

Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las ocho horas y veinte minutos del día veinte de septiembre de dos mil dieciséis.

1. Por recibido el escrito y sus anexos suscrito por el señor Wilfredo Guerra Umaña –en calidad de representante legal de Agroindustrias Gumarsal, Sociedad Anónima de Capital Variable–, presentado el veintidós de julio de dos mil dieciséis, a través del cual responde a las prevenciones efectuadas en resolución que le fue notificada el quince de julio de dos mil dieciséis.
2. Por recibido el escrito y sus anexos suscritos por los abogados Sigfredo Edgardo Figueroa Navarrete, Miguel Eduardo Pérez Escamilla y Edgar José Salmerón Campillo, presentados el doce de agosto de dos mil dieciséis, y a través de los cuales acreditan su intervención como apoderados de la sociedad antes referida (en lo sucesivo, Gumarsal), y, además de ratificar lo expresado por el señor Wilfredo Guerra Umaña, agregan argumentos “para mejor proveer”; amplían la “oferta probatoria”; y adjuntan documentación relacionada con la investigación cuyo inicio solicitan (anexos 1 y 2).
3. Corresponde en esta resolución analizar si las prevenciones han sido satisfactoriamente subsanadas, para lo cual, a continuación, se desarrollan los siguientes apartados:

I. PREVENCIÓN EFECTUADA AL DENUNCIANTE

4. Luego del análisis respectivo, por resolución de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, esta Institución determinó que la denuncia presentada no cumplía con ciertos requisitos de fondo y forma esenciales establecidos en el artículo 62 de su reglamento (RLC).
5. En ese sentido, con base en el artículo 42 del RLC, se previno al denunciante para que, en el plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación respectiva, cumpliera



con los requisitos establecidos en las letras a), c) y d) del artículo 62 del mismo. Dicho plazo venció el veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

II. LA INADMISIBILIDAD DE LA DENUNCIA EN LA LEY DE COMPETENCIA

6. Retomando las consideraciones desarrolladas en la resolución de prevención de fecha catorce de julio de dos mil dieciséis, es procedente señalar que, una vez presentada una denuncia por prácticas anticompetitivas, esta se encuentra *necesariamente* condicionada a lo establecido en los arts. 42 y 52 de la Ley de Competencia (en lo sucesivo, LC) y al cumplimiento de los requisitos del Art. 62 del RLC¹, en el marco de las infracciones definidas en los arts. 25, 26 y 30 de la LC y, en caso que corresponda, en el art. 46 de la misma.
7. En caso que falte alguno de esos requisitos, el Superintendente de Competencia, de conformidad con el art. 63, letra a), del RLC, deberá prevenir al denunciante para que aclare o complete la información o hechos atribuidos, dentro de un plazo no mayor a cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la prevención. Transcurrido dicho plazo, el suscrito podrá declarar *inadmisible* la denuncia bajo cualquiera de los siguientes supuestos: cuando el denunciante omita presentar escrito de respuesta a la prevención respectiva (i); cuando, habiéndolo presentado, lo hubiese efectuado fuera del plazo reglamentario (ii); o bien, cuando no logre subsanar las prevenciones efectuadas (iii).
8. A la luz de las anteriores consideraciones expuestas, procede efectuar el análisis de admisibilidad en el presente caso.

¹ Reformado a través del Decreto Ejecutivo N° 169, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 2013, Tomo No. 400, número 169.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

9. Previo a determinar si el denunciante ha cumplido con los aspectos prevenidos en resolución de fecha catorce de julio del año en curso, corresponde examinar el cumplimiento del requisito temporal establecido en el Art. 63 a) del RLC; es decir, verificar si la respuesta correspondiente a la prevención efectuada ha sido presentada en un plazo no mayor a **cinco días hábiles** “contados a partir de la notificación de la prevención” (subrayado para destacar).
10. En el caso concreto, se observa que la sociedad denunciante fue notificada de la resolución de prevención en fecha **quince de julio del presente año**, y que el escrito mediante el cual pretendió subsanar dicha prevención fue presentado a esta Superintendencia en fecha **veintidós del mismo mes y año**.
11. De lo antes corroborado se advierte que la sociedad denunciante presentó el escrito de subsanación de forma *extemporánea*, ya que el plazo máximo para este acto venció el **veintiuno de julio de dos mil dieciséis**. Como consecuencia del incumplimiento del plazo legal para subsanar la prevención, la denuncia de Gumarsal es manifiestamente inadmisibles, tal como lo prescribe el Art. 63, letra a), del RLC.

