



REF. 438-2007

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

1. FRANCISCO DÍAZ RODRÍGUEZ, ANA LILIAN VEGA y OSCAR DÁMASO ALBERTO CASTILLO RIVAS, actuando como Directores del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA –en adelante el Consejo Directivo– en el proceso contencioso administrativo iniciado por Esso Standard Oil, S. A. Limited, en adelante Esso, en contra del Consejo Directivo, a Vos respetuosamente **MANIFESTAMOS**:

I. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO

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

II. TRASLADO DE LA PARTE DEMANDADA

4. Ante la oportunidad procesal concedida por medio de la interlocutoria referida, es preciso antes que nada reiterar todos los argumentos defensivos que se han expuesto a la fecha en el presente procedimiento, con los cuales se ha demostrado la legalidad de todo lo actuado en el procedimiento administrativo sancionador SC-004-D/PA/R-2006 acumulado SC-005-D/PA/R-2006, SC-006-D/PA/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006.
5. Además de lo anterior, es necesario hacer las siguientes consideraciones finales:

A. SOBRE EL PERITAJE REALIZADO EN EL PRESENTE EXPEDIENTE

6. En este traslado final es necesario y fundamental que el Consejo Directivo se pronuncie sobre la forma y el fondo de la prueba pericial producida a petición de Esso y avalada por Vos, Honorable Sala.

i. Formalidades para la realización de la prueba pericial



7. A fin de contextualizar las irregularidades del procedimiento de materialización de la prueba pericial realizada en el presente expediente, es necesario hacer un recuento cronológico del tal procedimiento:

→ El día uno de diciembre de dos mil ocho, la Sala de lo Contencioso Administrativo (la Sala) resolvió la apertura a prueba en el presente proceso contencioso por el plazo de ley;

→ Por auto emitido el día quince de enero de dos mil nueve, se requirió a las partes que propusieran el nombramiento de dos peritos o de uno solo en forma unánime dentro del día siguiente al de la notificación; peritaje solicitado por Esso a efecto que se precisara y estableciera los alcances del mercado relevante, y que este fue cambiado en la resolución final;



- Por escrito presentado el día veintiséis de enero de dos mil nueve por los apoderados de Esso, dicha petrolera solicitó se señalara día y hora para la presentación de un especialista en materia de competencia, proponiendo al licenciado Rafael Barraza Domínguez como perito;
- Por escrito presentado el día veintiséis de enero de dos mil nueve, el Consejo Directivo solicitó la revocatoria del peritaje ordenado a través de la resolución emitida el día quince de enero de dos mil nueve, ya que la determinación del mercado relevante, y su supuesto cambio, es un aspecto de fondo que escapa del ámbito de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo;
- Por auto emitido el día dos de febrero de dos mil nueve, previo al pronunciamiento sobre la petición de revocatoria, se concedió audiencia a la parte contraria para que se pronunciara sobre la revocatoria;
- Por escrito presentado el día seis de marzo de dos mil nueve por los apoderados de Esso, la petrolera evacuó la audiencia respecto a la revocatoria del peritaje y solicitó se declarara sin lugar la revocatoria;
- Por medio de escrito presentado el día veintiuno de julio de dos mil nueve, el Consejo solicitó su intervención directa, y que se resolviera con prontitud el recurso de revocatoria;
- Por auto emitido el día nueve de noviembre de dos mil nueve se resolvió lo siguiente: 1) sin lugar la revocatoria solicitada por el Consejo respecto a la prueba; 2) revocar la prueba pericial solo en lo referente al punto en que se piden que los peritos determinen la validez técnica de cambiar la definición de mercado relevante al momento de emitir la resolución definitiva; y 3) requerir al Consejo Directivo que propusiera el nombramiento de un perito o se adhiriera al propuesto por la parte demandante, dentro del día siguiente al de la notificación de ese auto de conformidad a la ley;
- Por escrito presentado el día veinte de enero de dos mil diez, el Consejo Directivo propuso al Lic. Carlos Mauricio Canjura Guillén como su perito;
- Por auto emitido el día nueve de febrero de dos mil diez se concedió audiencia a las partes para que comprobaran la idoneidad de los peritos propuestos, con el fin de establecer los alcances del mercado relevante;



