

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

Carlos Mauricio Canjura Guillén, mayor de edad, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, con Documento Único de Identidad número cero uno siete uno seis nueve cuatro cuatro -uno, Vos EXPONGO:

I. ANTECEDENTES

Que el día trece de septiembre del presente año, fui juramentado como perito en el proceso contencioso administrativo iniciado por ESSO STANDARD OIL, S.A. LIMITED en contra del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA.

En la resolución de fecha 15 de enero de 2009, esa Sala expuso que el objeto de esta pericia es el siguiente: *"hacer una precisión técnica de la definición de mercado relevante efectuada por la Superintendencia de Competencia en la Resolución por la que se dio inicio al proceso sancionador y sobre la validez técnica de cambiar tal definición al momento y para el único efecto de emitir la Resolución Definitiva impugnada"*.

Sin embargo, en la resolución de fecha 9 de noviembre de 2009, esa Sala revocó: *"la prueba pericial ordenada en el auto de las catorce horas y quince minutos del quince de enero del año dos mil nueve, en lo referente al punto en que se pide que los peritos determinen la validez técnica de cambiar la definición de mercado relevante al momento de emitir la resolución definitiva"*.



Con base al objeto de la pericia señalado por ese Tribunal, y habiendo examinado el expediente administrativo y la certificación del proceso contencioso administrativo 438-2007, a continuación emito el correspondiente dictamen pericial:

II. DICTAMEN PERICIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL MERCADO RELEVANTE

Para analizar el mercado relevante en el procedimiento 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, el Consejo Directivo hizo una revisión de jurisprudencia de otras agencias de competencia con más tradición y experiencia, así como de textos teóricos sobre la materia, producto del cual el Consejo Directivo incluyó el concepto de mercado relevante que la Comisión Federal de Comercio (FTC por sus siglas en inglés) y el Departamento de Justicia, ambas de los Estados Unidos de América, utilizan y que definen en la Guía de Concentraciones Horizontales. En dichos lineamientos la FTC expone la metodología para la definición del mercado relevante, la cual parte de una doble dimensión: de producto y geográfica.

Es importante aclarar y retomar que el hecho que dicho concepto se encuentre definido en un instrumento dedicado al análisis de las concentraciones de tipo horizontal, en ninguna forma lo descalifica para ser utilizado en el análisis de la existencia de una práctica anticompetitiva.

Ejemplo de lo anterior, es la propuesta que la Comisión de Servicios Públicos de Arkansas realizó respecto de establecer un procedimiento general de requerimientos escritos y lineamientos aplicables para la determinación de poder de mercado, en la provisión de servicios públicos de electricidad. Dicha propuesta retomaba los lineamientos establecidos en

la Guía para el análisis de concentraciones horizontales y los aplicaba a la determinación de poder de mercado. La FTC como creador de la Guía de Concentraciones Horizontales y ejecutor de la Política de Competencia concordó en la idoneidad de utilizar dichos elementos de análisis¹

La Ley de Competencia establece criterios únicos para la determinación del mercado relevante, por lo cual, esos criterios son aplicables en la definición de un mercado relevante a ser utilizado tanto en una investigación de prácticas anticompetitivas como en el análisis de un procedimiento de autorización de concentración.

Por otra parte, el argumentar que el test del monopolista hipotético es una herramienta exclusiva para el análisis de las fusiones horizontales, es un error conceptual. Dicho test es una herramienta utilizada por múltiples agencias de defensa de la competencia, entre ellas el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (conocido por sus siglas en inglés DOJ), la FTC - cuya fuente ya fue incluida-, la Comisión Europea la cual lo utilizó por primera vez en el caso *Nestlé/Perrier* en 1992 y fue oficialmente reconocido por dicha entidad en la "Comission's Notice for the Definition of the Relevant Market" de 1997. En el recuadro siguiente se presenta un historial del empleo del mismo para la definición de mercado relevante.

¹ In the Matter of a Generic Proceeding to Establish Uniform Policies and Guidelines for a Standard Service Package. Comment of the Staff of the Bureau of Economics and of Policy Planning of the Federal Trade Commission. July 6, 2000. Docket No. 00-048-R.



Recuadro 1. Empleo del Test del Monopolista hipotético para la definición de Mercado Relevante.

SSNIP Test Now World-wide Standard for Market Definition		
Officially		
United States	1982	Merger Guidelines
European Union	1992	Nestlé/Perrier
	1997	draft Notice on Market Definition
Canada	1991	Merger Enforcement Guidelines
New Zealand	1996	Business Acquisitions Guidelines
Australia	1993	Market Dominance Guidelines (Telecoms)
Semi-Officially: (via Published Discussion Papers)		
United Kingdom	1992	
Italy	1995	

Fuente: Tomado de "Comission's Notice for the Definition of the Relevant Market", European Commission, 1997.