IV. LOS HECHOS DENUNCIADOS

12. No obstante la denuncia ya es inadmisibles por las razones apuntadas en el considerando anterior, el suscrito estima necesario hacer del conocimiento del denunciante *ciertos aspectos que, preliminarmente, habrían impedido el conocimiento del caso planteado por parte de esta Superintendencia*, desde el enfoque del marco de protección de la LC; para ello, a continuación se procederá a retomar los hechos y sujeto denunciados a partir de su escrito de subsanación **(A)**, para luego identificar las falencias de un nexo causal entre el elemento fáctico y subjetivo propuestos en la denuncia planteada **(B)**.



A. HECHOS Y SUJETO DENUNCIADOS

- ¹³ En el presente caso, el representante de Gumarsal calificó los hechos denunciados como una nueva modalidad de práctica prohibida por la LC, consistente en la **“UTILIZACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN –propios del agente económico o de terceros- POR PARTE DE UN AGENTE ECONÓMICO O POR MEDIO DE TERCEROS QUE GENEREN UN DETERIORO EN LA IMAGEN DE OTRO AGENTE ECONÓMICO PARTICIPANTE DEL MISMO MERCADO, VINCULÁNDOLOS CON DELITOS DE LAVADO DE DINERO Y CONEXOS, QUE DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVA EMITIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, SE ACTIVEN LAS POLÍTICAS INTERNAS CORPORATIVAS, DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS CON MOTIVO DE LA MITIGACIÓN DEL RIESGO POR PARTE DE ESTAS INSTITUCIONES POR MEDIO DEL CIERRE DE CUENTAS, CON LO CUAL SE GENERARÍA UNA DESVENTAJA COMPETITIVA EN RELACIÓN AL DINAMISMO DEL MERCADO ECONÓMICO-FINANCIERO Y LAS OPERACIONES BANCARIAS”**.
- ¹⁴ Adicional a este planteamiento, el representante de la sociedad denunciante, en su escrito de fecha veintidós de julio del año en curso, explicó que los hechos denunciados no son susceptibles de calificarse como prácticas de competencia desleal por dos aspectos: (i) El objetivo de la campaña de desacreditación a la que hace alusión no está dirigido hacia los productos de Gumarsal, sino que se enfoca en una vinculación de dicha sociedad y su representante legal con actividades de lavado de dinero; y (ii) Con los hechos denunciados no sólo se estaría afectando a un competidor (Gumarsal), sino también al proceso competitivo en el mercado de la harina de trigo, todo lo cual vendría a perjudicar a los consumidores.
- ¹⁵ En efecto, en cuanto al primer aspecto, la sociedad peticionaria expuso que la campaña mediática -a la que se refirió en su denuncia y en el escrito de subsanación respectivo- generó un daño a la imagen de Gumarsal, el cual le produjo, a su vez, un riesgo reputacional en las instituciones financieras con las que tiene cuentas; y, en cuanto al segundo aspecto, explicó la relevancia de la participación de esa sociedad en el mercado de harina de trigo y la afectación de éste con el cierre absoluto de las cuentas bancarias,

así como la ventaja que ello representaría para el competidor Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (en lo sucesivo, Molsa), al cual atribuye una posición dominante en el mercado aludido.

- ^{16.} Para justificar la invocación del art. 46 de la LC, la peticionaria desarrolló los argumentos por los cuales considera que los hechos denunciados no podrían ser tipificados a partir de los arts. 25, 26 ni 30 de la LC, y reiteró que el cierre de las cuentas bancarias de Gumarsal son el *resultado del riesgo reputacional generado por Molsa, quien a través de la utilización de medios de comunicación propios y de terceros, así como campos pagados, habría vinculado a la sociedad denunciante y su representante con delitos de lavado de dinero.*
- ^{17.} A partir de esa reiteración de hechos, el señor Guerra Umaña expuso que “con la MERA VINCULACIÓN MEDIÁTICA en actividades de lavado de dinero, que realice un agente económico en contra de otro agente económico que participa del mismo mercado, y que tenga repercusión sustancial, se estaría generando un riesgo automático en la entidad financiera, solo por el hecho de realizar las operaciones con esta empresa vinculada con actividades delictivas (mediáticamente) [...]”.
- ^{18.} Desde esa perspectiva, se advierte que la pretensión en este caso estaría dirigida expresamente contra Molsa, y no contra las instituciones financieras que habrían cerrado las cuentas bancarias de la sociedad denunciante, ya que, como lo explica en su escrito, estas habrían actuado conforme a normas para la gestión integral de riesgos de ese tipo de instituciones, las cuales, además, se encuentran supervisadas por la Superintendencia del Sistema Financiero². En esa misma línea, el señor Guerra Umaña aportó algunas definiciones del riesgo reputacional al que se refiere en sus escritos,

