

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

**RICARDO ANTONIO MENA GUERRA y JULIA EMMA VILLATORO TARIO**  
o **JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON**, ambos Abogados, de este domicilio, el primero de treinta y seis años de edad y la segunda de treinta y cinco años de edad, con tarjetas de identificación profesional números cinco mil doscientos cuarenta y cinco; y cinco mil novecientos ochenta y siete, respectivamente, actuando en nuestra calidad de apoderados generales judiciales del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, a Vos atentamente **EXPONEMOS:**

**I. LEGITIMACIÓN DE PERSONERÍA.**

Que tal como lo acreditamos con la fotocopia certificada por Notario, del Testimonio de Escritura Matriz del Poder General Judicial otorgado a nuestro favor, somos mandatarios del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

En tal sentido, con expresas y precisas instrucciones de nuestro mandante, venimos a mostrarnos como apoderados de la parte pasiva 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.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON  
ABOGADO

## **II. FASE PROCESAL.**

Que mediante auto dictado por esa honorable Sala a las catorce horas dieciocho minutos del diecisiete de diciembre de dos mil siete, se le ordena a la autoridad administrativa demandada, rendir informe en el término de cuarenta y ocho horas exactas. Además, en la citada resolución se suspende la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados respecto de la orden de cese en la implementación de la política de ajustes competitivos ordenada a ESSO, no suspendiendo la ejecución de los actos en cuanto al pago de la multa impuesta. Finalmente, se ordena remitir el expediente debidamente foliado en el plazo de tres días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva.

## **III. CUMPLIMIENTO DE INFORME Y LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES.**

Que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en adelante Consejo Directivo, en apego estricto al debido proceso legal en las diligencias administrativas con referencia SC-004-D/PA/R-2006 acumulados SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006, emitió resolución a las once horas del día uno de octubre de dos mil siete.

Asimismo, el Consejo Directivo, siempre en observancia a la juricidad, a la Ley de Competencia y a su Reglamento, emitió resolución a las nueve horas y treinta minutos del día seis de noviembre del presente año, por medio de la cual confirmó el primer acto administrativo aludido.

Como se desprende de la motivación de los actos administrativos contra los que se reclama, éstos han respetado íntegramente el principio

trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".

Bajo este orden de ideas, traemos a cuenta la doble dimensión de la justicia. Así, como valor jurídico constitucional, puede ser estudiada desde una perspectiva general y una particular.

La primera persigue, mediante la articulación de principios y procedimientos jurídicos, la conservación de la sociedad y la posibilidad de que ésta pueda cumplir con sus fines, es decir, la conducta de gobernantes y gobernados para cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal.

Desde una perspectiva particular, podemos entender la justicia en su dimensión distributiva, es decir, bajo el postulado de "dar a cada uno lo suyo".

En este sentido y a partir del texto de los artículos 1 y 2 de nuestra Constitución, se extrae que la justicia se constituye como un principio cardinal del ordenamiento jurídico y, por tanto, el Estado está en la obligación de procurar la consecución de la misma, no en un plano teórico, sino en un plano material y fáctico. Por tales razones, todo el andamiaje jurisdiccional debe intentar, a través de sus actuaciones, que los individuos a quienes el derecho les asiste obtengan una plena satisfacción de sus pretensiones.

En estrecha relación con lo anterior, y como parte integrante del derecho a la justicia, aparece la tutela judicial efectiva o debido proceso, la cual comprende el derecho a utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone al alcance de las partes durante la

---

<sup>1</sup> *Ibid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad bajo Ref. 8-97 el 23/11/2001.

de legalidad; en consecuencia, los reclamos planteados en la demanda son infundados, por tanto, contestamos la misma en sentido negativo.

#### IV. JUSTIFICACIÓN DE REVOCATORIA DE MEDIDA CAUTELAR.

Creemos sumamente importante y de urgencia para los intereses públicos a los que salvaguarda la Superintendencia de Competencia como son la protección y garantía de la competencia en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, realizar una serie de consideraciones encaminadas a que esa honorable Sala reevalúe el tópico de la orden de suspensión de los efectos de los actos administrativos contra los que se reclama, a fin de que con los elementos esgrimidos revoque tal medida cautelar. Argumentos jurídicos y fácticos que exponemos a continuación:

##### IV.1. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO MEDIDA CAUTELAR EXCEPCIONAL.

La Constitución como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, establece los lineamientos primordiales a los que éste ha de sujetarse. Bajo este marco, uno de los principios fundamentales contemplados por nuestra Carta Magna es la Justicia. Así, el Art. 1 Cn. lo reconoce como uno de los fines del Estado y por tanto, como pilar esencial de todo nuestro sistema.

En la misma línea, el Art. 2 inciso primero Cn, consagra el derecho a la protección jurisdiccional pues indica que "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al

LIC. RICARDO TONIO HERRERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA GUILLERMO DE DANVSON  
ABOGADO

tramitación de un proceso<sup>2</sup>, siendo uno de ellos, el establecimiento de medidas cautelares<sup>3</sup>, cuando éstas sean procedentes y la implementación de las mismas no impliquen la vulneración a bienes jurídicos superiores.

Así, podemos definir las medidas cautelares o precautorias como aquellas providencias que persiguen evitar que el tiempo que conlleva el proceso o procedimiento, frustre el derecho del peticionario, asegurando con ello el eventual cumplimiento de las resultas del proceso<sup>4</sup>. Pero tal grado de peligro de frustración del derecho debe ser palpable y no una mera especulación porque de otra manera desnaturalizamos los fines de las medidas cautelares y se corre el peligro de apartarse del objetivo de la justicia y seguir derroteros espurios<sup>5</sup>.

También, debe considerarse que tales providencias no persiguen un fin en sí mismo, por cuanto éstas son accesorias<sup>6</sup> a la pretensión principal, razón por la cual su adopción no debe ser manipulada por quien la requiere para asegurarse una especie de justicia anticipada. En virtud de lo anterior, no puede dejarse de lado que toda sentencia judicial o resolución administrativa implica una tutela o protección directa a intereses sociales, por cuanto es éste el eje primordial de la función pública, situación sumamente patente en la jurisdicción contenciosa administrativa.

LIC. RICARDO ANTONIO NIENIA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMILIA VILLATORO DE DAVISON  
ABOGADO

<sup>2</sup> Vid. IGLESIAS CANLE, J., "Los Recursos Contencioso-Administrativos", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 33.

<sup>3</sup> Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo Ref. 737-2001 el 4/VI/2002. "Constitucionalmente, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva".

<sup>4</sup> Vid. ARAZI, Roland, en AA.VV. "Medidas Cautelares", 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p.4

<sup>5</sup> En términos generales, Vid. FUSADES, "Sobre la Desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado", *Boletín de Estudios Legales*, Núm. 22, octubre 2002.

<sup>6</sup> Vid. ARAZI, Roland, *op cit.* p. 6: Al analizar la característica de accesoriedad en la adopción de las medidas cautelares, el autor manifiesta que la adopción de estas no persigue un fin sí mismo.

Y es que, si bien es cierto nuestra norma primaria reconoce, por un lado en el Art. 172 el acceso a la justicia, en el Art. 182 ordinal 5º se instaura, como garantía para quienes acceden a ella, el derecho a la pronta y cumplida justicia, pues, por la complejidad que conllevan muchos procesos, como por ejemplo donde se juzga la función administrativa, es inevitable que el desarrollo de éstos se vuelva prolongado. Sin embargo, ello no puede volverse una excusa para quienes pretenden conseguir victorias veladas que afectan, no a la Administración Pública -en el caso del contencioso administrativo-, sino a los fines públicos de la Administración y al sistema judicial en general, por cuanto éste se ve burlado en la consecución de su ideal máximo, es decir, la justicia.

Sobre este punto, debemos recordar que uno de los métodos de interpretación básicos del ordenamiento, incluyendo el procesal, es que es: **"legislador no legisla para el absurdo"**, razón por la cual, **la interpretación jurídica de las medidas cautelares no puede ser automática y pretender sobrepasar fines superiores de orden público a los cuales las actuaciones administrativas sirven**<sup>8</sup>.