Por lo expuesto, es absolutamente sostenible el empleo de dicha herramienta para definir el mercado relevante en el caso de combustibles.

Así, el Consejo Directivo, coherentemente, menciona como dicho test es parte de las herramientas teóricas que pueden ser utilizadas para la definición del mercado relevante, no para el análisis de precios relacionado con la práctica anticompetitiva como tal.

Prueba de lo anterior es que el Consejo Directivo, en su resolución final del procedimiento en cuestión, se apega totalmente a los criterios establecidos en la Ley de Competencia y su reglamento respecto de la

determinación del mercado relevante, en la cual se encuentra implícita la necesidad de efectuarlo en la doble dimensión que señala la FTC en su guía. Así, se siguen en la resolución los elementos establecidos en los artículos 28 de la Ley de Competencia y 15 de su Reglamento, los que buscan determinar la existencia de sustitutos al producto que se analiza y el área geográfica en la cual se encuentran disponibles. Los principales argumentos son los siguientes:

2. SOBRE EL MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

El grado de sustituibilidad por el lado de la demanda, en el corto plazo, entre la gasolina y el diesel es nulo, en la medida que los automovilistas deben usar necesariamente el carburante exigido por su vehículo. (artículos 28 letra a) de la Ley de Competencia y 15 letra a) de su Reglamento).

Por el lado de la oferta, no se considera que exista posibilidad de sustitución al menos en el corto plazo, ya que no se cuenta con carburantes alternativos (biodiesel, gas licuado de petróleo, entre otros) a través de los cuales ampliar el mercado relevante de producto (Artículo 15 letras b) y c) del Reglamento de la Ley de Competencia).

La normativa existente relativa al sector del mercado en cuestión, está constituida vertebralmente por la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, y su Reglamento, los cuales regulan lo relativo a la distribución, comercialización, almacenamiento y transporte de combustibles líquidos para automotores, y no toman en cuenta los productos que podrían ser sustitutos de los mismos, como el etanol o el biodiesel (Artículos 28 letra d) de la Ley de Competencia y 15 letra e) de su Reglamento).

La potencial sustitución entre la gasolina especial y la regular, puede no ser bidireccional, sino que depende de cuál de los dos se tome como punto de partida. Al ser en el momento de la investigación, la gasolina especial más cara que la regular, el consumidor de gasolina regular no puede ante un escenario similar trasladar su demanda hacia otro tipo de combustible más barato, porque no existe en el mercado, es decir, la sustituibilidad no es recíproca (Artículo 15 letra a) del Reglamento de la Ley de Competencia).

Por tanto, para el presente caso se determinó, con base a las formulaciones teóricas, el marco normativo y los argumentos o razonamientos anteriores, que se consideran tres mercados relevantes: diesel, gasolina regular y gasolina especial.

Sobre la utilización de los Índices de Concentración al definir el Mercado Relevante de Producto

Tal como se estableció respecto del uso e interpretación de los índices de concentración en la resolución final emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, *"Se debe tener presente que estos índices son una de las herramientas de análisis que procede realizar, el cual debe ser complementado con otros factores como el estudio de las barreras a la entrada, la rivalidad y el análisis de eficiencias económicas derivadas de la concentración, con la finalidad de determinar si podría producirse una limitación significativa de la competencia como consecuencia de la concentración económica."*

De lo que se desprende que los índices fueron utilizados únicamente como un medio para determinar el nivel de concentración existente en los mercados establecidos, es decir, dan información del estado del mercado y

como tal se aceptan, sin que los mismos hayan sido el elemento determinante en la decisión final.

Adecuadamente, los índices de concentración fueron calculados por parte del Consejo Directivo con base en la información de la industria como un todo, utilizando las participaciones de mercado individuales de cada agente económico presente en el mercado relevante. Lo anterior, se realiza de esa forma por definición; es decir, no hay otra forma de hacerlo, la definición matemática del índice no lo permite. De ahí que los resultados expuestos por el Consejo Directivo fueron interpretados como correspondientes al nivel de concentración del mercado relevante.

Las conclusiones que se extraen de los resultados del cálculo de estos índices fueron evaluados tomando en cuenta sus limitantes y por lo mismo, el Consejo Directivo no basó su conclusión final en ellos, pero sí toma en cuenta que en mercados altamente concentrados la probabilidad de cometer prácticas anticompetitivas se eleva. En este sentido, el Consejo Directivo sí confirmó que existe alta concentración y que los agentes imputados estaban violando la Ley de Competencia.