² El representante legal de la sociedad denunciante afirmó en el escrito de subsanación de prevenciones que frente a vinculaciones con delitos de lavado de dinero y conexos, “de conformidad a la normativa emitida por la Superintendencia del Sistema Financiero” se activan las políticas internas corporativas de las instituciones financieras con motivo de la mitigación del riesgo por medio del cierre de cuentas bancarias. Asimismo, para definir el concepto de “riesgo reputacional”, el representante de la denunciante se refirió a las normas para la gestión integral de riesgos de las entidades financieras aprobadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero.

argumentando al respecto que, conforme a esas normas aludidas, ese tipo de riesgo existiría ante la posibilidad de incurrir en pérdidas, producto del deterioro de la imagen de la entidad, debido al incumplimiento de leyes, normas internas, códigos de gobierno corporativo, códigos de conducta, lavado de dinero, entre otros.

19. Finalmente, y de todos los hechos planteados por el denunciante, el suscrito colige que la conducta propuesta como nueva práctica prohibida por la LC consistiría en que *el cierre de cuentas bancarias de Gumarsal, provocado por las supuestas acciones de su competidor Molsa, acarrearía una serie de consecuencias o efectos respecto de las cuales le atribuye su carácter “anticompetitivo”*: (i) *generaría a dicha sociedad dificultades financieras sustanciales que le limitarían, restringirían e impedirían competir en el mercado de harina de trigo, provocando su quiebra*; con lo cual, y en su defecto, (ii) se generaría una afectación en este mercado, debido a la salida de un competidor que, desde su entrada, habría incidido en el histórico de precios y en la comercialización de la harina de trigo.

B. NEXO CAUSAL ENTRE EL ELEMENTO FÁCTICO Y SUBJETIVO DE UNA DENUNCIA

20. Independientemente de la base legal que sea utilizada como parámetro de la conducta anticompetitiva denunciada (arts. 25, 26, 30 ó 46 de la LC), en cualquier procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas es imprescindible cumplir el establecimiento del nexo causal entre los hechos constitutivos de la supuesta práctica anticompetitiva y el (los) sujeto(s) denunciado(s).
21. Del planteamiento efectuado en la denuncia y el escrito de subsanación respectivo, el suscrito advierte que los hechos denunciados derivan de “los cierres de cuentas bancarias” de Gumarsal, como resultado del “riesgo reputacional” provocado por uno de sus competidores –Molsa–, específicamente a través de la “utilización de medios de comunicación propios y de terceros, así como campos pagados”, para vincular al señor Guerra Umaña y la empresa que representa con supuestas actividades ilícitas (lavado de dinero).

22. En ese planteamiento, el representante de la denunciante fue categórico al afirmar que *el cierre de las cuentas bancarias no es un hecho que se lo atribuya al competidor denunciado*, sino que “por medio de las noticias generadas a partir del agente económico se ha generado un RIESGO REPUTACIONAL, que genera el cierre de cuentas, como un efecto cascada” (Sic). Para la sociedad denunciante, “la MERA VINCULACIÓN MEDIÁTICA en actividades de lavado de dinero, que realice un agente económico en contra de otro agente económico que participa del mismo mercado, y que tenga repercusión sustancial, se estaría generando un riesgo automático en la entidad financiera, solo por el hecho de realizar las operaciones con esta empresa vinculada con actividades delictivas (mediáticamente) [...]”.
23. No obstante lo anterior, de lo expuesto por el representante de Gumarsal, se colige que *el supuesto efecto alegado devendría de la actividad realizada por las entidades bancarias*, ya que se observa un énfasis en la afectación que a dicha sociedad habría ocasionado la totalidad de cierre de cuentas bancarias, *constituyéndose esto –la “falta de acceso al sistema bancario”– en el desencadenante de la limitación, impedimento o restricción de la empresa para seguir participando en el mercado de harina de trigo*.
24. Así estructurado el argumento de la sociedad denunciante, se advierte que no es viable establecer de forma *indirecta* la vinculación subjetiva entre el *cierre de cuentas bancarias* (hecho al que atribuye el supuesto efecto en el mercado de harina de trigo) y la supuesta *campaña mediática contra Gumarsal* (hecho que habría generado un riesgo reputacional). El “efecto cascada” argumentado por esta sociedad como punto medular de la vinculación indirecta propuesta, no sería susceptible de ser tipificado a la luz de la LC, debido a que la naturaleza de este último hecho parte de actuaciones que, en estricto sentido, no corresponden con la de las conductas anticompetitivas, las cuales, tal como se explicó en el considerando II de la parte expositiva del escrito de prevención realizado, atañen a **conductas de naturaleza comercial** ejecutadas por agentes económicos.