En este orden, en el Derecho Procesal Administrativo, el paradigma de las medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, pero tal medida debe ser ponderada en el interés de la consecución de la justicia y el orden público en juego, por tanto, **la doctrina estima que la suspensión es un medio excepcional y**

---

<sup>7</sup> Vid. GASCÓN ABELLÁN, M. *"Interpretación y Argumentación Jurídica"*, San Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 109. Dice la autora que "Mediante el argumento apagógico o de reducción al absurdo, se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie* posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles o por inaceptables".

<sup>8</sup> Vid. MARTÍN MATEO, R. *"Manuel de Derecho Administrativo"*, 25ª ed., Navarra. Aranzadi, 2006, p. 69. "La Administración está fundamentalmente preocupada por la realización del interés público". En la misma línea, Vid. GAMERO CASADO, I. *"Derecho Administrativo"*, San Salvador. CNJ, 2001, p.22. La Administración actúa siempre para satisfacer un interés público.

transitorio<sup>9</sup>. Es que si se presume que el acto se dicta para satisfacer un fin público de acuerdo con la legalidad, no es posible suspender su eficacia, pues durante un tiempo prolongado dejará de atender ese fin público sin justificación<sup>10</sup>.

De esta forma, el tópico de las medidas cautelares, ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha señalado que: "las medidas cautelares constituyen un mecanismo -dictado al inicio o en el transcurso de un proceso o procedimiento- tendente a asegurar la eficacia de la decisión definitiva que deba dictarse en el mismo, es decir, no constituye un mecanismo de tutela inmediata. Cabe apuntar que las medidas cautelares parten de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado -*fumus boni iuris*- y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso -*periculum in mora*-. Sobre este punto, se ha esbozado que la razón de la existencia de la función cautelar, es evitar que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes y mantener a salvo la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la ejecución de un eventual fallo estimatorio, lo cual no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución"<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Vid. LAMPREA RODRÍGUEZ, P., "Anulación de los Actos de la Administración Pública", 2ª ed., Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley., 2004, 593. En igual sentido, Vid. SASTRE LEGIDO, R. "La Suspensión de los Efectos del Acto Administrativo objeto de recurso". *RAP*, Núm. 79, enero-abril, 1976, pp. 251-252; Vid. CHECA GONZÁLEZ, C. "Consideración sobre la suspensión de la ejecución del acto recurrido acreditando el recurrente los perjuicios de difícil o imposible reparación, y aportando garantías diferentes de las que conllevan la suspensión automática". *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, Núm. 7, 2005; Vid. DÍAZ DELGADO, J-ESCUÍN PALOP, V. "La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales". *RAP*, Núm. 117, septiembre-diciembre, 1988, p. 207.  
<sup>10</sup> Vid. BOQUERA OLIVER, J. "Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo", *RAP*, Núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 41. Suspender los actos significa paralizar los mandatos de la Administración y, por tanto, la satisfacción de los fines públicos.  
<sup>11</sup> Vid. Sentencia pronunciada en el proceso de amparo Ref. 591-2002, el 22/V/2003. En igual sentido, Vid. Auto de sobreseimiento pronunciado en el proceso de amparo bajo Ref. 316-2000 el 27/IX/2001.

LIC. RICARDO ANTONIO MEHA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLATORO DE DANSON  
ABOGADO

Al respecto, resulta interesante el que la Sala de lo Constitucional considere que tales medidas se dicten "*al inicio o en el transcurso de un proceso o procedimiento*", es decir, que se reconoce el carácter accesorio de las medidas cautelares, por cuanto la teleología de esta institución no obedece a la consecución de la justicia anticipada por parte del requirente, tal y como lo confirma este Tribunal cuando agrega que su adopción "*no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución*".

Por tanto, de esta jurisprudencia se desprende que el análisis de las medidas cautelares, y sobre todo el de la suspensión provisional de los actos administrativos debe considerar las condiciones que rodean el caso, e ir más allá, en busca de las implicaciones materiales de la adopción de tal suspensión. Así, es necesario realizar un análisis pragmático de los efectos reales que su implementación conlleva, situación que es preponderante en el caso en debate, pues como atudiremos adelante la ejecución de los actos administrativos dictados por el Consejo Directivo son de urgente necesidad para los fines públicos que persiguen dichas providencias y, por el contrario, la suspensión es perniciosa y dañina para los consumidores y, por ende para el interés social.

#### **IV.2. REQUISITOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN LA DOCTRINA PROCESAL ADMINISTRATIVA.**

La construcción doctrinaria clásica de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Administrativo ha establecido que se constituyen en presupuestos básicos para su adopción, la concurrencia del daño



irreparable, la apariencia de buen derecho y la ponderación del interés general<sup>12</sup>.

Respecto al primero, se ha mencionado que se constituye en uno de los postulados que indefectiblemente deben concurrir para la procedencia de la adopción de las medidas cautelares, el cual puede traducirse en la necesaria existencia de un verdadero riesgo que al ser pronunciada la sentencia, lo declarado en ella no pueda hacerse efectivo<sup>13</sup>.

En el mismo sentido, Chinchilla Marín apunta que: "la base determinante en las medidas cautelares es (...) el denominado *periculum in mora*, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora en el juicio está en la propia definición de medidas cautelares que (...) son una anticipación provisional de ciertos efectos de la decisión definitiva, dirigidas a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma<sup>14</sup>".

Sin embargo, el peligro aludido debe ser concreto y latente, por lo que no basta un mero descontento con las resultas de la ejecución del mismo. Y es que, resulta indudable que si se impugnan actos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia es porque existe

LIC. RICARDO MARTÍN HERRERA GUERRA  
ABOGADO

<sup>12</sup> Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Medidas Cautelares (Derecho Administrativo)", en AA.VV., "Enciclopedia Jurídica Básica", v. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4223.

<sup>13</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E - FERNÁNDEZ, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", tomo II, 8ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 626. Indican que el *periculum in mora* presupone un "peligro de perjuicio serio si la medida cautelar se retrasa". En similar sentido, Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Los Criterios de Adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en AA.VV., "Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, p. 49. "La medida cautelar solamente podrá acordarse en los casos en los que la ejecutividad de la actuación impugnada pueda hacer perder al recurso su finalidad (...) según (...) el *periculum in mora*".

<sup>14</sup> Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", *RAP*, Núm. 131, mayo-agosto, 1993, p. 173.

LIC. JUAN EMILIO MORALES DE DAIVSON  
ABOGADO

disconformidad con lo dispuesto por la Administración, pero esta valoración subjetiva del impetrante respecto de las consecuencias que conlleva la ejecución de los actos no basta para acreditar un peligro considerable<sup>15</sup>.

Otra de las exigencias que la doctrina señala para que proceda la adopción de medidas cautelares, es el requisito del *fumus boni iuris* conocido también como apariencia de buen derecho, el cual alude a que el derecho que el recurrente alega como afectado debe ser verosímil<sup>16</sup>, esto es, que se acredite una *probabilidad* de que el resultado del proceso sea favorable al actor por vislumbrarse afectaciones a esferas jurídicas determinadas.

No obstante, como el mismo García de Enterría ha señalado, el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar, debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final, lo cual obliga al juez a intentar realizar una valoración *prima facie* no completa de las respectivas posiciones, por cuanto el proceso se encuentra en su parte liminar y aún no se han producido alegaciones de fondo ni la prueba respectiva<sup>17</sup>. Sin embargo, dado que su adopción obedece al principio de la tutela judicial efectiva o proceso constitucionalmente configurado, éste no puede llevarnos al extremo de pretender amparar toda petición de esta índole que nos lleve a desnaturalizar la figura, por cuanto es necesario traer nuevamente a cuenta la característica de accesoriidad que rodea esta institución.

También, en la adopción de las medidas cautelares no pueden dejar de ponderarse los efectos que esas medidas pudieran tener para

---

<sup>15</sup> Vid. ARAZI Roland, op. cit. p. 9

<sup>16</sup> Vid. CASSAGNE, J., "Derecho Administrativo", tomo II, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 248.

