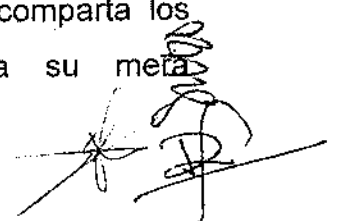
Habiéndose verificado el vínculo entre SHELL y RASA, este Consejo Directivo procedió a examinar la influencia que tal participación en la única refinería de petróleo en el país provocaba en los mercados de gasolina regular, especial y diesel.

En la resolución final se examinó la importancia que en el mercado salvadoreño tiene la importación de gasolina especial, regular y diesel, en razón de la inexistencia de producción nacional de esos insumos. Así, a partir de un análisis económico se determinó que el costo de importación de los combustibles determina los distintos precios domésticos. Por ello, se expuso en la resolución final que: *"de lo anterior se deriva la suma importancia de la etapa de importación"*

y refinamiento de combustibles en la formación de los precios de los productos en los mercados relevantes determinados. En el caso específico de El Salvador se puede esperar que los eventos que alteren las condiciones de oferta y/o demanda de dicha etapa, afecten significativamente el precio de los productos comprendidos en los mercados relevantes determinados”.

Así, habiéndose concluido que la importación y refinación de petróleo es determinante en el precio de venta de la gasolina regular, especial y diesel, este Consejo Directivo procedió a examinar 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 análisis económico que se hizo respecto a la incidencia de RASA en la cadena de valor de los mercados de gasolina regular, especial y diesel. A partir de ese minucioso análisis este Consejo Directivo concluyó 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, debido por una parte a que este agente se sitúa en el primer eslabón de la cadena y por otra, a la significativa interdependencia entre las diferentes etapas; sin que sus agentes competidores, en este caso CHEVRON y PUMA, puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder”.* Posteriormente se expuso que: *“las decisiones que se tomen en RASA repercutirán a lo largo de toda la cadena de valor hasta llegar a la venta minorista de gasolinas y diesel realizadas en las estaciones de servicio de todo el país”.*

De lo anterior, se observa que este 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. El hecho que la demandante no comparta los razonamientos expuestos por este Consejo Directivo revela su meta



inconformidad con el criterio de esta institución, pero no desacredita los motivos que se expusieron en los actos impugnados.

A pesar que con haberse verificado el supuesto anterior era suficiente para determinar la posición dominante de SHELL, este Consejo Directivo advirtió la existencia de otros supuestos previstos en el artículo 29 de la Ley de Competencia. Así, respecto a la circunstancia prevista en la letra b) de dicho artículo, este Consejo examinó a partir de la página 115 de la resolución final la existencia de barreras a la entrada.

La demandante manifiesta que no existen barreras de entrada, sin embargo esta Honorable Sala puede verificar en la resolución final que del análisis hecho por este Consejo Directivo se concluyó que sí existían barreras de distinta naturaleza. Si bien algunas de las barreras advertidas no eran responsabilidad de los sujetos sancionados –tales como las barreras estructurales o de tamaño, legales o arancelarias 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 pueden atribuirse a los agentes económicos sancionados.

Finalmente, respecto a los supuestos previstos en las letras c) y d) del artículo 29 de la Ley de Competencia –existencia y poder de competidores y posibilidades de acceso a fuentes de insumo–, se observa que este Consejo Directivo expuso en la página 125 de la resolución final los motivos por los que se acreditaban tales circunstancias. Así, se determinó que, en vista que ESSO y SHELL, 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 en una posición única y de difícil alcance por parte de CHEVRON y PUMA, quienes, debido a sus reducidos activos de importación y almacenamiento, no pueden suplir la demanda de esos productos en el territorio nacional.

Hay que aclarar que, contrario a lo señalado por la demandante, las circunstancias expuestas en los párrafos anteriores y que en la resolución final dieron lugar a determinar la posición dominante de SHELL y ESSO, no se interpretaron como conductas ilícitas atribuibles a dichas sociedades. Y es que tales circunstancias, como se ha dicho, únicamente determinaron la existencia de la posición dominante y, tal como ha interpretado este Consejo Directivo en muchas ocasiones, la mera titularidad de esa posición no configura ningún ilícito.

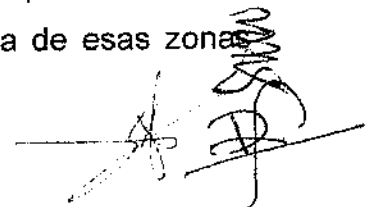
Por ello, este Consejo Directivo, luego de haber verificado que ESSO y SHELL tenían posición dominante, continuó con el análisis para verificar si, teniendo dicha posición, cometieron alguna conducta que provocaba uno de los abusos tipificados en el artículo 30 de la Ley de Competencia.

X. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

SHELL manifiesta que este 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.

Al respecto, es oportuno retomar los razonamientos expuestos en la resolución final –páginas 129 a 141– y el recurso de revisión –páginas 56 a 58– impugnados por la pretensora, en donde se expone porqué esas políticas comerciales provocan un efecto anticompetitivo en el mercado.

Respecto a la zonificación de precios realizadas por SHELL y ESSO, del análisis económico realizado por este Consejo Directivo se obtuvo que, de no existir dicha política, la entrada de una nueva gasolinera o una política de precios agresiva por parte de alguno de los participantes, provocaría una reducción de precios en todo el mercado relevante geográfico. Sin embargo, con la existencia de esas zonas



artificiales, los agentes sancionados logran circunscribir la dinámica competitiva únicamente en ciertas zonas, impidiendo que se propague a todo el mercado antes referido.