25. Y es que, se reitera, pueden existir actos que afecten la competencia sin que por sí mismos se constituyan, automáticamente, en una práctica prohibida por la LC, ya que, si bien algunos podrían tener un efecto perjudicial sobre un competidor, no siempre se configurarían los elementos para traducirse en una conducta anticompetitiva prohibida.
26. En concreto, las publicaciones en los medios de comunicación a las que se hace referencia en la denuncia, *aún cuando hayan sido efectuadas por un agente económico en perjuicio de la imagen de un competidor, no podrían ser entendidas como prácticas prohibidas por la LC* ya que de las características del caso en análisis se colige que *constituirían actividades relacionadas, por una parte, con la libertad empresarial que ampara la propiedad de medios de comunicación³ y, por otra parte, con la libertad de expresión⁴ y el derecho de información⁵, que pueden materializarse a través de dichos medios.*
27. Desde esta perspectiva, se observa que la supuesta *campaña mediática* atribuida al denunciado no correspondería a una conducta de naturaleza comercial en el presente caso, sino más bien, a la concreción de derechos y libertades cuyos excesos en su ejercicio son controlables mediante marcos jurídicos distintos a la LC; por ejemplo, el Derecho Penal y Derecho Mercantil.

³ Las limitaciones que puedan derivar de la libertad empresarial en función de la libertad de expresión; entre otros, pueden consultarse en la sentencia de Inc. 65-2012, de fecha 29-VII-2015.

⁴ Acerca de la libertad de expresión puede consultarse la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que ha sido consistente en explicar que "no se limita a la exteriorización de los propios argumentos, sino que —sobre todo en el mundo contemporáneo— **se extiende a lo que clásicamente se denomina libertad de prensa**, y que en puridad jurídica, desde un plano subjetivo, **constituye el derecho de información**" (negrita es para destacar) (Sentencia de Inc. 15-96, 45-2005, de fecha 14-II-1997, 11-I-2013, respectivamente). Asimismo, dicha libertad ha sido identificada con "la libre transmisión, emisión, divulgación, distribución, comunicación o recepción de ideas o informaciones de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de la elección del titular" (Sentencia de Inc. 47-2003, de fecha 19-IV-2005).

⁵ Sobre este derecho es pertinente destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha reconocido como una manifestación de la libertad de expresión en su dimensión social: "*el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno*" tal como lo retomó la Sala de lo Constitucional al citar el párrafo 30 de la Opinión Consultiva 0C-5/85 de 13-XI-1985, caso de la Colegiación Obligatoria de Periodistas (Sentencia de Inc. 41-2005 *Op. Cit.*).

- ^{28.} De esa forma, resulta improbable la calificación de una nueva modalidad de práctica anticompetitiva *según los elementos y características de los hechos descritos, en tanto estos carecen de una naturaleza relacionada con el objeto de la LC*. En otras palabras, las publicaciones mediáticas no pueden catalogarse, *a priori* y de manera abstracta, como conductas propias de una actividad económica del mercado, sino que, de manera casuística, deben examinarse según el alcance y naturaleza de las conductas anticompetitivas prohibidas por la LC. En el caso que nos ocupa, se observa que las publicaciones denunciadas representarían manifestaciones de la libertad empresarial y de expresión, y del derecho de información, cuyos supuestos excesos, como se ha mencionado anteriormente, son controlables a través de otros marcos jurídicos.
- ^{29.} Asumir como nueva modalidad de práctica anticompetitiva “LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN –propios del agente económico o de terceros- POR PARTE DE UN AGENTE ECONÓMICO O DE TERCEROS QUE GENEREN UN DETERIORO EN LA IMAGEN DE OTRO AGENTE ECONÓMICO PARTICIPANTE DEL MISMO MERCADO [...]” equivaldría a establecer, vía interpretación del art. 46 de la LC, un supuesto de censura previa a la libertad de expresión, lo cual no es permitido por la Constitución.
- ^{30.} Así lo ha interpretado la jurisprudencia constitucional, cuando derivó dos mandatos del art. 6 de la Constitución: (i) el que prohíbe la censura para la libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de información; y (ii) el que habilita la censura previa para espectáculos públicos; de tal suerte que “la libertad de expresión —en todas sus manifestaciones— no puede ser objeto de censura, pero sí puede serlo bajo la forma de espectáculos públicos, con el objeto de proteger los derechos fundamentales e intereses legítimos protegidos en una sociedad democrática”⁶ (Sentencia de Inc. 41-2005, *Op. Cit.*).
- ^{31.} Resulta claro así que el art. 6 de la Cn. establece que el ejercicio de la libertad de expresión “no estará sujeto a previo examen, censura ni caución”, imposibilitando esto