<sup>17</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La Batalla por las Medidas Cautelares", 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 175.

los intereses generales a los que el acto administrativo sirve. La efectividad de la tutela judicial o debido proceso (Arts. 2, 14 y 172 Cn), debe además predicarse respecto del acto administrativo o, mejor dicho, respecto de los intereses generales a los que éste atiende, para evitar también que sufran un daño irreparable en la mora del proceso<sup>18</sup>.

En esta misma línea, se ha expresado que este requisito "reviste tal intensidad que resulta decisivo en el juicio cautelar. De tal manera que cuando se aprecie que la ejecución del acto administrativo recurrido, puede hacer perder al proceso su finalidad legítima, no se adoptará medida cautelar alguna si ello produjera una perturbación grave de los intereses generales<sup>19</sup>".

Sobre la trascendencia que importa el interés público a las medidas precautorias, la comunidad jurídica salvadoreña se ha pronunciado reparando en que "el interés público (...) no debe excluirse de la toma de decisión relativa a las medidas cautelares", puesto que "la suspensión de un acto administrativo trae aparejado un daño a veces irreparable para la colectividad, situación que debe ser ponderada por los tribunales competentes<sup>20</sup>".

Para el caso sub iudice, es trascendental que esa Honorable Sala realice un análisis profuso en el elemento de la ponderación del interés público y del daño irreparable para los consumidores que trae aparejada la suspensión de los efectos de los actos decretada, revocando como consecuencia dicha medida.

Y es que las prácticas anticompetitivas cometidas por ESSO generan un daño considerable sobre los mercados de la gasolina

<sup>18</sup> *Id.* CHINCHILLA MARÍN, C., "Medidas Cautelares (Derecho Administrativo)..." *cit.*, p. 4223.

<sup>19</sup> *Id.* TESO GAMELLA, P., "Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa", Tirant Lo Blanch, 2007.

<sup>20</sup> *Id.* FUSADES, "Sobre la Desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado", *Boletín de Estudios Legales*, Núm. 22, octubre 2002.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIQUE VILLATORO DE DAVSON  
ABOGADO

especial, regular y diesel en El Salvador; al distorsionar sus precios y generar barreras artificiales que limitan la competencia entre las diferentes estaciones de servicio que compiten en ellos.

Los precios mayoristas facturados por ESSO a sus estaciones de servicio difieren de forma sistemática dentro de un mismo mercado relevante, sin existir necesariamente justificaciones del costo de transporte (flete) que los respalden. Esta práctica se evidencia en la tabla que se muestra a continuación, la cual refleja los diferentes precios de gasolina especial que se le cobran a distintas estaciones de servicio de bandera ESSO en el Área Metropolitana de San Salvador (AMSS) durante 5 días representativos de distintas épocas del año.

Tabla No. 1

Zonificación Mayorista de Precios Realizada por ESSO														
P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	P14	P15
Primer Trimestre de 2006. Gasolina Especial. Fecha: 31 de marzo de 2006														
2.88	2.89	2.89	2.85	2.89	2.89	2.90	2.86	2.89	2.90	2.94	2.85	2.90	2.88	2.93
Primer Trimestre de 2006. Gasolina Especial. Fecha: 10 de junio de 2006														
3.27	3.32	3.29	3.31	3.31	3.29	3.39	3.25	3.31	3.39	3.34	3.31	3.30	3.27	3.33
Primer Trimestre de 2006. Gasolina Especial. Fecha: 10 de julio de 2006														
3.26	3.27	3.27	3.26	3.28	3.27	3.40	3.29	3.28	3.40	3.42	3.26	3.30	3.26	3.39
Primer Trimestre de 2006. Gasolina Especial. Fecha: 09 de diciembre de 2006														
2.77	2.78	2.80	2.80	2.91	2.80	2.82	2.78	2.91	2.82	2.81	2.80	2.77	2.77	2.84
Primer Trimestre de 2007. Gasolina Especial. Fecha: 24 de febrero de 2007														
2.66	2.67	2.71	2.66	2.78	2.71	2.74	2.69	2.78	2.74	2.71	2.66	2.68	2.66	2.71

Fuente: Elaboración propia en base a información enviada por agentes económicos

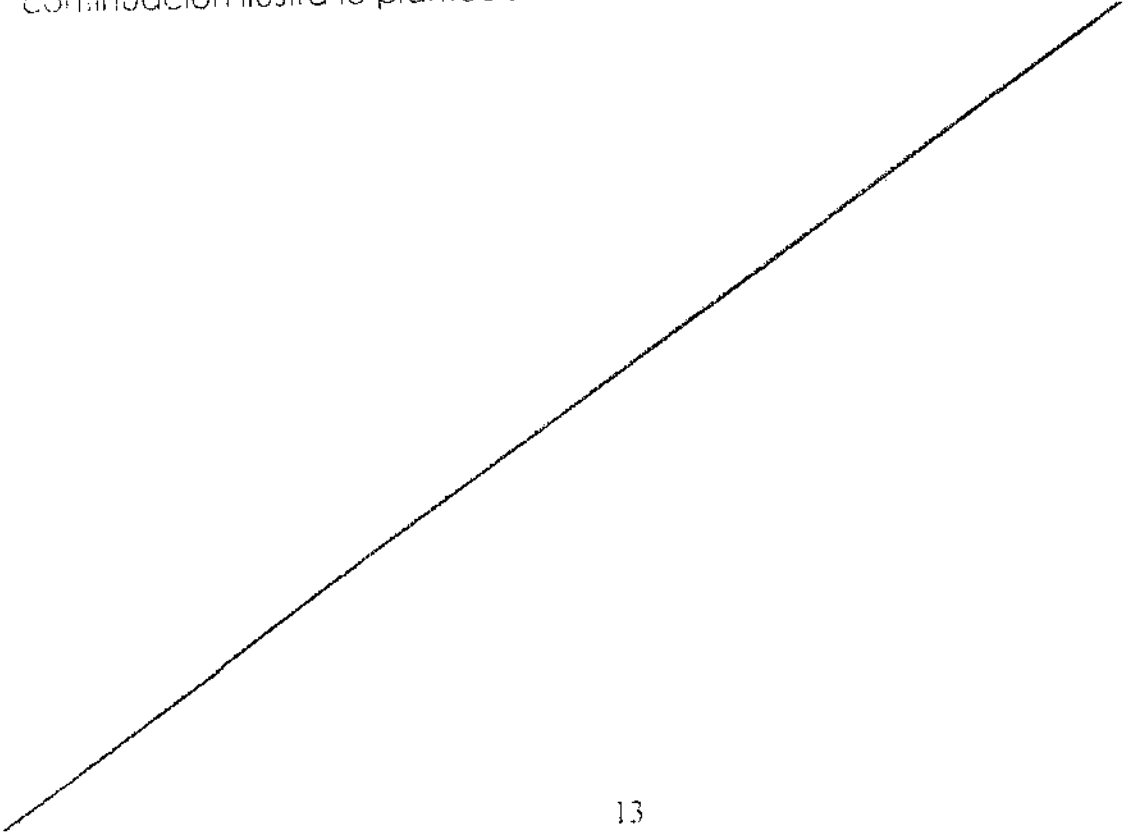
P= Precio Mayorista para una estación de servicio

En aras de contar con una proyección estimada del daño causado, a modo de ejemplo, se presenta un ejercicio que pretende ilustrar el funcionar distorsionante en los mercados de la gasolina especial,

de la regular y del diesel de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por ESSO.

En primer lugar se va a suponer que en un mercado relevante geográfico definido como el área geográfica que abarca una ciudad occidental de El Salvador, existen dos estaciones de servicio de una compañía petrolera infractora en particular, a saber, la estación "1" y la estación "2", que suministran gasolina especial, regular y diesel a los consumidores.