3. SOBRE EL MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

Cada mercado relevante geográfico está demarcado en su aspecto espacial por el área en la cual el porcentaje más cercano a la totalidad de consumidores se pueden considerar razonablemente ubicados en una misma área.

A continuación se expondrá una reseña de los razonamientos hechos por el Consejo Directivo para definir los mercados relevantes geográficos y, posteriormente, *esta pericia analizará si esos razonamientos se adecuan a los parámetros exigidos por la Ley de Competencia, su Reglamento, la*

jurisprudencia y doctrina internacional.

En el romano VI de la resolución final, el Consejo Directivo definió 15 mercados relevantes, siendo estos:

1. Los municipios del Área Metropolitana de San Salvador (AMSS)², excepto Tonacatepeque y Nejapa, los cuales a pesar de ser parte del departamento de San Salvador cuentan con un número reducido de estaciones de servicio en grandes áreas territoriales de naturaleza rural.
2. La ciudad de Santa Ana, en el departamento del mismo nombre.
3. La ciudad de San Miguel, en el departamento del mismo nombre.
4. La ciudad de Sonsonate, en el departamento del mismo nombre.
5. La ciudad de San Vicente, en el departamento del mismo nombre.
6. La ciudad de Ahuachapán, en el departamento del mismo nombre.
7. La ciudad de Usulután, en el departamento del mismo nombre.
8. La carretera que comunica Ahuachapán con Santa Ana.
9. La Carretera Panamericana, Tramo Occidental: Entre Santa Ana y San Salvador (limitando en el extremo oeste de Santa Tecla).
10. La Carretera Panamericana, Tramo Oriental: entre San Martín y la entrada a la ciudad de San Miguel.
11. La Carretera Troncal del Norte, desde la salida del municipio de Apopa hasta el punto de desvío de la ciudad de Chalatenango.

² Según datos de la OPAMSS, el AMSS está compuesta por los siguientes municipios: a) del departamento de San Salvador, San Salvador, Ciudad Delgado, Mejicanos, Soyapango, Cuscatancingo, San Marcos, Ilopango, Nejapa, Apopa, San Martín, Tonacatepeque y Ayutuxtepeque; y b) del departamento de La Libertad: Santa Tecla y Antiguo Cuscatlán.

12. La Carretera del Litoral, entre la salida del municipio de San Luis Talpa y la entrada a la ciudad de Usulután.
13. La Carretera que comunica la ciudad de Lourdes con Sonsonate.
14. La Carretera entre Sonsonate y Acajutla.
15. La Carretera Ruta Militar.

En primer lugar, se observa que hablar de una serie de mercados relevantes geográficos en lugar de un sólo mercado relevante geográfico nacional, *es consecuente con la información que los mismos agentes económicos investigados presentaron en la investigación.*

Y es que, tanto SHELL como ESSO han reconocido que los precios de venta a las estaciones de servicio de combustibles los determinaban de forma distinta en diferentes zonas geográficas, pues consideraban que cada región suponía un mercado geográfico de distintas características.

Así, SHELL, en la página 41 del escrito que presentó ante el Superintendente de Competencia el día 10 de abril de 2007, señaló que establecían esa diferenciación de precios pues: *"En áreas donde existe poca o ninguna competencia, los precios mayoristas establecidos de manera uniformes no tendrían impacto en los precios al por menor"*.

En el mismo sentido, el señor José Antonio Alfaro Barillas, Gerente General y de Ventas de ESSO, expuso, en su declaración rendida el día 13 de junio de 2007 que: *"hay diferentes precios por zonas, porque el precio que necesita un detallista para competir difiere por las condiciones de cada zona"*.

Ahora, para definir las 15 áreas geográficas antes detalladas como mercados relevantes, el Consejo Directivo examinó, principalmente, los

siguientes factores:

1. Ubicación de los consumidores;
2. Distribución porcentual de estaciones de servicio;
3. Extensión territorial;
4. Número de habitantes;
5. Densidad poblacional; y
6. Naturaleza urbana de las áreas territoriales.

Se observa que dichos factores son, en efecto, los que deben analizarse para determinar cuáles son las áreas geográficas en que los consumidores podían movilizarse para escoger la estación de servicio en donde se proveerían de gasolina (especial y regular) y diesel, sin incurrir en costos excesivos.

En ese sentido, es razonable sostener que la elección de dichos factores de análisis supone la correcta aplicación de los criterios para definir los mercados relevantes geográficos contenidos en los artículos 28 letra c) de la Ley de Competencia³ y 15 letra d) de su Reglamento⁴.