⁶ En dicho pronunciamiento, la Sala de lo Constitucional explicó que la Constitución habilita controlar *a priori* los espectáculos públicos, permitiendo la *calificación* —como primera opción menos lesiva— y la censura para casos excepcionales debidamente justificados y con base en parámetros objetivos.



que pueda interpretarse del art. 46 de la LC que las expresiones vertidas en los medios de comunicación alegadas por la sociedad denunciante sean constitutivas de un ilícito administrativo, sobre todo porque esa misma disposición constitucional estipula que “responderán por el delito que cometan” los que “haciendo uso de él, infrinjan las leyes”, siendo esto materia que atañe, como se aclaró antes, al ámbito penal, mediante los tipos de difamación y calumnia, entre otros, y que forman parte de la competencia de otras autoridades administrativas o judiciales, distintas a esta Superintendencia.

- ³² Y es que no debe olvidarse que el bien jurídico tutelado por las figuras prohibitivas tendientes a limitar o restringir la libertad de expresión no es el mismo que el tutelado por la LC. El primero de ellos corresponde, en principio, a la imagen, la reputación, la intimidad y privacidad, entre otros; mientras que el segundo de ellos se refiere a la competencia en el mercado. Frente a esto, resulta claro que la aplicación del art. 46 de la LC, para los hechos denunciados en el presente caso, equivaldría a exceder los límites del art. 6 de la Cn.
- ³³ En línea con lo anterior, y tal como lo habría referido la sociedad denunciante, las expresiones vertidas en los medios de comunicación atribuidas a la sociedad denunciada, en este caso, ya habrían sido objeto de un proceso penal; es en este, con sus diversas instancias, donde corresponde conocer del supuesto exceso o ilicitud en el ejercicio de la libertad de expresión.
- ³⁴ En conclusión, aunque el escrito de subsanación hubiera sido presentado en tiempo, se advierte que éste **incumpliría con el establecimiento del nexo causal entre el elemento fáctico y el subjetivo de la denuncia (art. 62, letra ‘c’ del RLC)**, en la medida que el cierre de las cuentas bancarias –como hecho a partir del cual derivaría el efecto alegado– no puede ser atribuido *indirectamente* a un agente económico que actuaría ejerciendo la libertad empresarial y de expresión a través de medios de comunicación, cuyos excesos son objeto de sanción por parte de otros marcos normativos.

V. PETICIÓN DE AMPLIACIÓN DE OFRECIMIENTO PROBATORIO

- ^{35.} En lo que concierne al escrito presentado por los abogados Sigfredo Edgardo Figueroa Navarrete, Miguel Eduardo Pérez Escamilla y Edgar José Salmerón Campillo, como apoderados de Gumarsal, se observa que el objeto de la petición radica en la ampliación del ofrecimiento probatorio, mediante la incorporación de cierta documentación y la solicitud de requerimientos de información por parte del suscrito, en el marco de una investigación administrativa del caso denunciado.
- ^{36.} Al respecto, no siendo procedente el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, por las razones expuestas en los apartados anteriores, es inoficioso resolver acerca de lo solicitado por los apoderados de la sociedad denunciante, y en ese sentido habrá que pronunciarse.
- ^{37.} **POR TANTO**, con base en las consideraciones expuestas y en los artículos 1, 2, 13, letra b), 46 y 54 de la Ley de Competencia; 40, 42, 56, 62 letra c), y 63 letra a) de su Reglamento; el suscrito Superintendente **RESUELVE:**
- I. Declarar inadmisibles las denuncias incoadas por Agroindustrias Gumarsal, Sociedad Anónima de Capital Variable, en contra de Molinos de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, por haberse presentado de forma extemporánea el escrito de respuesta a las prevenciones efectuadas, tal como se expone en el apartado III de la parte expositiva de esta resolución.
 - II. Sin lugar la petición efectuada por los abogados Sigfredo Edgardo Figueroa Navarrete, Miguel Eduardo Pérez Escamilla y Edgar José Salmerón Campillo, en su escrito presentado el doce de agosto de dos mil dieciséis; en los términos y por los motivos expuestos en el apartado V de la parte expositiva de esta resolución.



- III. Notificar a la sociedad denunciante por medio del apoderado designado y en el lugar que para tales efectos señalan en el escrito de fecha once de agosto del presente año.



Francisco Díaz Rodríguez
Superintendente de Competencia