Asimismo, supóngase que la estación "1" compró a la compañía petrolera infractora el 20 de febrero de 2007, 1,000 galones de gasolina especial, 1,500 galones de regular y 2,000 de diesel a un precio de \$3.00, \$2.95 y \$2.90, respectivamente; la estación "2", por otra parte, compró a la misma compañía petrolera infractora ese mismo día igual volumen tanto de gasolina especial, regular como diesel, pero a un precio de \$3.05, \$3.00 y \$2.95, respectivamente. La tabla que se muestra a continuación ilustra lo planteado anteriormente.



LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JUAN CARLOS VILLANORO DE DANSON  
ABOGADO

TABLA No. 2

Ejercicio Ilustrativo del Funcionar Distorsionante de las Prácticas Anticompetitivas de Zonificación e Imposición / Sugerencia de Precios							
		Estación de Servicio "1"			Estación de Servicio "2"		
	Tipo de combustible	a) Galones	b) Precio mayorista (excluye flete)	c) Total (a x b)	a) Galones	b) Precio mayorista (excluye flete)	c) Total (a x b)
1.1	Especial	1,000.00	\$3.00	\$3,000.00	1,000.00	\$3.05	\$3,050.00
1.2	Regular	1,500.00	\$2.95	\$4,425.00	1,500.00	\$3.00	\$4,500.00
1.3	Diesel	2,000.00	\$2.90	\$5,800.00	2,000.00	\$2.95	\$5,900.00
	<b>TOTAL</b>	<b>4,500.00</b>		<b>\$13,225.00</b>	<b>4,500.00</b>		<b>\$13,450.00</b>

Fuente: elaboración propia.

Como puede observarse, el monto total de la compra realizada por la estación de servicio "1" ascendería a \$13,225.00 y la de la "2" a \$13,450.00 – existiendo un diferencial total de \$225.00 entre ambas-. Debido a que el precio mayorista de gasolinas y diesel representa para una estación de servicio la mayor proporción del costo de venta minorista de gasolinas y diesel, este diferencial en los precios mayoristas facturados originaría paralelamente –al agregarse el margen minorista respectivo- precios al consumidor final diferentes, generándose así áreas o zonas de precios dentro de un mismo mercado relevante. Yc que el precio mayorista considerado excluye el costo de flete, el diferencial entre el precio pagado por la estación de servicio "1" y la "2" refleja el grado exacto de la discriminación de precios (venta de un mismo bien a precios diferentes) para la gasolina especial, regular y diesel, el cual es traspasado en el precio final de venta a los consumidores. Así pues, los

consumidores que realizan sus compras de gasolinas especial, regular y diesel en la estación de servicio "2" deberán pagar precios más altos que los que realizan sus compras en la "1".

Para calcular el daño causado y la consecuente pérdida en el bienestar de los consumidores en este ejercicio, se observa que la estación de servicio "1" ostentó el 20 de febrero de 2007 los precios más bajos (en adelante "PB") de gasolina especial, regular y diesel, por lo que se convertirían en los precios de referencia para la estimación del cálculo del daño en ese mercado relevante geográfico para ese día en particular. Puede observarse por ejemplo que la estación de servicio "2" compró 1,000 galones de gasolina especial a un precio de \$3.05 – el cual equivale al precio más alto (en adelante "PA") –, pagando \$3,050.00 por éstos a la compañía petrolera infractora en el nivel mayorista.

Empero, y al constatarse que un precio más bajo fue facturado u ofrecido a otra estación de servicio de la misma bandera participante dentro del mismo mercado relevante geográfico en ese mismo día en particular, y al no observarse razones o variables económicas que justificaran el encarecimiento del precio de venta mayorista de las gasolinas especial, regular y diesel para la estación de servicio "2", se concluye que ésta hubiera podido adquirir –siguiendo con el ejemplo de la gasolina especial– los 1,000 galones a un precio de \$3.00 (Precio Bajo), lo que le hubiera representado un ahorro en costos de \$50, y el correspondiente traslado al consumidor.

Así, pues, este "ahorro" en costos que hubiera podido generarse para la estación de servicio "2" representaría una aproximación del daño que ESSO habría causado a los consumidores en ese día, en ese tipo de combustible, en esa estación de servicio y en ese mercado relevante geográfico.

LIC. RICARDO ANTONIO HERRERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLEGANO DE DANSON  
ABOGADO

Para el ejemplo anteriormente descrito, el daño total causado para ese día, ascendería a \$50.00 para el mercado relevante de gasolina especial, \$75.00 para el mercado relevante de gasolina regular y \$100.00 para el mercado relevante de diesel; y así sucesivamente el tiempo que dure la práctica anticompetitiva.

La metodología anteriormente descrita revelaría el daño causado de la aplicación de las conductas comprobados como anticompetitivas: la zonificación o creación de zonas artificiales de precios y la sugerencia de precios por parte de ESSO.

En efecto, la conducta sancionada por la Superintendencia de Competencia consistió en la creación de zonas artificiales de precios dentro de un mismo mercado relevante, así como en la sugerencia / fijación de precios a sus operadores de estaciones de servicio, por crear barreras que limitan la competencia en perjuicio de los consumidores.

#### **IV.3 REQUISITOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Antes de entrar a analizar la aplicación concreta de las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo salvadoreño, conviene recordar brevemente los elementos que caracterizan a los actos administrativos, ya que sus caracteres particulares tienen una enorme incidencia en el tópico cautelar.

En este sentido, a diferencia de la actividad privada que se produce entre los administrados, los actos emanados de la Administración Pública,



42

tienen la característica de gozar de ciertas prerrogativas tales como la presunción de legitimidad o validez, la ejecutividad y la ejecutoriedad<sup>21</sup>.

Así, la presunción de legitimidad que ciñe a los actos administrativos, implica que éstos y todas sus consecuencias se consideran legales, a fin de asegurar su realización inmediata dentro del orden jurídico<sup>22</sup>, es decir, se presupone que el acto fue emitido conforme a derecho y que, por lo tanto, es válido en cuanto a los efectos que produce<sup>23</sup>.

Por su parte, la ejecutividad implica obligatoriedad, es decir, el derecho a la exigibilidad que se desprende del acto desde el momento que el mismo es notificado. Así, el carácter de ejecutividad conlleva como consecuencia, la fuerza obligatoria, el deber de cumplimiento y la posible ejecutoriedad del acto administrativo<sup>24</sup>.

En cambio, la ejecutoriedad se instaure como un derecho-deber que la norma atribuye a la Administración, para hacer exigible el cumplimiento del acto dictado, mediante la utilización de diferentes mecanismos de coerción. En otras palabras, la prerrogativa de ejecutoriedad se perfila como la facultad que tiene la Administración Pública de ejecutar sus actos por sí misma sin necesidad de acudir a previa habilitación o declaración judicial<sup>25</sup>, incluso en caso de resistencia

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIQUETA OLIVERO DE DAMOS  
ABOGADO

<sup>21</sup> Vid. MARIEINHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo", 4ª ed., t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 371 y ss.; Vid. PARADA, Ramon. "Derecho Administrativo I", Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 143.

<sup>22</sup> Vid. FIORINI, B. "Derecho Administrativo", tomo I, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 349.

<sup>23</sup> Vid. DELGADILLO GUTIERREZ, L. LUCERO ESPINOSA, M., "Compendio de Derecho Administrativo", 6ª ed., Mexico, Porrúa, 2006, p. 278.

<sup>24</sup> Vid. DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 277.

<sup>25</sup> Vid. SOLANO SIERRA, J., "Derecho Procesal Administrativo y Contencioso", Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, p. 143.

abierta o pasiva de las personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción<sup>26</sup>.

De esta forma, no se debe dejar de lado que las prerrogativas atribuidas a los actos administrativos, obedecen a criterios de carácter político y jurídico<sup>27</sup> en aras de la tutela del interés público. Y es que, estos actos se dictan para salvaguardar la satisfacción de las necesidades sociales que la Administración debe atender<sup>28</sup>, las cuales no permiten demora de ninguna naturaleza<sup>29</sup>. Así lo ha reconocido la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando afirma que el examen de pertinencia para la adopción de la suspensión de los actos impugnados se encamina a evitar que el mismo se traduzca en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales<sup>30</sup>.

