



REF. 65-2014

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

Francisco Díaz Rodríguez y Marlene Tobar Silva, de generales ya conocidas en el proceso contencioso administrativo promovido por “Operadora del Sur, Sociedad Anónima de Capital Variable”, en adelante “Operadora del Sur”, en contra de los suscritos, respetuosamente **manifestamos**:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Estudios Sectoriales como herramienta de la Ley de Competencia

1. La Superintendencia de Competencia está legalmente obligada a promover, proteger y garantizar la libre concurrencia en los mercados, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Para cumplir con tales propósitos, además de instrumentos clásicos de control administrativos como los procedimientos sancionadores por prácticas anticompetitivas y las autorizaciones de concentraciones económicas, también se implementan nuevas herramientas técnicas de supervisión y vigilancia administrativa, como los estudios de mercado¹, a través de los cuales se persigue contar con diagnósticos sobre las condiciones de competencia de determinadas actividades económicas.

¹ Los estudios de mercado persiguen dotar a la Superintendencia de Competencia de los datos necesarios para conocer las condiciones de competencia de determinadas actividades económicas (Sala de lo Contencioso Administrativo, 259-2007, 1 marzo de 2011).

B. Actuaciones relevantes del “Estudio de las condiciones de competencia de la distribución minorista de productos de consumo periódico de los hogares de El Salvador”

² Nos parece importante antes que nada resaltar cómo se han desarrollado algunas de las actuaciones realizadas en ocasión del “Estudio de las condiciones de competencia de la distribución minorista de productos de consumo periódico de los hogares de El Salvador”, en adelante el “Estudio”, que tienen relación con Operadora del Sur, a fin de evidenciar la falta de cooperación mostrada por parte de Operadora del Sur desde un inicio:

1. En el marco de los arts. 4, 13 literal c), y 14 literal b), de la Ley de Competencia (LC), el día 1 de marzo de 2013, mediante Acuerdo No. SC-08/2013 Bis (agregado a folios 1 y 2 del expediente administrativo), el Superintendente de Competencia ordenó la realización del Estudio, como un instrumento de apoyo que permitiera a la institución formular propuestas para una mayor transparencia y eficiencia en el funcionamiento de la actividad de la distribución minorista de productos de consumo periódico, de tal forma que se promoviera la eficiencia económica como un medio para alcanzar el bienestar del consumidor.

En el mismo Acuerdo, el Superintendente de Competencia realizó encomienda de gestión a la Intendencia Económica para colaborar con la realización del estudio, brindando apoyo y realizando cualquier diligencia necesaria para su desarrollo, como en el caso de los requerimientos de información, el acompañamiento a entrevistas y la revisión de informes.

2. En fecha 8 de agosto de 2013 se celebró el contrato por servicios de consultoría entre la Superintendencia de Competencia y el consultor, de nacionalidad chilena, Eugenio Rivera Urrutia, para llevar a cabo el Estudio (folios 22 al 27 del expediente administrativo).

- 3. Mediante la nota de fecha 4 de septiembre de 2013, con referencia SC/IEC/c/300/2013/mp (a folios 28 del expediente administrativo), se expresaron cuáles eran los objetivos del Estudio, indicando la importancia de la información proporcionada por los agentes económicos, y se solicitó una cita a Operadora del Sur en sus instalaciones con representantes de dicha empresa y el personal técnico de la Superintendencia de Competencia. La reunión se llevó a cabo el 10 de septiembre de 2013².
- 4. Mediante las notas de fechas 10 de septiembre y 1 de octubre, ambas de 2013, con referencias SC/IEC/c/333/2013/mp y la SC/IEC/c/451/2013mp, respectivamente (a folios 34 y 55 del expediente administrativo), y luego de múltiples contactos telefónicos, se solicitó la presencia del personal de Operadora del Sur directamente relacionado con las gestiones de fijación de precios, compras y comercialización, para participar en una entrevista con el consultor a cargo del Estudio, mientras éste se encontraba en misión en el país.

A la entrevista solicitada por parte de la Superintendencia, el 23 de septiembre de 2013, acudió una persona designada por Operadora del Sur, quien dijo desconocer absolutamente todas las preguntas que se le formularon³, frustrando, desde ese momento inicial, el avance del estudio y causando que el viaje y estadía del consultor, pagados por el Estado, fuesen en vano en lo que respecta a la obtención de información de Operadora del Sur.