El Consejo Directivo determinó que la ubicación de los consumidores era

³ Art. 28 letra c) LC: *"Para la determinación del mercado relevante deberán considerarse los siguientes criterios: c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados"*.

⁴ Art. 15 letra d) RLC: *"Para efectos de identificar el mercado relevante conforme a lo previsto en el Art. 28 de la ley, la Superintendencia tomará en cuenta lo siguiente: d) El área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes, sin incurrir en costos apreciablemente diferentes y tomando en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados"*.

esencial examinarla pues, de esa forma, *"los automovilistas pueden tener acceso, sin incurrir en costos, a aquellas estaciones de servicio ubicadas en su ruta habitual. Dado que las rutas de los diversos automovilistas no son las mismas, se configuran áreas superpuestas, según se describirá más adelante, con el resultado final de que se considerará demarcado un mercado relevante geográfico cuando razonablemente se pueda considerar la presencia del citado criterio"*.

Tal razonamiento concuerda con lo expuesto por el doctrinario Julio Pascual y Vicente, cuando señala que en el análisis del mercado relevante geográfico: *"se trata de apreciar si los clientes, a corto plazo y a un coste insignificante, transferirán sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar ante una variación pequeña y permanente de los precios relativos"*⁵.

Más adelante, el Consejo Directivo señaló que: *"Dada la limitada distancia que los conductores viajarían para abastecer el tanque de combustible, se concluye que una ciudad con alta densidad de estaciones de servicio por kilómetro cuadrado será considerado un mercado relevante geográfico"*. Esto es consecuente con la forma en que tanto las autoridades de competencia de otros países han examinado los mercados relevantes geográficos en casos de combustibles. Así, en Argentina se definió que cada consumidor puede movilizarse para buscar un distinto oferente de combustibles en un radio de 15 a 30 cuadras del punto de destino (expedientes No. S01:0348100/2005, Dictamen 582, noviembre 2006, No. 064-017656/2002; No. 064-020130/2000, No. 064-015789/2000, No. 064-007608/2001) y en Brasil el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) determinó que las estaciones que están en una esfera de 10

⁵ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Prohibición del abuso de posición dominante. Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, dirigido por BENEYTO PÉREZ, J.M. Editorial Bosch, Madrid, 2005, p. 504

kilómetros cuadrados compiten entre sí (procesos No. 8012003208/99-85 y No. 8000-024581/94-77).

Examinar la extensión territorial de las zonas, su naturaleza, el número de habitantes y la densidad poblacional de las regiones eran aspectos necesarios para caracterizar el mapa de consumidores que existía en cada región. Un análisis de la demanda de esa naturaleza era imprescindible realizarlo y es consecuente con las prácticas internacionales en materia de Defensa de la Competencia.

Así, la Comunicación de la Comisión Europea de Competencia relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), establece que unos de los elementos que deben examinarse para definir el mercado relevante geográfico son las: *"características básicas de la demanda. La naturaleza de la demanda del producto considerado puede en sí misma determinar la extensión del mercado geográfico. Factores tales como las preferencias nacionales, la preferencia por la marca, el idioma, la cultura y el estilo de vida nacionales o la necesidad de una presencia local tienen grandes posibilidades de limitar la zona geográfica donde se compite"*⁶.

4. DICTAMEN.

En conclusión, la definición de mercado relevante (de producto y geográfica) utilizada, así como las herramientas de análisis empleadas en el presente caso (índices de concentración y test del Monopolista hipotético), están acordes a los principios internacionalmente aplicados, el marco teórico existente para su escrutinio y, sobre todo, ***se apegan completamente a los principios y criterios técnicos que ha reconocido***

⁶ [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML)

el marco normativo salvadoreño vigente.

Por lo expuesto PIDO:

- a. Me admita el presente escrito y la documentación que se anexa;
- b. Tenga por rendido el informe pericial requerido a mi persona.

San Salvador, a los once días del mes de octubre de dos mil diez.





*Presentado a las catorce horas cincuenta minutos del once de octubre de dos mil diez, por **Daniel Eduardo Olmedo Sánchez**, de treinta y dos años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, a quien identifiqué por medio de su **Tarjeta de Abogado** número 9611, en original y seis copias, todas con sus anexos, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley. Adjunta fotocopias de: **1)** Páginas 503, 504 y 505 del Tratado de Derecho de la Competencia, Tomo I, de José María Beneyto Pérez y Jerónimo Maillo González-Orús; y **2)** Diez páginas impresas de la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.*