Para el caso en disputa es significativo traer a cuenta el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Competencia, en virtud del cual las resoluciones de la Superintendencia de Competencia gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutiva y el Superintendente, en su mérito, podrá ejecutarlas por sus propios medios, con el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario.

Podemos colegir con propiedad que los actos administrativos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia gozan de presunción de legitimidad o validez, poseen ejecutividad y por regla general tienen ejecutoriedad.

---

<sup>26</sup> Vid. SAYAGUES LASO, F., "*Tratado de Derecho Administrativo*", tomo I, 8ª ed., Montevideo, 2002, p. 489.

<sup>27</sup> Vid. SÁNCHEZ TORRES, C., "*Acto administrativo Teoría General*", Legis, Bogotá, 2004, p. 105

<sup>28</sup> Vid. FERRANDO, ISMAEL (h), "*Manual de Derecho Administrativo*", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 233: Manifiesta el autor que la ejecutoriedad de los actos administrativos reposa en el orden del Estado y en el mantenimiento de la legalidad objetiva que corresponde a la autoridad con función administrativa.

<sup>29</sup> Vid. SÁNCHEZ TORRES, C., op. cit. p. 105

<sup>30</sup> *Ibid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia pronunciada, en el proceso bajo Ref. 210-2006, el 6/XI/2006.

En esta secuencia, si el Consejo Directivo tiene a su favor la presunción -iuris tantum- de la legitimidad de sus actos, resulta contradictorio que el juzgador la destruya liminarmente sin un proceso previo, teniendo solamente como fundamento las elucubraciones subjetivas de la demandante<sup>31</sup>.

Superado lo anterior, toca ahora analizar el tema de la medida cautelar y concretamente la suspensión de los efectos del acto, de acuerdo a la LJCA y a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar diremos que esa honorable Sala ha determinado que, para que proceda la adopción de las medidas cautelares, es necesario que la resolución sobre la suspensión examine y valore de forma previa los requisitos que determina la ley, de modo que, la suspensión no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática<sup>32</sup>.

Del mismo modo, esa respetable Sala ha establecido que para decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado es necesario considerar los requisitos siguientes: 1º) Que el acto produzca o pueda producir efectos positivos (art. 16 LJCA); 2º) Que la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (art. 17 LJCA); y 3º) Que la adopción de la medida cautelar no produzca un perjuicio evidente al interés social u ocasionare o pudiera ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público (art. 18 LJCA)<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> *Ibid.* LUQUI, Roberto, "Revisión Judicial de la Actividad Administrativa", tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2005, p.p 352 -353  
<sup>32</sup> *Ibid.* Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia pronunciada en el proceso bajo Ref. 210-2006, el 6/XI/2006.  
<sup>33</sup> *Ibidem.*

LIC. RICARDO ANTONIO HERRERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA VILLARRO DE DANSON  
ABOGADO

De esta forma, respecto al primer requisito, la jurisprudencia ha subrayado que son actos que producen efectos positivos aquellos que mediante sus efectos son capaces de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión, es decir que alteran un *status quo* determinado<sup>34</sup>.

En cuanto a la concurrencia de un daño irreparable o de difícil reparación, cabe destacar que dicho concepto supone que el hecho derivado del acto impugnado, ha de ser inminente, esto es, que amenace o esté por suceder, es decir, que haya evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso. Empero, no basta cualquier perjuicio, pues se requiere que éste sea grave, lo que equivale a que se genere una gran intensidad de daño o menoscabo, en la esfera jurídica del administrado. Tampoco se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente<sup>35</sup>.

De igual manera, la irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño no es sinónimo de irresarcibilidad, sino de irreversibilidad. Lo que hace al daño de difícil o imposible reparación es que no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, que ya no sea materialmente posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que el acto se ejecutara con todos sus efectos<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibid.* Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso bajo Ref. 223-2006, el 8.1.07. En el mismo sentido, *Ibid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso bajo Ref. 210-2006 el 6.XI.2006.

<sup>35</sup> *Ibid.* SANCHEZ TORRES, C., "*Acto Administrativo Teoría General*", 3ª ed., Bogotá, Legis, 2004, pp. 453-454.

<sup>36</sup> *Ibid.* CHINCHILLA MARÍN, C., "*Los Criterios...*" *cit.*, p. 53.

Como consecuencia de lo anterior, no tiene sentido suspender cautelarmente una ejecución que no vaya a causar daños de difícil restitución.<sup>37</sup>

En este sentido, resulta necesario dejar por sentado que para que concorra este elemento es menester que la solicitud del mismo este basada en aspectos verdaderamente irreparables o de difícil reparación y no en una mera apreciación subjetiva del impugnante, que funde su pretensión en consideraciones que desnaturalizan la figura.

El último presupuesto que el juzgador debe valorar para decretar la suspensión del acto, pero también el más significativo, es el referente al interés social y al orden público.

Así, la valoración que se debe hacer sobre el interés antes referido, tiene su origen en el Art. 246 inciso segundo de nuestra Constitución, el cual preceptúa que "el interés público tiene primacía sobre el interés privado".

Nuestra Sala de lo Constitucional ha señalado en este punto que "el concepto de interés social o público, hace referencia a la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos<sup>38</sup>".

Por su parte, la doctrina es coherente al expresar que "La ponderación del interés público debe tener entrada en la adopción de medidas cautelares (...), sobre todo porque la tutela cautelar, entendida como el amparo concedido provisionalmente para evitar que la mora

<sup>37</sup> *Id.* COCA VITA, E., "A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos", *RAP*, Num. 127, enero-abril, 1992, p. 247.

<sup>38</sup> *Id.* Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 8-2004 el 13/XII/2005. En la misma línea, *Id.* Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 5-93/2-96/3-96/9-96/11-96/12-96 (acumulados) del 2/VII/1998. "El interés social tiende a satisfacer, por medio de medidas legislativas o administrativas, las necesidades que adolecen grupos mayoritarios del Estado, opera cuando se trata de evitar algún problema que afecte o pueda afectar a dichos grupos y rige las actividades tendentes a mejorar las condiciones vitales de dichos grupos mayoritarios".

LIC. RICARDO ANTONIO MERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIQUE VENTURO DE DAMOS  
ABOGADO

del proceso haga perder efectividad a la justicia, protege también al acto administrativo, o más exactamente, a los intereses generales a los que éste sirve, frente a una, también posible pérdida irremediable de la eficacia de la resolución judicial que en su día recaiga en el proceso<sup>39</sup>".

En este sentido, es importante resaltar que el interés público o general por el que se suspende el acto debe ser superior al que el acto trata de satisfacer<sup>40</sup>. Esto implica la obligatoria acreditación de un mayor grado de trascendencia en el interés público derivado de la suspensión, que en el interés que emana del acto mismo, pues no puede perderse de vista el hecho que éste último aparece conectado a un supuesto de hecho portador de carencias, demandas, imperfecciones o riesgos sociales que, al ser vividas por la comunidad, impulsan a la Administración a actuar, pronta y eficazmente, en orden a su eliminación o reducción prestando servicios, sancionando conductas, etc.<sup>41</sup>.

Por otro lado, no se puede perder de vista que cuando la Administración dicta un acto por el cual persigue la satisfacción de un interés público en forma directa e inmediata, no procede –en principio– que el juzgador decrete su suspensión cautelar, pues ello sería darle una mayor trascendencia al interés propio del recurrente sobre el interés de la colectividad que motivó la emisión del acto<sup>42</sup>. En suma, la medida cautelar debe ser denegada o revocada, según el caso, si de la misma se deriva perturbación grave de los intereses generales<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> *Ibid.* CHINCHILLA MARÍN, C., "El Derecho a la Tutela Cautelar..." *cit.* p.177.

<sup>40</sup> *Ibid.* BOQUERA OLIVER, J., *op. cit.*, p. 42.

<sup>41</sup> *Ibid.* DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "Derecho Administrativo e Interés Público: Correlaciones Básicas", *RJP*, Núm. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 863.