² La reunión se celebró en las oficinas centrales de Operadora del Sur, ubicadas en el Centro Financiero Gigante, Torre E, Alameda Roosevelt y 65 Avenida Norte, a la que asistieron, por cuenta de la Superintendencia de Competencia, los señores Jaime Antonio Baires Quinteros y Miguel Armando Paniagua Meléndez; y Mónica María Galdámez de Domínguez por parte de Operadora del Sur. También, vía comunicación electrónica, la entrevista se sostuvo con Alejandro Echandi, Director de Walmart para Centroamérica.

³ Reunión que se celebró en las oficinas de la Superintendencia de Competencia y a la cual asistieron, por cuenta de Operadora del Sur, la señora Mónica María Galdámez de Domínguez, y por parte de la Superintendencia de Competencia, los señores Miguel Armando Paniagua Meléndez y Eugenio Rivera Urrutia, consultor responsable del Estudio.

En vista de dicha circunstancia, veintidós días después de lo programado, es decir, el 15 de octubre de 2013, se pudo realizar una nueva entrevista, ahora virtual, entre Operadora del Sur y el consultor (a través de servicios de comunicación electrónica vía internet –Skype-)⁴, y así no atrasar más el desarrollo del estudio, ni invertir más recurso del Estado en ese aspecto.

5. Posterior a la comunicación vía Skype, mediante nota de fecha 11 de noviembre de 2013, con referencia SC/IEC/c/477/2013/mp (folios 135 a 138 del expediente administrativo), se requirió información económica y legal a Operadora del Sur, para que fuera presentada en el plazo de quince días hábiles. Esto se realizó en el mismo período en el cual fueron requeridos a presentar información para el estudio un total de 24 agentes económicos.
6. A través de carta recibida el 16 de diciembre de 2013 (agregada a folios 224 del expediente administrativo), y luego de doce días de vencido el plazo originalmente otorgado, el licenciado José Antonio Alvarado Portillo, representante legal de Operadora del Sur, solicitó una extensión de treinta días hábiles para completar el respectivo requerimiento de información.
7. Mediante nota de fecha 13 de enero de 2014, con referencia SC/IEC/c/9/2014/mp (agregada a folios 264 del expediente administrativo), se otorgó una prórroga de treinta días hábiles para entregar la información requerida, la cual se contaría desde el 4 de diciembre de 2013.
8. A través de carta recibida el 23 de enero de 2014 (agregada a folios 232 del expediente administrativo), el señor Efraín Marroquín Abarca, apoderado general y judicial con cláusula especial de Operadora del Sur, presentó

⁴ La reunión se celebró en las oficinas de la Superintendencia de Competencia, a la que asistieron, por cuenta de Operadora del Sur, los señores José Enrique Del Real, Mónica María Galdámez de Domínguez, José Antonio Alvarado Portillo, José Eduardo Ángel Maldonado y Francisco Armando Arias Rivera. Y por parte de la Superintendencia de Competencia, el señor Miguel Armando Paniagua Meléndez y, vía comunicación electrónica, Eugenio Rivera Urrutia, consultor responsable del Estudio.

objecciones a dos de los dieciocho puntos contenidos en el requerimiento de información, específicamente los numerales 16 y 17, y solicitó una nueva extensión de plazo por sesenta días adicionales para entregar la información requerida.