- Por escrito presentado por el Consejo el día seis de julio de dos mil diez, se acreditó la idoneidad del perito propuesto, *pues se adjuntó la documentación que demostró fehacientemente su pericia en la materia (Derecho de Competencia);*
- Por escrito presentado el día siete de julio de dos mil diez, Esso manifestó que, por no estar presente el licenciado Barraza en el país, *no le era posible presentar todos los documentos conducentes para acreditar la idoneidad del referido profesional, agregando únicamente la hoja de vida;*
- Por auto emitido el día veinticuatro de agosto de dos mil diez, se procedió a concretar la prueba pericial, señalando día y hora para la juramentación de los peritos propuestos, *sin que, a esa fecha, Esso hubiera presentado la documentación pendiente para acreditar la idoneidad del perito que propuso;*
- Por escrito presentado el día diez de septiembre de dos mil diez, el Consejo solicitó los documentos que habría presentado Esso para acreditar al perito, ya juramentado, como idóneo;
- Por escrito presentado el día ocho de octubre de dos mil diez, el perito de Esso, licenciado Rafael Barraza, rindió su informe;
- Por escrito presentado el once de octubre de dos mil diez, el perito de esta Superintendencia, licenciado Carlos Mauricio Canjura Guillén, presentó su informe pericial;
- Por auto emitido el día cinco de enero de dos mil once, se tuvieron por recibidos los informes periciales rendidos por los peritos propuestos por las partes;
- Por escrito presentado *hasta* el día el uno de septiembre de dos mil once, Esso entregó a la Sala de lo Contencioso Administrativo los documentos para acreditar la idoneidad de su perito, habiendo ya pasado varios meses desde la realización de la prueba pericial;
- Al momento de notificar al Consejo el auto de fecha cuatro de enero de dos mil doce, se entregó copia de los documentos aportados por Esso para intentar acreditar la idoneidad del perito que propusieron en su oportunidad;



8. Como puede apreciarse, en el desarrollo del procedimiento de realización de la prueba pericial se dieron ciertas anomalías que inciden en la validez del dictamen pericial del perito propuesto por Esso.
9. En efecto, al no acreditar Esso en tiempo la idoneidad del perito, sino hasta el escrito presentado el uno de septiembre de dos mil once, por un lado, el Consejo no tuvo la oportunidad de controvertir la idoneidad del perito propuesto, pues se desconocían sus atestados y, por otro lado, se juramentó a un perito sin que el tribunal (Sala de lo Contencioso Administrativo) se cerciorara si era o no un facultativo en la materia.
10. Adicionalmente, al revisar ahora la documentación con la cual Esso intentó extemporáneamente acreditar la idoneidad de su perito, nos percatamos que dicho perito no tenía experticia en la materia: Derecho de Competencia. Se advierte que si bien el Lic. Rafael Barraza cuenta con aptitud profesional en las ciencias económicas, no cumple con la *experticia* que debiese caracterizar a un experto en la materia de competencia. Esta experticia no la otorga la formación profesional en economía, sino, entre otras cosas, la experiencia académica o laboral comprobada en el campo objeto del peritaje: Derecho de Competencia. Los mismos apoderados de Esso, en su escrito del veintiséis de enero de dos mil nueve, aceptan que su perito no es experto en Derecho de Competencia, pues manifestaron textualmente lo siguiente: por la “novedad en nuestro país de la materia de competencia no es del dominio general de los profesionales con título en la ciencia a que pertenece el punto sobre el que ha de oírse su juicio”, y por tanto proponían al licenciado Rafael Barraza.
11. Es importante mencionar que sí existen en el país diversos profesionales que cuentan con grados académicos en la materia o que cuentan con trabajos de investigación en la temática, incluso, profesionales que han laborado dentro de la autoridad de competencia.
12. En consecuencia, al existir vicios en el procedimiento y en la idoneidad del perito propuesto por Esso, **el peritaje carece de validez**, porque genera una vulneración a nuestro derecho de defensa y porque el perito propuesto no cuenta con el grado de



experticia necesaria para poder ilustrar a la Sala, razón suficiente por lo que no debe tomarse en cuenta en este proceso.

ii. Contenido del informe pericial presentado por Esso

13. En el caso de que, aun con todo lo advertido en el apartado anterior, se entrará a valorar el fondo del peritaje presentado Esso, es necesario entonces realizar las siguientes consideraciones:
14. De acuerdo a la literalidad del presente expediente contencioso administrativo, por resolución de fecha quince de enero de dos mil nueve, esta Sala señaló textualmente: “La parte demandante solicita que se decrete la procedencia de prueba pericial a fin de 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, con fecha 9 de noviembre de ese año, dicha Sala revocó el peritaje en cuanto a la validez técnica de cambiar la definición del mercado relevante.
15. En virtud de lo anterior, el objeto de este medio de prueba se circunscribió al análisis técnico de la definición del mercado relevante en la resolución que dio inicio al procedimiento administrativo sancionador en contra de Esso y otras petroleras, referencia SC-004-D/PAR/R-2006 acumulados SC-005-D/PAR/R-2006, SC-006-D/PAR/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006.
16. Es importante destacar, antes que nada, que en la resolución que inicia un procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas si bien se contextualiza la práctica para no violar el derecho de defensa, no puede establecerse el mercado relevante de una manera definitiva, sino que esto se hace al momento de que el Consejo Directivo de la Superintendencia emite la resolución final, luego de analizar todo lo incorporado al expediente. En el artículo 43 de la Ley de Competencia, que regula el contenido del auto de instrucción, prescribe textualmente:



Art. 43.- La instrucción del procedimiento se ordenará mediante resolución motivada, en la que se indique lo siguiente:

a) El funcionario que ordena la instrucción con expresión de lugar y fecha de resolución:

b) Nombramiento del instructor del procedimiento que actuará por delegación y del secretario de actuaciones que tendrá asimismo las atribuciones de notificador:

c) Exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar; y

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

17. Por lo anterior, y tal como se expondrá cuando se examinen los puntos de la pretensión de la parte actora (letra "B", romano "ii"), cuando se inicia un caso se deben exponer los hechos que contextualiza la investigación, sin que ello implique que se trata de una definición final del mercado relevante.
18. En conclusión, es erróneo analizar si en un caso de prácticas anticompetitivas el mercado relevante está mal o bien definido, a partir del análisis de la resolución que da inicio a un caso; dicho análisis tiene y debe de hacerse a partir del contenido material de la resolución final. Es ilógico que se controle la legalidad del mercado relevante, al ser un tema de fondo, a partir del auto de inicio de un caso.
19. Por lo señalado, el perito propuesto por la Superintendencia de Competencia rindió su informe analizando la resolución donde, por ley y por lógica, se establece el mercado relevante que sirve de punto de partida para el análisis de fondo de la práctica investigada: la resolución final del procedimiento sancionador SC-004-D/PAR/R-2006 acumulados SC-005-D/PAR/R-2006, SC-006-D/PAR/R-2006 y SC-003-D/PA/R-2006, emitida el día uno de octubre de dos mil siete. En cambio, el perito de Esso rindió su informe sobre la base de la resolución que dio inicio al procedimiento sancionador, de fecha nueve de marzo de dos mil siete, lo cual es improcedente e ilógico.
20. En conclusión, además de los errores procedimentales advertidos en el romano "i" anterior, es irrelevante para el presente que esta Sala de lo Contencioso Administrativo

examine el fondo del informe presentado por el perito propuesto por Esso, ya que versa sobre el contenido de una resolución de trámite que no tiene por objeto definir de manera concluyente e inmutable consideraciones sobre el mercado relevante, el cual sólo puede estar establecido de manera final en la decisión que conoce del fondo, es decir, en la decisión por medio de la cual el Consejo Directivo de la Superintendencia analiza si hay o no práctica anticompetitiva.

B. SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPRESADOS POR LA PARTE ACTORA EN EL TRASLADO FINAL Y SU MANIFIESTA FALTA DE RAZÓN

21. La parte actora sostiene, en su traslado final, que hay dos motivos incuestionables de supuesta ilegalidad en el actuar del Consejo en el procedimiento administrativo referido en párrafos anteriores: la definición del mercado relevante y la determinación de la posición dominante.
22. A continuación, se explicará el razonamiento del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia para determinar el mercado relevante y la posición dominante de Esso y el otro agente económico sancionado, al 1 octubre del año 2007, fecha en la que fue emitida la resolución impugnada.
23. En relación con el primer argumento de Esso, la Ley de Competencia (LC) no prohíbe la zonificación de precios, pues, para que esta sea ilícita, requiere que sea realizada por un agente económico con posición dominante y que abuse de ella con la intención o efecto de disminuir, eliminar o desplazar competencia, lo cual –a criterio de Esso- no se ha comprobado. Por lo anterior, ha sostenido a lo largo del presente proceso que se sancionó una conducta atípica.
24. El segundo, que se formuló inicialmente una definición de mercado relevante y, luego, se cambió dicha definición para terminar fallando con una hipótesis diferente a la establecida al inicio del procedimiento, y respecto de la que se había defendido Esso.