<sup>42</sup> *Ibid.* LUQUIL, Roberto, "Revisión Judicial de la Actividad Administrativa", tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 368.

<sup>43</sup> *Ibid.* LÓPEZ MENDUO, F., "Medidas Cautelares, Interdictos y Vías de Hecho", en AA.VV. "Medidas Cautelares..." *cit.*, p. 140.

En cuanto al orden público, este puede conceptualizarse como el orden básico compuesto por determinados presupuestos de hecho y de derecho que constituyen la estructura del ordenamiento jurídico, necesaria para que el derecho pueda funcionar como tal y alcanzar así su finalidad<sup>44</sup>. En este sentido, tampoco procede adoptar la suspensión cuando ésta pueda producir un menoscabo en la estabilidad tanto de la actividad estatal como del orden jurídico mismo.

La Sala de lo Constitucional también se ha pronunciado sobre este término, indicando que "si el vocablo "orden" equivale a clase de categoría, y "público" se relaciona con aquello que es propio del pueblo, la generalidad o de la nación o sociedad entera, debe destacarse que el orden público importa la subordinación a un régimen jurídico que se decreta por el Estado con carácter absoluto, cuyo objeto es mantener el funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad jurídica y la legalidad entre las relaciones de los particulares, de los cuales, éstos no pueden sustraerse en sus estipulaciones<sup>45</sup>". De manera pues que el interés público hace alusión al bienestar de las mayorías, mientras que el orden público al adecuado funcionamiento de las instituciones estatales en pro de que se conserven aspectos fundamentales dentro de un Estado de Derecho como lo son la legalidad y la seguridad jurídica.

De esta forma, la jurisprudencia estudia este otro filtro para determinar la procedencia de la suspensión del acto reclamado en aras de salvaguardar el interés público o social.

<sup>44</sup> *Id.* LUQUE, Roberto, op. cit., p. 304. El autor también cita a Capitant, según el cual el orden público es "el orden en el Estado, es decir, el ordenamiento de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables a la organización y al ejercicio del Estado".

<sup>45</sup> *Id.* Sentencia emitida en el proceso de amparo Ref. 17-C-90, el 16/II/1991. *Vid.* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el proceso bajo Ref. 33-O-2000, el 13/VI/2006. "El orden público puede definirse como el conjunto de condiciones Fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras".

LIC. RICARDO ANTONIO HERRERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIQUE VILLATORO DE DAVISON  
ABOGADO

Creemos firmemente que el requisito del interés social que se desprende de los actos impugnados es un obstáculo insuperable para que en el caso en debate pueda mantenerse la orden de suspensión decretada, por cuanto los mismos persiguen tutelar el buen funcionamiento del mercado de combustibles a través de la corrección de las fallas que concurren en éste, así como la protección de los consumidores frente a prácticas anticompetitivas, las cuales en el presente caso ha sido demostrado que podrían estar generando daños millonarios e irreparables en el mercado de las gasolinas especial, regular y diesel de El Salvador.

#### **IV.4. PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS.**

##### **A. Consideración Inicial**

La extensa investigación realizada en sede administrativa llegó a determinar que la sociedades Esso Standard Oil, S.A. Limited (ESSO) y Shell de El Salvador, S.A. (SHELL) ejercían posición dominante en el mercado de combustibles líquidos.

También, a las sociedades aludidas se les acreditó la comisión de prácticas anticompetitivas consistentes en adoptar y aplicar zonas de precios diferenciados dentro de un mismo mercado relevante geográfico, como una política de precios que tiene como efecto restringir la competencia entre zonas dentro de un mismo mercado relevante geográfico.

Además se les comprobó haber realizado una "sugerencia y/o fijación" de precios al operador de la estación de servicio respecto del



precio en bomba del producto, para lograr que los operadores se mantengan dentro de los precios zonales establecidos por las compañías petroleras, lo cual tiende a reforzar la zonificación restrictiva de la competencia que aplican y a crear barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores, lo que constituye abuso de su posición dominante.

Por lo antes expuesto, se les impuso la multa de ochocientos cincuenta y dos mil dólares equivalentes a cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, a cada una de las sociedades. Asimismo, se ha ordenado el cese de las conductas comprobadas y declaradas como anticompetitivas.

Se debe tomar en cuenta que nuestra Ley de Competencia no castiga el mero hecho de ostentar una posición dominante, sino que requiere la concurrencia de otros elementos. Así, es necesario que nos encontremos en el ámbito de un mercado relevante dentro del cual, el agente económico abuse de su posición dominante en detrimento del correcto funcionamiento del mercado.

Es decir, que lo que se pretende es corregir las fallas del mercado en aras de un mejor desempeño de éste, que redunde en un mayor beneficio social.

En este sentido, debe entenderse que el fin primordial de la Ley de Competencia radica en tutelar los intereses, no de individuos particulares, sino de la sociedad considerada en su conjunto, por cuanto el buen funcionamiento del mercado, resulta favorable para el interés público o social, lo que permite dar contenido al Art. 101 Cn.

Se trata entonces, de asegurar el buen funcionamiento del mercado para que los beneficios económicos lleguen a todos los ciudadanos.

LIC. RICARDO ANTONIO HERRERA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMMA GILBERTO DE DAWSON  
ABOGADO

De esta forma, la actuación de la Superintendencia de Competencia obedece al interés general en el buen funcionamiento de los mercados, por cuanto dicho rol importa de sobre manera a la economía nacional. En razón de lo anterior, el papel que desempeña la institución se encamina a obtener una tutela efectiva de los intereses públicos en resguardo.

#### **B. Prácticas anticompetitivas de ESSO.**

En razón de lo anterior, la resolución final del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia ha atribuido el cometimiento de las prácticas anticompetitivas en razón del abuso de la posición dominante de Esso Standard Oil, S.A. Limited (ESSO) y Shell de El Salvador, S.A. (SHELL).

En dicha resolución, se estableció que ESSO y SHELL ostentaban posición dominante en los mercados analizados al haber evaluado las cuatro consideraciones expuestas en el artículo 29 de la Ley de Competencia y considerado los aspectos contenidos en el artículo 16 de su reglamento. Dicha posición dominante se deriva principalmente de los siguientes aspectos:

1. El grado de incidencia que tanto ESSO como SHELL ejercen sobre la oferta de gasolinas y diesel, dado que cuentan con la única facilidad de refinación y la mayor capacidad de importación y almacenamiento en El Salvador, a saber, la Refinería Petrolera Acajutla, S.A. de C.V..
2. La elevada participación en los mercados relevantes determinados, ya que considerados de manera conjunta, ESSO

y SHELL ostentan más del 50% de los mercados de venta mayorista de gasolina especial, regular y diesel.

3. El alto nivel de participación que de manera conjunta ESSO y SHELL ostentan en ocho de los quince mercados relevantes geográficos determinados (mercado minorista), el cual supera el 50% del total.
4. La existencia de significativas barreras a la entrada en las diferentes etapas de la cadena de valor.
5. La incapacidad de sus competidores de contrarrestar una hipotética pero factible restricción en el abastecimiento de los mercados relevantes determinados.

Además, se estableció –luego de analizar la política de precios de las compañías petroleras, así como la prueba testimonial y toda la instrumental agregada al expediente de oficio y a petición de parte– que ESSO y SHELL abusaron de dicha posición al zonificar y fijar /sugerir precios a sus estaciones de servicio.

Dicha práctica, para el caso de ESSO consiste: En primer lugar, en adoptar y aplicar zonas de precios diferenciados dentro de un mismo mercado relevante geográfico como una política de precios; en segundo lugar, en obstaculizar con tal política de zonificación la competencia entre zonas que naturalmente competirían entre sí; en tercer lugar, en sugerir precios finales en bomba al operador de la estación de servicio respectiva y establecerle al mismo tiempo fuertes incentivos / desincentivos para que observe dicha sugerencia ; y, en cuarto lugar, en crear y utilizar estrategias comerciales para lograr que los

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
 ABOGADO

LIC. JULIA EMILIA VILASTRO DE DANSON  
 ABOGADO

operadores de sus estaciones de servicio se mantengan dentro de los precios sugeridos por la compañía.