9. Mediante nota de fecha 4 de febrero de 2014, con referencia SC/DSC/c/33/2014/pn (agregada a folios 272 al 273 del expediente administrativo), el Superintendente de Competencia dio respuesta a las objeciones expresadas por el apoderado de Operadora del Sur, aportando los fundamentos para todo el requerimiento de información y principalmente de los numerales 16 y 17 cuestionados por parte de Operadora del Sur, concediendo una nueva ampliación del plazo para presentar la información requerida, en esta ocasión de diez días hábiles, en virtud de que los otros 23 agentes económicos requeridos si habían diligente y responsablemente cumplido con el requerimiento de información, y porque el plazo de la consultoría estaba próximo a finalizar y la institución no podía evadir ni atrasar la realización del Estudio por causa de la demandante en este proceso contencioso.
3. Sobre la base de los hechos expuestos, se pueden advertir las siguientes consideraciones que afectaron la realización del Estudio:
- a) Operadora del Sur no proporcionó ninguno de los 18 puntos requeridos en la carta de fecha 11 de noviembre de 2013 (primer acto impugnado);
 - b) Hubo retrasos en el otorgamiento de entrevistas con el personal idóneo de dicho agente económico para contestar las preguntas formuladas por el consultor internacional contratado para realizar el Estudio; la entrevista, como se dijo, se efectuó virtualmente posterior a su vista al país vía Skype; y
 - c) Operadora del Sur solicitó reiteradas prórrogas para la entrega de los requerimientos realizados, con plazos que iban más allá de los que podían ser otorgados razonablemente, y también en virtud de las fechas de finalización del contrato con el



consultor. A pesar de las prórrogas solicitadas la demandante no colaboró de ninguna forma con la Superintendencia de Competencia, ya que al final nunca cumplió con los requerimientos, poniendo en riesgo los resultados del Estudio.

4. Las situaciones descritas perjudicaron el normal desempeño de las funciones públicas de esta Superintendencia, afectando el adecuado uso de los fondos públicos y el tiempo programado para la realización del estudio. En el perfeccionamiento del contrato de consultoría, la Superintendencia de Competencia no puede disponer libremente de las condiciones originalmente pactadas para su cumplimiento (plazo, pago de servicios, entre otros), tal como se desprende de los artículos 43 y 44 letra j) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), así como de los artículos 12, 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

C. Carácter complementario de las actuaciones impugnadas

5. Para efectuar un desarrollo lógico de nuestra exposición, es importante remarcar que los actos impugnados por la parte demandante ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, son:
 - a) Nota de fecha 11 de noviembre de 2013, y referencia SC/IEC/c/477/2013/mp, suscrita por la licenciada Marlene Tobar, por medio de la cual se requirió información económica y legal a Operadora del Sur, para que fuera presentada en el plazo de quince días hábiles; y
 - b) Nota de fecha 4 de febrero de 2014, y referencia SC/DSC/c/33/2014/pn, suscrita por el licenciado Francisco Díaz Rodríguez, por medio de la cual se evacúa las objeciones sobre la relevancia de los numerales 16 y 17 del requerimiento de información expuestas por Operadora del Sur; se reiteran los fundamentos del requerimiento de información; y, por último, se ordena una nueva ampliación del plazo para presentar la información.

6. Como quedó apuntado en el auto de admisión de la demanda de este proceso, ambas notas constituyen actos de trámite dentro del Estudio. De tal forma, el requerimiento de información, en cuanto acto de trámite, no posee autonomía formal y tiene como presupuesto necesario las actuaciones previamente desarrolladas en ocasión del desarrollo del Estudio, pues no puede entenderse sino incorporado al procedimiento administrativo de elaboración del mismo. En ese sentido, existen notas previas que expresan los objetivos del Estudio e, incluso, en las entrevistas con los agentes económicos se dedica especial tiempo a explicar los fines perseguidos con el Estudio y la información que es requerida.
7. En la nota de invitación de fecha 10 de septiembre de 2013 se le advirtió a Operadora del Sur que *“el objetivo general de este esfuerzo [el Estudio] es identificar prácticas comerciales u otros aspectos que podrían representar restricciones a la competencia y al bienestar de los consumidores y de la actividad económica de los distribuidores minoristas (supermercados o mercados municipales) de bienes de consumo periódico, principalmente alimentos y productos de limpieza”*. A pesar de la advertencia apuntada, en la consecuente entrevista de fecha 15 de octubre de 2013, llevada a cabo con la licenciada Mónica María Galdamez de Domínguez, en representación del agente económico referido, manifestó no ser la persona idónea para dar respuestas, por desconocer la temática y los datos útiles al respecto, con lo que se demuestra que la demandante, a sabiendas del objeto de la entrevista, envió a una persona que desconocía los temas relacionados con el Estudio referido, frustrando con ello la diligencia.
8. Lo anterior dilató los tiempos destinados a las entrevistas y motivó una segunda invitación, tal como se demuestra con la nota de fecha 1 de octubre de 2013, la cual obligó a ejecutarse vía electrónica el día 15 de octubre de 2013, por no encontrarse el consultor en el país y, por tanto, esta se ejecutó no por su cauce ordinario.
9. Además, como acto de trámite es importante señalar que, en el curso de los procedimientos administrativos los interesados pueden mostrar su oposición o disconformidad con los actos adoptados, manifestando así su derecho a controvertir dichas actuaciones, y deja en manos