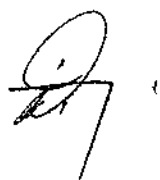
i. **Sobre la zonificación de precios como práctica anticompetitiva**

25. La parte actora sostiene que la conducta anticompetitiva por la que fue sancionada en conjunto con otro agente económico, era atípica respecto de la hipótesis legal bajo la cual se realizó la investigación, por cuanto afirman que el Art. 30 LC, al hacer relación del concepto de posición dominante, se refiere de forma pética y taxativa a UN agente económico, por lo que dicha estructura típica no admite la concurrencia de una pluralidad de sujetos activos. Además, Esso trata de robustecer su criterio en la formulación de la denuncia realizado por Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo (ASDPP), por cuanto dicha asociación los denunció de forma individual a cada uno de los agentes económicos. Esso ha intentado hacer ver este hecho como confirmatorio de sus argumentos antes referidos, como si la ASDPP tuviese competencia para determinar y calificar elementos típicos contenidos en la Ley.
26. Con todo el respeto que nos merece nuestra contraparte, queremos mencionar que dicha postura carece de sustento lógico – jurídico, por cuanto el legislador (en toda construcción típica punitiva) redacta o construye los supuestos de hecho en términos semánticos que atienden a la singularidad del sujeto que realiza la acción. Así, el Art. 128 CPn. dispone “*el que matare a otro (...)*”; el Art. 131 del mismo cuerpo normativo dispone: “*El que indujere a otro (...)*”. Como estos ejemplos podemos encontrar un gran número en la legislación penal (derecho punitivo por antonomasia) y, sin embargo, a nadie se le ocurriría afirmar que no pueden concurrir dos o más personas para perpetrar un homicidio, un robo, un hurto, es decir, en coautoría.
27. Al respecto, la literatura jurídica nacional ha sostenido que cuando el legislador se refiere al sujeto infractor de quien proviene la acción punitiva, lo hace de manera impersonal con la expresión: “El que...”, lo cual puede conducirnos a considerar erróneamente que la comisión de ese hecho delictivo únicamente puede ser obra de un sujeto singular. Por el contrario, en la comisión de un delito pueden intervenir varios sujetos¹.

¹ Vid. RODRIGUEZ CRUZ, Delmer y otros, “Manual de Derecho Penal”, San Salvador, Ministerio de-seguridad Pública y Justicia, 1992. P.439.

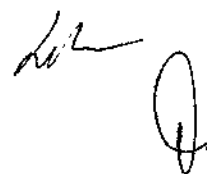


28. Por su parte, esa honorable Sala ha expuesto que *“La tipificación –tipo normativo– de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción, a pesar de no tener un destinatario concreto –de ahí lo genérico–, incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, y el bien jurídico tutelado”*. (Sentencia de VII/IX/2005, Ref. 333-C-2004).
29. Y es que, la estructura típica se limita a enunciar *“el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, los cuales deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley”* (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del VII-IX-2005, Ref. 333-C-2004).
30. Aceptamos, reafirmamos y defendemos el principio de legalidad y tipicidad proclamado en nuestra Constitución. Pero lo que no admitimos son interpretaciones extremas que desnaturalicen la ley al grado de hacerla inoperante, por cuanto la defensa de la Constitución, deber supremo de todo funcionario público, también implica la del ordenamiento secundario inspirado y promulgado en razón de la norma primaria, por lo que no es válido pretender inaplicar la Ley de Competencia de forma velada, mediante interpretaciones parcializadas, razón por la cual los actos impugnados gozan de una legalidad plena por adherirse en todo momento a la norma que los sustenta, así como también a su teleología.
31. Por otro lado, Esso ha sostenido en su demanda que, en el caso que hoy nos ocupa, no concurre un nexo de culpabilidad que permita imputarle la comisión típica de las infracciones previstas en la Ley de Competencia, específicamente en el Art. 30, por cuanto dicha disposición exige que tales comportamientos sean realizados con la *“intención o el EFECTO de disminuir, eliminar o desplazar la competencia”*; lo cual, a



criterio de la parte actora, no ha sido acreditado por la autoridad demandada, sin tomar en cuenta, que todos los encargados de dirigir a dicho agente económico, son personas medianamente educadas, conscientes del tamaño del negocio que administran y su importancia en la economía local.