Por lo antes señalado, en la resolución final, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia prohibió, con base en el artículo 30 de la Ley de Competencia, que ESSO venda a precios o costos distintos los productos –gasolina especial, regular y diesel– a sus estaciones de servicio –independientemente de la modalidad contractual que las vincule– ubicadas en un mismo mercado relevante geográfico, según las demarcaciones y criterios establecidos en dicha resolución.

Lo anterior no implica que ESSO no pueda bajar sus precios de venta mayoristas, ya que las compañías petroleras sancionadas podrán bajar precios dentro de un mismo mercado relevante geográfico si quieren que sus estaciones de servicio hagan frente a la competencia de la zona, es decir, a una o varias estaciones de servicio de otras banderas que, eventualmente, establezcan precios en bomba bajos.

Lo que no puede hacer (y, al parecer, desean seguirlo haciendo obteniendo al persistir la suspensión de los actos administrativos reclamados) es sólo bajarte precios a las estaciones de servicio que enfrenten – según ellas – mayor competencia, sin beneficiar de la misma manera al resto de estaciones de su bandera dentro de un mismo mercado relevante geográfico, limitando la competencia a una sub zona dentro de la zona determinada como relevante (territorio que por su naturaleza y características competiría entre sí como un todo). Es decir, las consecuencias de la resolución final a través de la cual se declararon las prácticas anticompetitivas de ESSO permiten que ésta pueda seguir compitiendo, generando precios bajos a todos los consumidores de un mismo mercado relevante geográfico y no sólo a unos pocos.

**C. Necesaria revocatoria de la suspensión del acto administrativo impugnado.**

Para que el sistema económico pueda beneficiarse de los efectos de la libre competencia, es necesario que no concurren fallas de mercado que entorpezcan su buen funcionamiento.

En nuestro caso concreto, las prácticas anticompetitivas atribuidas a ESSO han generado una serie distorsiones en el mercado, imposibilitando la real y efectiva competencia.

De esta forma, si concurren fallas de mercado sin corregir, no es posible promover el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos, por cuanto unos y otros no pueden ser concurrentes.

Por tanto, el interés social en juego lo constituye el correcto funcionamiento del mercado de combustibles en razón de la importancia que se reviste para el desarrollo de la economía: la operaria de maquila, los empleados públicos y privados, los profesionales independientes, los comerciantes, los agricultores, los ganaderos, los obreros, etc. Todos nos vemos afectados ante la falta de competencia en el mercado de combustibles por cuanto, de una u otra manera, necesitamos hacer uso de medios de transporte o maquinaria.

Dichas prácticas anticompetitivas y dañinas para los mercados de la gasolina especial, regular y diesel generan, pues, un incremento artificial en los precios de dichos bienes, aumentando de forma paralela y automática el costo del transporte y por ende, de todos lo insumos que requieren este servicio: alimentos, materiales de construcción, mercaderías en general.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA ENRIETA VILLATORO DE DANSON  
ABOGADO

Por lo antes señalado, suspender los actos reclamados que evitan estas actividades, notablemente perniciosas para los consumidores, conlleva una grave afectación al interés general. Lo cual como lo señala la resolución notificada por esa respetable Sala, este interés le corresponde a ella ponderarlo para evitar un menoscabo a la función que realiza la Administración, cuyo objetivo primordial es la consecución de dicho interés general.

Y es que, al colocar en contraste el interés que dio lugar a la emisión del acto con el interés derivado de la suspensión de éste, se colige que el primero predomina sobre el segundo, pues el mismo consiste en promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores tal y como reza el Art. 1 de la Ley de Competencia.

En un caso similar al que tratamos ahora, la Sala de lo Contencioso Administrativo resolvió que "al ponderar los intereses en pugna, *debe prevalecer la protección del interés del sector de los usuarios*<sup>46</sup> frente a la supuesta "afectación en el patrimonio de la sociedad demandante". De ello se colige que el interés de los consumidores –del mercado de combustibles-, cuya protección incluso tiene rango Constitucional (Art. 101 inciso segundo<sup>47</sup>), pesa más que el interés privado y exclusivo de ESSO.

---

<sup>46</sup> *Vid.* Auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso bajo Ref. 214-C-2001, el 15/11/2002.

<sup>47</sup> "El Estado (...) fomentará los diversos sectores de la producción y defenderá el interés de los consumidores".

Por lo tanto, la suspensión de los efectos de los actos acarrea un detrimento inmensurable de los derechos e intereses de todos los salvadoreños usuarios de las estaciones de servicio o gasolineras, que no tiene comparación con el interés particular de la sociedad apuntada; en consecuencia, es imperante que se revoque la medida cautelar adoptada.

En cuanto al daño irreparable, esa honorable Sala ha considerado que debe entenderse como "un gravamen sufrido por la parte agraviada ante los efectos de un acto administrativo, que hace difícil o imposible la modificación o restauración de su situación inicial"<sup>48</sup>.

La eliminación de esta particular política de precios de ESSO no traería consigo una reducción del nivel de competencia, la quiebra de estaciones de ESSO, ni una reducción de inversión en el sector. Y es que dicha política complementa la práctica anticompetitiva llevada a cabo por ESSO, al impedir la competencia intra-marca (es decir, la competencia existente entre las estaciones de servicio de la bandera "ESSO") en los mercados minoristas de la gasolina especial, regular y diesel; al no poder los operadores de estas estaciones de servicio comportarse de forma autónoma, y reaccionar a presiones competitivas de estaciones de servicio ubicadas fuera de las zonas virtuales de precios creadas por ESSO, ofreciendo precios distintos a los sugeridos por ésta. Así, al eliminarse esta política de precios, ESSO debe ofrecer precios más competitivos y no discriminatorios a sus estaciones, ya que éstas deben hacer frente a la competencia que ejercen todas las estaciones de un mismo mercado relevante, y no solo a unas pocas.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

LIC. JULIA EMERENCIANO DE DANSON  
ABOGADO

<sup>48</sup> *Ibid.* Auto emitido por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso bajo Ref. 214-C-2001, el 15/11/2002.

En el caso *sub iudice*, con la no suspensión de la resolución dictada por la Superintendencia de Competencia, los efectos a que pudiere dar lugar su respectiva ejecución, de ninguna manera son capaces de producir un menoscabo a ESSO y a sus estaciones de servicio, de tal magnitud que se vuelvan irresarcibles, pues con la prohibición que tal sociedad venda a precios o costos distintos los productos a sus estaciones de servicio ubicadas en un mismo mercado relevante geográfico, no se le está impidiendo realizar las actividades mercantiles a las que se dedica, sino que únicamente se le está requiriendo que lo haga sin contravenir las normas relativas a la libre y transparente competencia.

En este orden, es importante el libelo suscrito el seis de diciembre de 2007, por el apoderado de ESSO, Benjamín Valdez Iraheta, dirigido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en la que en lo pertinente establece: "Que en base al principio de eventualidad y consecuentemente, con el fin de cumplir con la Resolución , especialmente en lo que respecta a la orden de cese de las practicas declaradas anticompetitivas en los términos establecidos en la misma, ... se presenta el siguiente plan de implementación, así: a cada uno de los operadores de las estaciones de servicio de Bandera ESSO ubicados en los mercados relevantes definidos por la resolución se les notificará por escrito lo siguiente: a) Que a partir del 21 diciembre del presente año, ESSO ya no implementará el sistema de zonas que había creado, sino que, cuando proceda, asignará la estación de servicios de que se trate a la zona que corresponda de conformidad con los mercados relevantes geográficos establecidos...b) Que a partir del 21 de diciembre del presente año, ESSO ya no continuará con su política de precios..."

También es relevante el escrito de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete, suscrito por José Antonio Alfaro Barillas representante de



ESSO, dirigido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en el que indica que su representada ha procedido a ejecutar literalmente el plan de implementación por medio del cual se le da cumplimiento a la resolución impugnada con respecto al cese de las prácticas declaradas como anticompetitivas, enlistando las medidas del plan que presuntamente ha llevado a cabo.