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized initial 'M' followed by a surname, possibly 'MORALES'.

de la Administración Pública dar una respuesta sobre las objeciones opuestas. Así, en el caso que nos ocupa, el 23 de enero de 2014, el apoderado de Operadora del Sur presenta objeciones a los puntos 16 y 17 del requerimiento de información y, el 4 de febrero de 2014, el Superintendente de Competencia responde a dichas objeciones, aportando la motivación adecuada y suficiente del requerimiento de información, subsanando cualquier defecto o vicio que le fuera atribuible⁵.

- ¹⁰. En tal sentido, la nota por la que se efectúa el requerimiento de información, y que resulta controvertida u objetada por el apoderado de Operadora del Sur en este proceso, se complementa con lo siguiente: (i) las solicitudes relacionadas *supra* de fechas 4 y 10 de septiembre y 1 de octubre, todas de 2013, en las cuales aparecen fundamentos sucintos pero apropiados del objeto del estudio y de la necesidad de la información a ser proporcionada por los agentes económicos involucrados en el estudio; (ii) las entrevistas realizadas, de acuerdo a las notas anteriores, donde se explicó personalmente el objetivo del estudio y la información que sería requerida para cumplir con el mismo; y (iii) la respuesta, debidamente fundamentada, que ofrece el Superintendente de Competencia a los puntos observados por Operadora del Sur.
- ¹¹. Antes de realizar la exposición de los argumentos de fondo del presente informe, es importante advertir que en sede administrativa Operadora del Sur objetó solamente los numerales 16 y 17 de los 18 puntos contenidos en el requerimiento de información. Sin embargo, en sede judicial extendió el reclamo a todo el requerimiento de información contenido en la nota de fecha 11 de noviembre de 2013, y ratificado en la nota de fecha 4 de febrero de 2014, dejando clara su renuencia total a colaborar de alguna forma con esta Institución.
- ¹². No obstante lo anterior, los suscritos nos pronunciaremos en el siguiente apartado con respecto a los actos impugnados en esa sede judicial, que comprende todos los puntos

⁵ Siempre que se posibilite la defensa del interesado, se admite que la motivación del acto originario se exprese en un acto posterior, como el que resuelve el recurso de alzada o de reposición contra el mismo. En ese sentido, Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo, Parte General, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pág. 530.

contenidos en el requerimiento de fecha 11 de noviembre de 2013 y ratificados en la nota de fecha 4 de febrero de 2014.

D. El objetivo perseguido con el estudio

- 13. En apoyo a los argumentos que fundamentan el requerimiento formulado, es conveniente exponer preliminar y sucintamente el funcionamiento del mercado y los agentes económicos que participan en el mismo.
- 14. El estudio parte del hecho de que el análisis de la distribución minorista de productos de consumo periódico de los hogares incluye dos mercados de producto diferenciados, a saber: a) el mercado “aguas arriba”, en el que participan proveedores -ya sean productores o distribuidores mayoristas- como oferentes a los mercados minoristas -entiéndase por mercados minoristas a los supermercados, mercados y tiendas-; y b) el mercado “aguas abajo”, de distribución minorista en el que las empresas venden los productos a los hogares que son los consumidores finales.
- 15. Entre los proveedores que participan en El Salvador se encuentran importantes empresas transnacionales, mientras es en el eslabón aguas abajo de la provisión minorista donde se encuentran ubicados los supermercados, mercados y tiendas.
- 16. La distribución minorista constituye el vínculo entre los proveedores y los consumidores, jugando, por lo tanto, un rol determinante en el acceso de la población a los bienes que requiere para su rutina diaria, y los cuales constituyen una importante porción de sus gastos. En caso de existir un agente con posición dominante en la distribución minorista puede haber un impacto negativo en la formación de los precios y, en consecuencia, en el bienestar del consumidor.
- 17. Para indagar en las condiciones de competencia, pues, se requiere evaluar la relación de los distribuidores minoristas (mercados, supermercados y tiendas) con los proveedores y los consumidores finales.