32. En referencia a tal alegato, es necesario manifestar que tal y como ha sido expuesto en la demanda, la institución jurídica denominada “nexo de culpabilidad” no debe convertirse en una puerta a la impunidad, pues su función primordial consiste en **determinar claramente los sujetos a quien debe atribuírsele la conducta determinada**, es decir, que esta figura pretende garantizar la legalidad de la pena a imponer a un sujeto determinado, para cada caso concreto. Es más, ha sostenido la demandante que tal requisito cede ante el interés general que la norma violada tutela. Entonces, ¿cómo es posible que sostenga que no existe nexo de culpabilidad suficiente para ser acreedora de la sanción, si en todo el procedimiento administrativo sancionador ha quedado de manifiesto que Esso (junto con el otro agente económico sancionado) ha sido responsable directo de las conductas anticompetitivas investigadas, respecto de una norma que tutela bienes jurídicos de interés público, como lo es la libre competencia?
33. Se confirma de la lectura de sus alegatos ante esta Corte, que en ningún momento han pretendido negar la concurrencia de los supuestos fácticos integrantes de la conducta anticompetitiva, es decir, no niegan la zonificación y la sugerencia o imposición de precios.
34. Asimismo, es de hacer notar que el Art. 30 arriba citado preceptúa la concurrencia, de forma no copulativa, de la intención o el **EFFECTO** anticompetitivo de las conductas investigadas, que fue precisamente lo que determinó la investigación realizada por la Superintendencia de Competencia, solventando así la construcción típica de la infracción acreedora de la sanción que hoy se discute. Y es que, el nexo de culpabilidad requiere únicamente la construcción de un enlace ininterrumpido entre la acción típica y el resultado previsto por la norma como dañoso para los intereses generales, lo cual resulta evidente en todo el expediente administrativo sancionador.

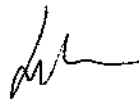


35. En dicho expediente se determinó que el establecimiento de políticas de precios para proteger a los proveedores sólo genera un perjuicio directo en los consumidores, por cuanto no se permite que el mercado funcione de forma libre, al existir distorsiones artificiales y parcializadas que inclinan la balanza del lado de la oferta, sobre todo, porque las “sugerencias de precios” implementadas por Esso se constituyen como verdaderas “fijaciones de precios” al venir acompañadas de medidas coercitivas para su adopción por las estaciones de servicio.
36. Adicionalmente, Esso ha manifestado a lo largo de este proceso contencioso que no cuenta con posición de dominio en el mercado relevante estudiado en la resolución de la Superintendencia de Competencia, pretendiendo, así, sustraerse de su lugar de privilegio respecto de los demás competidores. Aduce que el hecho de la sociedad *holding* Exxon Mobile Corporation detente un elevado porcentaje accionario en Rasa, no es suficiente para gozar de dicha posición de dominio.
37. Sobre este punto es necesario hacer ver que la razón principal para adquirir acciones de una sociedad determinada es el beneficio que la misma pueda ofrecer a quienes poseen tales acciones, y que tal beneficio se materializa mediante el manejo que de la empresa hagan, dentro del mercado, quienes la dirigen². Por tal motivo, es poco creíble aseverar que el encontrarse íntimamente relacionado con un alto porcentaje accionario de una sociedad como Rasa, completamente involucrada en el mercado relevante de combustibles, no otorgue poder de mercado, e inclusive, posición de dominio en el mercado relevante, pues para nadie es un secreto la vinculación de intereses existente entre la transnacional y su filial salvadoreña.
38. Y es que, el mercado se ve influenciado por fuerzas distintas a la oferta y la demanda, como la disponibilidad presente y futura de productos paralelos, necesarios para la

² Vid. LEROY MILLER, R. & MEINERS, R, “*Microeconomía*” 3º Edición, México, Mc-Graw Hill / Interamericana de México, 2001, pp. 249. Afirma el autor que “Si estamos tratando de explicar el comportamiento de los negocios, no tenemos que suponer que los empresarios buscan maximizar sus ganancias de una manera consistente. Más bien, la hipótesis es que su comportamiento es consistente con la maximización de las ganancias”

generación del producto principal, así como la capacidad de los oferentes para seguir manteniendo el nivel de sus inventarios. En este sentido, cuando los análisis económicos de elementos como "posición dominante" hacen referencia a posibles desabastecimientos generados por hipotéticos recortes de producción de uno de los agentes económicos investigados, se refiere, precisamente, a meras hipótesis especulativas y no a escenarios reales. Tal es el caso de los mercados de valores internacionales, en los cuales, ante una mera amenaza no concretada de un recorte en la producción de petróleo, genera una subida sustancial en el precio del petróleo.

39. Esso ha alegado inexistencia de una posición dominante, basándose en conjeturas matemáticas que los llevan a colegir que, a la fecha de la investigación, el resto de la oferta de combustibles es suficiente para cubrir el posible vacío dejado por Rasa. Sin embargo, en la resolución final que se impugna en este proceso contencioso se comprobó que Esso y el otro agente económico sancionado ostentaban (a la fecha de la investigación) más del 50% de los mercados de venta mayorista de gasolina especial, regular y diesel, así como más del 50% de participación de mercado en mercados relevantes geográficos (mercado minorista) y la incapacidad de sus competidores de contrarrestar una hipotética pero factible restricción en el abastecimiento por parte de Rasa en los mercados relevantes determinados, al tener en cuenta el tiempo y el costo que requeriría expandir sus terminales de importación y almacenamiento para aumentar su respectiva oferta nacional. Dichas afirmaciones fueron corroboradas con los datos plasmados en la tabla No. 32 de la citada resolución, en la cual se observa que el resto de agentes económicos existentes a la fecha de investigación (Chevron y Puma) dejarían una demanda insatisfecha de 21.90%.