Por otra parte, la política de ajuste competitivos de SHELL, a pesar que la demandante arguye que es una mera sugerencia de precios, este Consejo Directivo verificó de la declaración del mismo Gerente de Ventas de SHELL y de operadores de estaciones de servicio, que SHELL diseñaba mecanismos para presionar a estos operadores a que se ajustaran al precio sugerido, tales como retenerles los márgenes superiores de ganancia que obtengan en caso de reducir el "precio sugerido", o sufrir posteriores reducciones del ajuste en caso de que se incumpla con la "sugerencia" hecha por SHELL.

Aclarado lo anterior, este Consejo Directivo observó que, a través de esa imposición hecha a los operadores de estaciones de servicio del precio al que tenían que vender las gasolinas y diesel a los consumidores, SHELL se asegura que los operadores que están dentro de una de las zonas artificialmente creadas por SHELL garanticen que dentro de la misma se circunscriba la dinámica competitiva. Si los operadores cobraran precios distintos a los sugeridos, la política de zonificación no sería efectiva.

Así, a partir de esa política bidimensional –zonificación de precios e imposición de precios a los operadores de estaciones de servicio–, SHELL garantizaba que los precios fueran condicionados por ella y no por las fuerzas competitivas del mercado, limitando de esa manera la competencia.

Por otro lado, SHELL manifestó que tenía tantas zonas de precios como estaciones de servicio de su bandera existen; es decir, que a cada estación le facturaba de manera distinta aunque se encontraran dentro de un mismo mercado relevante geográfico. Obviamente que esto genera distintos niveles de precios sin razonamiento económico, perjudicando a los consumidores alrededor de aquellas

estaciones de servicio bandera SHELL que están dentro de las franjas altas y medias de precio. Lo anterior provoca que los precios en bomba más favorables a los consumidores no se propaguen al resto del mismo mercado relevante geográfico, manteniéndolos artificialmente altos. No es cierto, pues, que esta política favorece a todos los consumidores.

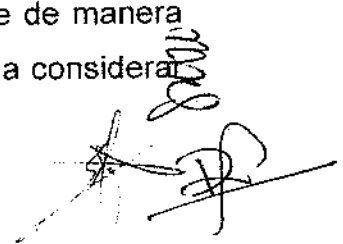
XI. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 30 DE LA LEY DE COMPETENCIA

SHELL manifiesta que en vista 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, era inválido que este 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.

Al respecto, cabe mencionar que dicha postura carece de sustento lógico jurídico, por cuanto el legislador en toda conducta punitiva redacta o construye supuestos de hechos en términos semánticos que atienden a la singularidad del sujeto que realiza la acción.

Por ejemplo, el artículo 128 del Código Penal dispone "el que matare a otro" y el artículo 131 del mismo cuerpo legal establece "el que indujere a otro". En virtud de lo anterior, encontraremos un gran número de ejemplos en la legislación penal, pero tales redacciones no pueden interpretarse como que es imposible sancionar un ilícito atribuido a varios sujetos como coautores.

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 ilícito solo puede ser obra de un solo sujeto. Por el contrario, en la comisión de un ilícito pueden intervenir varios sujetos¹⁴.

Por su parte, 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 del VII/IX/2005, Ref. 333-C-2004).

De lo anterior, se advierte que la interpretación que hizo este Consejo Directivo al determinar la posición dominante de SHELL, era acorde con la finalidad perseguida por el legislador en la redacción de los artículos 29 y 30 de la Ley de Competencia.

XII. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto en el presente informe justificativo de la legalidad y constitucionalidad de todo lo actuado por este Consejo Directivo, consideramos que deben desestimarse todos los puntos de la pretensión de SHELL, por tratarse de simples inconformidades con lo actuado, valorado y razonado en sede administrativa.

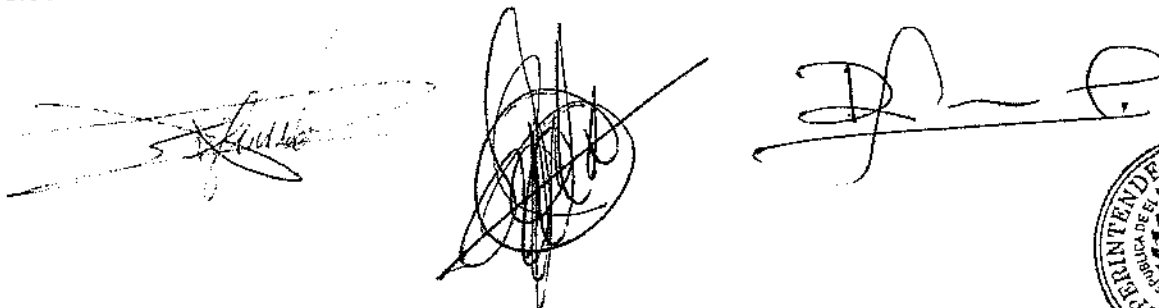
¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ CRUZ, Delmer y otros, *"Manual de Derecho Penal"*, San Salvador, Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, 1992. P. 439.

XIII. 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;
- c. Dejéis sin efecto la entrega del expediente administrativo realizada previo a la declaratoria de nulidad, por encontrarse ya en poder de esa Honorable Sala; 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.

Suscrito en Antiguo Cuscatlán para ser presentado en San Salvador, a los dieciséis días del mes de marzo de dos mil diez.



Presentado a las once horas cuarenta minutos del día dieciséis de marzo de dos mil diez, por el licenciado Daniel Eduardo Olmedo Sánchez, de treinta y dos años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, portador de su Tarjeta de Abogado, número 9611, en original y seis copias, de las cuales le devuelvo una con la razón de ley.