9

- ¹⁸. En este marco de análisis, el objetivo general del Estudio ha sido identificar cualquier aspecto que pudiera estar ocasionando daños a la dinámica competitiva y que, por tanto, pudiera generar un daño al bienestar del consumidor (objetivos perseguidos por la Ley de Competencia).
- ¹⁹. En estos mercados analizados, la teoría económica plantea que las distorsiones de la competencia pueden provenir, entre otros, por una excesiva imposición de condiciones desfavorables hacia los proveedores por parte de los distribuidores minoristas (entre ellos los supermercados), por ejemplo: trato discriminatorio, inexistencia de contratos o cláusulas abusivas en cuanto a las políticas de pago atrasado, manejo de averías, tiempos de entrega, etc. De darse algunas de estas condiciones desfavorables se afectaría potencialmente el funcionamiento de los mercados aguas arriba de los cuales se abastecen los distribuidores minoristas. Esto podría devenir en la salida de proveedores, así como en una reducción de la oferta y su consiguiente incremento en los precios, dañándose la eficiencia económica.
- ²⁰. El funcionamiento de estas relaciones entre proveedor-distribuidor minorista afecta, bajo ciertas circunstancias, o se refleja, en el proceso de formación del precio al consumidor final, permitiendo que se generen rentas extraordinarias por parte de los distribuidores minoristas (entre ellos los supermercados) que no se corresponden con un mercado competitivo y que afectan el bolsillo de los consumidores.
- ²¹. Luego de identificar cómo es la relación entre esos dos eslabones es necesario establecer el proceso de formación de los precios hacia el consumidor final para determinar, entre otras cosas, el poder de mercado⁶ o posición dominante de los agentes económicos, entre otros objetos del Estudio.

⁶ En términos sencillos poder de mercado es la capacidad de un agente económico de elevar sus precios por encima de su nivel competitivo.

II. ARGUMENTOS DE RESPUESTA A LOS SUPUESTOS VICIOS DE LEGALIDAD

22. Luego de haber expuesto los aspectos fácticos del desarrollo del Estudio que corresponden con los actos impugnados por Operadora del Sur, a continuación se plantean los argumentos de razón que demuestran la plenitud del sometimiento al Derecho y el cumplimiento de la legalidad de los actos impugnados.

A. Sometimiento pleno al principio de legalidad: la discrecionalidad para requerir información en el marco de facultades regladas

23. Para el ejercicio de sus funciones de supervisión y vigilancia, la Superintendencia de Competencia cuenta con facultades para solicitar datos, información, documentación y colaboración a los agentes económicos⁷, en ocasión de los estudios sectoriales. La legitimidad de estos mecanismos se enmarca en los arts. 1, 4, 13 literal c), y 14 literal b), de la LC; y 7 y siguientes del Reglamento de la LC.

24. La regulación del requerimiento de información resulta suficientemente flexible, dejando a la estimación de la Superintendencia de Competencia suficiente margen de apreciación para resolver el uso que de ella habrá que hacer en cada caso concreto⁸. Ciertamente la potestad de requerir información es una facultad discrecional⁹, la cual se ejerce en función de las circunstancias y estimaciones de oportunidad para los intereses públicos o según la

⁷ Para la eficacia de la supervisión y vigilancia de los mercados, los arts. 38, inciso 6º, y 50 de la LC disponen el deber público de colaboración a cargo de las instituciones gubernamentales, autoridades y ciudadanos, con el correspondiente desarrollo reglamentario en el art. 9 del Reglamento de la Ley. En virtud de este deber, los agentes económicos están obligados a facilitar a la Superintendencia información necesaria para conocer las condiciones de competencia en un determinado sector.

⁸ Las facultades legales otorgadas son amplias y autorizan a la Superintendencia para requerir toda la documentación que considere necesaria, para promover, proteger y garantizar la competencia... (Sala de lo Contencioso Administrativo, 15-2009. 29 octubre 2012).