De lo anterior, se deduce que el agente económico ESSO admite dentro de su plan de implementación de ejecución de la resolución administrativa impugnada, que es posible dar cumplimiento estricto a la misma, sin que ello signifique un menoscabo o un daño irreparable para los intereses de la misma, confirmando la viabilidad total de la orden de cese de las prácticas declaradas anticompetitivas.

En este sentido, si el impugnante ya le ha dado cumplimiento de forma voluntaria a los actos contra los que se reclama, cesando las medidas anticompetitivas, se ha generado un equilibrio en el mercado a favor de los consumidores y del interés público, por lo que la orden de suspensión implicaría un retroceso en tales medidas generando una inseguridad y una inestabilidad en el mercado mucho más gravosa para los intereses de los consumidores o usuarios.

*Reiteramos, entonces, que es procedente revocar la orden de suspensión de los efectos de los actos administrativos que se impugnan.*

**V. CONCLUSIONES.**

A manera de recapitulación podemos señalar lo siguiente:

1. Las prácticas anticompetitivas cometidas por ESSO generan un daño considerable sobre los mercados de la gasolina especial, regular y diesel en El Salvador, al distorsionar sus precios y generar barreras

LIC. RICARDO ANTONIO HERNANDEZ  
ABOGADO

LIC. JULIA EMANUELA TORO DE DANFON  
ABOGADO

artificiales que limitan la competencia entre las diferentes estaciones de servicio que compiten en ellos; por ello, la ejecución de los actos administrativos dictados por el Consejo Directivo son de urgente necesidad para los fines públicos que persiguen dichas providencias y, por el contrario, la suspensión es perniciosa y dañina para los consumidores y, por ende para el interés social.

2. La valoración subjetiva del impetrante respecto de las consecuencias que conlleva la ejecución de los actos no basta para acreditar un peligro considerable.

3. De continuar ESSO realizando dichas prácticas anticompetitivas se estaría generando un daño económico irreparable y de gran magnitud al mercado de las gasolinas especial, regular y diesel así como al bienestar de los consumidores; afectándose negativamente de la misma manera aquellos sectores de la economía estrechamente relacionados con estos mercados, generando un incremento artificial en los precios de dichos bienes, aumentando de forma paralela y automática el costo del transporte y por ende, de todos los insumos que requieren este servicio: alimentos, materiales de construcción, mercaderías en general, dado que se afectan todas las actividades económicas del país, debido a que es un sector con efectos transversales.

5. La adopción de la suspensión de los actos impugnados se encamina a evitar que el mismo se traduzca en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales.

6. El requisito del interés social que se desprende de los actos impugnados es un obstáculo insuperable para que en el caso en debate pueda mantenerse la orden de suspensión decretada, por cuanto los

mismos persiguen tutelar el buen funcionamiento del mercado de combustibles a través de la corrección de las fallas que concurren en éste, así como la protección de los consumidores frente a prácticas anticompetitivas, las cuales en el presente caso ha sido demostrado que podrían estar generando daños millonarios e irreparables en el mercado de las gasolinas especial, regular y diesel de El Salvador.

7. Por todo lo manifestado, la suspensión de los efectos de los actos acarrea un detrimento inmensurable de los derechos e intereses de todos los salvadoreños usuarios de las estaciones de servicio o gasolineras, que no tiene comparación con el interés particular de ESSO; en consecuencia es imperante que se revoque la medida cautelar adoptada.

8. Que el mismo agente económico ha admitido en sede administrativa de forma implícita la viabilidad de cumplimiento a la orden de cese de las prácticas declaradas anticompetitivas, por tanto se vislumbra una carencia de daño irreparable, siendo improcedente la suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados.

9. Que habiendo cesado voluntariamente ESSO con las medidas anticompetitivas se ha logrado un equilibrio dentro del mercado, por lo que la orden de suspensión significa un retroceso para los intereses de los consumidores y del orden público, generándose una inestabilidad e inseguridad para éstos.

**VI. SOBRE LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.**

En la resolución que se notificara, en su parte resolutive, específicamente en la letra "F)", se requiere al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que, dentro del plazo judicial de tres días hábiles contados a partir de la notificación respectiva, se remita el expediente administrativo respectivo, debidamente foliado y ordenado.

LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

RICARDO ANTONIO MENA GUERRA  
ABOGADO

Al respecto, es necesario traer a cuento que los actos impugnados son objeto igualmente del proceso contencioso administrativo bajo referencia 437-2007, promovido por la sociedad Shell El Salvador, S.A., en el cual también se ha solicitado la remisión del procedimiento administrativo en discusión. En consecuencia tratándose de las mismas diligencias administrativas solicitadas casi simultáneamente en dos procesos contenciosos administrativos, es menester solicitarle aclaración a esa honorable Sala a cual de los dos se remite el expediente administrativo respectivo.

#### **VII. DOCUMENTOS QUE AGREGAMOS.**

Presentamos en copia simple los siguientes documentos:

- 1) Libelo suscrito el seis de diciembre de 2007, por el apoderado de ESSO, Benjamín Valdez Iraheta, dirigido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia; y
- 2) Escrito de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete, suscrito por José Antonio Alfaro Barillas representante de ESSO dirigido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

#### **VIII. PETITORIO**

En consecuencia de lo expuesto y en base a los artículos 20, 21 y 22 de la LJCA, a Vos respetuosamente **PEDIMOS:**

- a) Nos admitáis el presente escrito;
- b) Mandéis a agregar la fotocopia certificada por notario del testimonio del poder general judicial, por medio del cual legitimamos

nuestra personería, y de los documentos relacionados en el romano VII de este escrito;

- c) Nos tengáis por apoderados de la parte pasiva de este proceso, pudiendo actuar conjunta o separadamente;
- d) Tengáis por rendido el informe solicitado y por contestada la demanda en sentido negativo;
- e) Revoquéis urgentemente la orden de suspensión de los efectos de los actos administrativos impugnados;
- f) Nos aclaréis si el expediente administrativo referencia "SC-004-D/PA/R-2006 acumulados SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006" deberá ser remitido al proceso contencioso administrativo 437-2007 o al 438-2007; y
- g) 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.

No omitimos manifestar que carecemos de las inhabilidades establecidas en el Art. 99 Pr.C. para actuar en el presente caso.

Señalamos para recibir notificaciones en Cuarenta y Siete Avenida Norte, Condominio Metro Dos mil, Oficina "A-31", San Salvador y nombramos como representante común al Licenciado Mena Guerra. Comisionamos para recibir cualquier notificación o traslado en nuestro nombre a los bachilleres Wendy Virginia Mulato García y Henry Salvador Orellana Sánchez.

San Salvador, once de enero de dos mil ocho.

*[Handwritten signature]*  
**LIC. RICARDO ANTONIO MENA GUERRA**  
**ABOGADO**

**RICARDO ANTONIO MENA GUERRA**  
**NOTARIO**  
 República de El Salvador

*[Handwritten signature]*

**Lic. JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON**  
**ABOGADO**

**JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON**  
**NOTARIO**  
 REPUBLICA DE EL SALVADOR - NOROCCIDENTE

Presentado a las nueve horas siete minutos el día catorce de enero de dos mil ocho, por el licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, de treinta y seis años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, portador de su Tarjeta de Abogado número 5245, en original y cuatro copias de las cuales le devuelvo una con la razón de ley. Adjunta: a) Fotocopia certificada por notario del Testimonio de Poder General Judicial otorgado por Celina Guadalupe Escolán Suay, Representante Legal de la Superintendencia de Competencia y del Consejo Directivo de la misma, a favor de los licenciados Ricardo Antonio Mena Guerra y Julia Emma Villatoro Tario o Julia Emma Villatoro de Dawson, de tres folios; y b) Fotocopia simple de dos escritos dirigidos al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, suscrito el primero por José Antonio Alfaro Barillas, el 21/12/2007 y el segundo por Benjamín Valdez Iraheta, el 06/12/2007.