40. Al respecto, la doctrina ha apuntado que la posición dominante ocurre cuando las firmas, a causa de su participación en el mercado combinada con sus conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder de determinar precios o controlar la producción o distribución en una significativa proporción de los productos en cuestión. Este poder no necesariamente tiene que derivar de una absoluta posición dominante que permita a las empresas que los sustentan eliminar a todos sus competidores, pero basta con que tengan



la fuerza suficiente para asegurarse una total independencia de su conducta, incluso, si hay diferencias de intensidad en su influencia en distintas partes del mercado³.

41. El Consejo, pues, mantiene y reafirma la postura de superar tecnicismos y purismos jurídicos, para llevar a cabo una interpretación acorde a los fines del Derecho de Competencia, y su marco normativo. Y es que, siendo la Superintendencia de Competencia un ente con competencia jurídico – económica, su análisis no puede verse reducido a la mera constatación de elementos jurídicos, sino que deberá entrar a conocer de las razones económicas del mismo, por lo que el estudio de la concurrencia de la posición dominante de los agentes económicos no puede verse privado de entrar al análisis de raíz de su origen, ya que la posición dominante atribuida tiene su génesis bajo el contexto de la participación accionaria de sus sociedades controladoras en Rasa y sus implicaciones en el mercado relevante de combustibles.
42. En este tema, no se puede dejar de lado que es evidente que en la resolución final emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, del día uno de octubre de dos mil siete, se tomaron, evaluaron y analizaron todos los elementos que la ley de competencia (Art. 29) y su reglamento exigen (Art. 16) para determinar si existe o no posición dominante. Basta con referirse a la página 92 y siguientes de la citada resolución, en donde expresamente se analizó la participación dentro del mercado, la posibilidad de fijar precios, las barreras a la entrada, la existencia y poder de sus competidores, la posibilidad de acceso a fuentes de insumo, etc.
43. Finalmente, Esso alega que la zonificación de precios no es anticompetitiva; sin embargo, es evidente que en un mercado libre, entre otros supuestos, los precios de los bienes y servicios vienen dados por el libre juego de la oferta y la demanda, y no por una política de precios anticompetitiva de empresas con posición dominante en el mercado, como lo es Esso y el otro agente económico sancionado, por cuanto distorsiona dicho mercado, creando ineficiencias y costos sociales.

³ Vid. CARVAJALES, M. & MARCHESINI D., "Teoría y práctica de la defensa de la competencia", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002. pp. 169-170



44. Si bien las políticas de precios de Esso llevan aparejadas el epíteto de “voluntarias”, ello no es un punto relevante, sobre todo cuando dicho adjetivo calificativo deja de tener sentido en razón de los estímulos previstos para su fiel cumplimiento, al grado de convertirse en la regla general, generando distorsión en el mercado, como se comprobó en el procedimiento administrativo sancionador.
45. En efecto, en el caso investigado y sancionado, el abuso de posición dominante se perfiló mediante dos mecanismos concretos: a) la creación artificial, dentro de un mercado relevante, de pequeñas zonas geográficas de estaciones que sólo compiten entre ellas; y b) la “sugerencia” de precios dentro de estos sectores por parte de los agentes económicos.
46. Así, esta política de precios limita gravemente la competencia, evitando que los precios bajos tengan un efecto dominó a favor de los consumidores. En otras palabras, la zonificación aludida más la “sugerencia” de precios (en la práctica, imposición) trae como consecuencia el establecimiento injustificado de distintos precios para diferentes compradores situados en igualdad de condiciones y en un mismo mercado relevante (Art. 17 letra “d” del Reglamento de la Ley de Competencia).
47. Pero la impugnante, luego de aceptar las prácticas comerciales antes señaladas, ha sostenido con vehemencia en este proceso contencioso que lo que la Superintendencia de Competencia ha expuesto en su resolución no se encuentra acorde a lo prescrito por la ley y la doctrina, afirmando que la zonificación de precios, y todas las demás prácticas anticompetitivas realizadas, se encuentran permitidas por la ley.
48. Al respecto, es necesario hacer ver que la Ley de Competencia no castiga *per se* los abusos de posición dominante. Pero lo anterior no implica que las prácticas comerciales de Esso no puedan ser anticompetitivas, como en efecto se demostró en el expediente sancionador ya relacionado. En efecto, la Superintendencia comprobó en la resolución final el efecto económico perjudicial al mercado y al consumidor de las políticas de Esso (zonificación e imposición de precios en bomba), partiendo de la teoría económica básica.