⁹ La discrecionalidad es jurídicamente aceptada, permitiéndole a la Superintendencia elegir los medios más adecuados para enfrentar las situaciones que conoce (Sala de lo Contencioso Administrativo, 63-2009. 11 noviembre 2011).

valoración técnica, jurídica y económica que le corresponde realizar a la propia Superintendencia de Competencia.

- ²⁵. Como queda advertido, en el caso del requerimiento de información efectuado a Operadora del Sur, existe una habilitación positiva a favor de la Superintendencia de Competencia, la cual se encuentra orientada a la consecución de intereses generales (sociales y de orden público), como son la tutela de las condiciones de competencia de los mercados o de determinadas actividades económicas. Para ello, el art. 11 del reglamento de la ley plantea que los estudios sectoriales que desarrolle la institución contendrán, entre otros, "(...) las principales variables que incidan sobre la oferta y demanda del bien o servicio en cuestión; así como los principales agentes económicos que integren los diferentes mercados de todos los componentes de la cadena de valor (...). Continúa el artículo " En dichos estudios, se tipificarán las actividades económicas y principales agentes involucrados; se identificarán posibles prácticas anticompetitivas; se analizará el grado de contestabilidad de los diferentes mercados; se determinará el mercado relevante y la existencia de poder de mercado sustancial de los participantes en el sector correspondiente; se evaluarán las políticas públicas y la legislación sectorial y general que dan marco institucional y legal a la actividad; se identificarán las principales barreras normativas y económicas a la competencia...(...).
- ²⁶. No obstante, se trata del ejercicio de una facultad discrecional, los requerimientos de información efectuados corresponden a información económica, financiera y legal, cada uno de los cuales se efectuaron con la finalidad de analizar todos los aspectos de competencia que jurídicamente se han establecido para que la institución efectúe un dictamen técnicamente sólido sobre las condiciones de competencia de los mercados. Es decir que, basándose en el objetivo perseguido por el Estudio y en cada uno de los aspectos que habrán de analizarse, el requerimiento de información resulta racional a los intereses generales a los que sirve.
- ²⁷. La principal información que se necesita para el desarrollo de los estudios, solamente se encuentra en poder de los agentes económicos que participan en la distribución minorista

de productos de consumo periódico y en mercados relacionados a dicha actividad como lo es el de la provisión de los bienes. El formal requerimiento de la información bajo ninguna circunstancia condiciona u obstaculiza las actividades comerciales de Operadora del Sur y es proporcional y acorde a los fines perseguidos por el Estudio (y por cualquier estudio similar a nivel internacional).

28. En este contexto, se puede concluir que el requerimiento de información impugnado se encuentra plenamente apegado a la legalidad, en cuanto (i) se adopta en los márgenes de las potestades discrecionales que dispone la Superintendencia de Competencia; (ii) se libra en función de un interés público dispuesto en la misma normativa constitucional y legal de defensa de la competencia; y (iii) resulta completamente proporcional y apegado a los fines perseguidos y elementos de una evaluación técnica seria de las condiciones de competencia.

B. La adecuada motivación del requerimiento de información

29. Para determinar el desempeño de los mercados en El Salvador, el nivel de competencia, y diagnosticar y proponer medidas necesarias para fortalecer y mejorar las condiciones de rivalidad, la Superintendencia de Competencia necesita y está facultada para elaborar estudios sectoriales¹⁰, para lo cual requiere información diversa sobre variables económicas determinantes de la competencia en los mercados, tanto de los agentes económicos involucrados en las respectivas actividades, como de las instituciones públicas reguladoras, en caso que existan.
30. A efecto de contar con dicha información, para el Estudio se entrevistó –como se dijo, vía Skype- a Operadora del Sur, luego se formuló el requerimiento de información de fecha 11