49. La zonificación, de la forma como la realiza Esso, es decir acompañada con “sugerencias” (imposición) de precios, se demostró que tiene por objetivo restringir la competencia entre estaciones de servicio que están dentro en un mismo mercado geográfico relevante, para evitar la propagación de precios bajos. Es por este motivo que, en el caso investigado, tienen efectos anticompetitivos, ya que impide la competencia entre estaciones de servicio. Como Esso y la otra sociedad sancionada detentan posición dominante, la política de precios descrita constituye un abuso de tal posición.
50. Al respecto, debemos retomar la función y finalidad legal de la Superintendencia de Competencia de proteger, conservar y en su caso, restablecer la competencia en los mercados, para lo cual la Ley de Competencia le otorga facultades para su cumplimiento, entre ellas, la de imponer sanciones a quienes violenten sus disposiciones (Art. 14 LC). La práctica sancionada, pues, inhibe la competencia en el precio final en bomba en las estaciones de servicio, perjudicando a los consumidores que se ubican dentro de los mercados relevantes geográficos.
51. Por lo anterior, se refuerza la idea de que los actos impugnados nunca se encontraron viciados de ilegalidad, y que por el contrario, se apegaron en todo momento a lo dispuesto por el marco normativo vigente.

ii. Sobre la definición del mercado relevante

52. El segundo aspecto alegado por la demandante en su traslado final se relaciona con el mercado relevante definido en el procedimiento sancionador en contra de las petroleras aludidas. Afirmo Esso que el mercado relevante se modificó a lo largo del procedimiento y que ello es ilegal.
53. Sobre este punto, es necesario aclarar que las actuaciones previas a las que se refiere la Ley de Competencia tienen como finalidad recopilar elementos indiciarios que permitan, al menos, presumir la concurrencia de infracciones a dicho cuerpo normativo, en aras de



prevenir desgastes innecesarios, tanto de la institución como de los administrados sujetos a tales actos investigativos.

54. Los elementos aquí encontrados permiten fundar o sustentar acciones tendientes a demostrar y tener por acreditados, en la resolución final, todos y cada uno de los elementos típicos que componen la infracción administrativa en cuestión.
55. Ahora bien, constituye un error técnico pretender que en las actuaciones previas se establezca definitivamente aspectos de la conducta objeto del procedimiento, por cuanto desnaturalizaría la función del Consejo Directivo, ya que de nada serviría que dicha autoridad entrase a conocer el fondo del asunto, si esta ha quedado atada en su criterio por lo dispuesto en las investigaciones 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.
56. En este sentido, se vuelve imperante aclarar que es al Consejo Directivo a quien le corresponde calificar a cabalidad lo concerniente en el proceso administrativo sancionador previsto por la Ley de Competencia, sobre todo porque *"entre los principios procedimentales específicos doctrinariamente aceptados por el Derecho Administrativo Sancionador están: La debida separación entre la fase instructora y la sancionadora..."* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de I/IV/2003, Ref. 135-R-2000)
57. 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 necesario pretender tener por establecidos definitivamente elementos de manera previa a la resolución definitiva, como la parte actora de este proceso contencioso intenta hacer ver respecto a la definición del mercado relevante.



58. Y es que, este elemento (mercado relevante) constituye un concepto de naturaleza económica y jurídica, y como todo componente del tipo punible, su *construcción* va siendo nutrida en el procedimiento administrativo, de forma provisional desde la investigación previa o preliminar, en los casos que se ordene, la misma denuncia y la instrucción formal; y se califica a cabalidad en el acto administrativo final a través del cual el Consejo Directivo emite la resolución definitiva. Si lo anterior no fuese así, existiría un pre juzgamiento, que lejos de salvaguardar el derecho de defensa sería perjudicial para el administrado. Además, es importante mencionar que durante el procedimiento el agente investigado participa o puede participar de esa *construcción*, al menos, en dos ocasiones, mismas que deben servirle para argumentar y atacar cualquier debilidad en la contextualización de los hechos que servirán para definir el mercado relevante: los 30 días siguientes al de la notificación de la orden de investigación y el plazo probatorio. Y después de la resolución final puede aún interponer el recurso de revisión.
59. Por tanto, la naturaleza del procedimiento de competencia implica que al interior del mismo se discuta la definición del mercado relevante, el cual constituye un concepto que debe ser llenado de contenido a través de los hechos reveladores de la investigación, por lo que las consideraciones preliminares que se establezcan dentro del mercado investigado, no necesariamente deben coincidir con la conceptualización final de dicho mercado, la cual debe considerar en su amplitud todos los argumentos y la prueba recabada durante el periodo de instrucción.
60. Así lo ha sostenido la doctrina al señalar lo siguiente: "No obstante, debe tenerse en cuenta que no ha de existir una similitud exacta entre el pliego de cargos y la decisión final. En esta, la Comisión puede concretar y complementar sus argumentaciones en base a hechos o fundamentos de derecho presentes en el expediente. El Tribunal de Justicia ha sido claro al señalar que *la decisión no debe necesariamente ser una copia de la exposición del pliego de cargos. En efecto, la comisión debe tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo tramitado para abandonar los cargos que se revelan infundados, y para justificar y concretar, tanto en los hechos como*



*en derecho, las argumentaciones en que fundamenta los cargos que mantiene. Esta última posibilidad no entra en contradicción con los derechos de defensa (...)*⁴.

61. Sostener que los alcances del mercado relevante deban establecerse preliminarmente, de manera que se petrifiquen, daría como resultado la irrelevancia de la instrucción, haciendo que pierda sentido la facultad investigativa de la Superintendencia y restringiendo, por otra parte, el derecho de defensa de los presuntos infractores o terceros interesados en el procedimiento administrativo.
62. 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 artículos 28 de la Ley de Competencia y 15 del Reglamento de la Ley de Competencia.
63. Por otra parte, como ya se expresó cuando se analizó el tema de los peritajes, de ninguna manera existe base legal o reglamentaria que indique que sea un presupuesto necesario dentro del procedimiento que el mercado relevante deba definirse de forma previa y definitiva al momento de emitir el auto de instrucción.
64. Así, la doctrina ha expuesto lo siguiente: *“Debe prestarse atención a que la comunicación del pliego de cargos es un acto procedimental preparatorio de la decisión final de la Comisión sobre el fondo del asunto. Como criterio general, el Tribunal de Justicia en la sentencia IBM del 11 de noviembre de 1981 ha establecido que en tanto se trate de actos o decisiones cuya elaboración se efectúa en diferentes fases, especialmente en el curso de un procedimiento interno, resulta de los criterios jurisprudenciales que en principio sólo constituyen actos atacables las medidas que fijan definitivamente la posición de la Comisión o del Consejo como conclusión del procedimiento, con exclusión de las medidas intermedias cuyo objetivo es preparar la decisión final.”*⁵

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

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

65. En conclusión, la etapa investigativa preliminar o previa solo pretende determinar si es necesario o no iniciar un procedimiento sancionador, no definir *a priori*, y de manera definitiva, los elementos de la conducta sancionable, por lo que las resoluciones impugnadas por Esso carecen de todo vicio de ilegalidad.

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

- (a) Se admita el presente escrito;
- (b) Se tenga por evacuado el traslado final conferido al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia;
- (c) No se tome en cuenta el informe pericial presentado por el perito de Esso;
- (d) Se dicte sentencia desestimando todos los puntos integrantes de la pretensión de la parte actora.

Señalamos nuevamente para recibir todo tipo de comunicaciones procesales las instalaciones de la Superintendencia de Competencia ubicadas en Edificio Madre Selva, primer nivel, Calzada El Almendro y 1ª avenida El Espino, número ochenta y dos, Urbanización Madre Selva, cuarta etapa, Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad, y como medio técnico el fax número 2523-6625. Además, comisionamos para ese mismo efecto a los licenciados Aldo Enrique Cáder Camilot, Evelyn Jeannette Portillo de Avilés, Gerardo Daniel Henríquez Angulo y Roberto Valeriano Marroquín.

Suscrito en Antiguo Cuscatlán, para ser presentado en San Salvador, el día veintisiete de marzo de dos mil doce.



sentado a las catorce horas cuarenta y seis minutos del veintisiete de marzo de dos mil doce, por **Gerardo Daniel Henríquez Angulo**, de treinta y nueve años de edad, Abogado, del domicilio de Antigua Cuscatlán, a quien identifico por medio de su **Documento Único de Identidad** número 00331932-7, en original y cuatro copias de las cuales se le devuelve una con la razón de ley.



The image shows a handwritten signature in blue ink, which appears to be "Gerardo Daniel Henríquez Angulo". To the right of the signature is a circular official stamp in blue ink. The stamp contains the following text: "SECRETARIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" around the top inner edge, "COX-F SUPREMA DE JUSTICIA" in the center, and "RECEPCION DE ESCRITOS Y DOCUMENTOS" around the bottom inner edge. There is a small star symbol at the bottom of the stamp.