¹⁰ A la fecha, la Superintendencia de Competencia ha realizado 18 estudios sobre condiciones de competencias en los siguientes mercados o actividades: (1) Transporte terrestre de carga, (2) Combustibles líquidos, (3) Electricidad, (4) Telecomunicaciones, (5) Avícola, (6) Gas licuado de petróleo, (7) Medicamentos I, (8) Medicamentos II, (9) Agroindustria azucarera, (10) Agroindustria arrocera, (11) Fertilizantes, (12) Agroindustria de la leche, (13) Agroindustria de quesos, (14) Hierro y acero, (15) Tarjetas de crédito y débito, (16) Seguros, (17) Transporte aéreo de pasajeros y (18) Aceites y grasas comestibles. Los informes de resultados de dichos estudios pueden ser consultados en la siguiente dirección electrónica: http://www.sc.gob.sv/dirs.php?ld=28&ld_menu=306010



de noviembre de 2013, y posteriormente la nota del Superintendente de Competencia del 4 de febrero del presente año. En esta última fueron aportados suficientes elementos de hecho y fundamentos de derecho que motivan el requerimiento de información impugnado por Operadora del Sur. Ahora retomamos dichos argumentos para hacer constar su formulación y, en su caso, la debida y oportuna reparación de posibles omisiones.

31. Cabe señalar que, como lo establece la doctrina, en los actos de la Administración basta que la motivación sea sucinta con referencia de hechos y fundamentos de derecho¹¹. Y en el caso que nos ocupa, la motivación resulta suficientemente expresiva e indicativa de las razones jurídicas y técnicas aplicadas al caso concreto del mercado de la distribución minorista de productos de consumo periódico.
32. La nota del Superintendente de Competencia del 4 de febrero del presente año formaliza la motivación requerida por Operadora del Sur, cuando relaciona los supuestos jurídicos que enmarcan los requerimientos de información, el deber de colaboración de los agentes económicos y la garantía de protección de la información suministrada. Ahí también se expone la justificación técnico-económica para el desarrollo del estudio, con referencia al Acuerdo No. SC-08/2013 Bis, de fecha 1 de marzo de 2013¹².
33. De acuerdo a todo lo anterior, se puede observar que el Superintendente de Competencia advirtió que “...la distribución minorista de los productos de consumo periódico incluye dos mercados de producto diferenciados: por una parte, los mercados ascendentes de abastecimiento y, por otra parte, los mercados descendentes de distribución de productos a los hogares. Las diferencias entre estos mercados se diluyen por la participación de algunos distribuidores minoristas en la producción de bienes, lo cual puede generar efectos positivos así como preocupaciones en términos de competencia. Además, desde una perspectiva estrictamente técnica, la relevancia específica del requerimiento objetado

¹¹ Al respecto, puede consultarse a (i) Eduardo García de Enterría y otro, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2008, pág. 546 y siguientes; (ii) Miguel Sánchez Morón, Opus Cit., pág. 530; y (iii) Eladio Escusol Barra y otro, Derecho Procesal Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, Madrid, 1995, pág. 95.

¹² La doctrina admite la motivación por referencia, siempre que se incorporen al texto del acto administrativo. En tal sentido, Eladio Escusol Barra y otro, Ibíd., pág. 95.

consiste en disponer de datos que permitan analizar el poder de compra y negociación de los distribuidores minoristas respecto a los proveedores. En tal sentido, es necesario tener información sobre las condiciones que se exigen a los proveedores para exhibir sus productos en los anaqueles, así como las condiciones que deben cumplir para acceder a espacios preferenciales de exposición”.

- ^{34.} Estos argumentos reiterativos con los expresados en las diligencias administrativas previas –a los actos aquí impugnados–, que realizó esta Superintendencia, fundamentan la realización de los actos de trámite que impulsan el estudio hasta su fin, legitimando, para el caso en comento, el requerimiento de información.
- ^{35.} Como se advierte, se expuso argumentos de razón que justificaba la adopción del requerimiento de información formulado a Operadora del Sur, apuntando que la distribución minorista de productos de consumo periódico incluye dos mercados de producto diferenciados y como se pueden generar algunos efectos positivos o preocupaciones en términos de competencia.
- ^{36.} En la misma nota se señaló que la información requerida era (y es) indispensable para analizar el poder de compra y negociación de los distribuidores minoristas respecto a los proveedores. En tal sentido, era (y es) necesario tener información sobre las condiciones que se exigen a los proveedores para exhibir sus productos en los anaqueles, así como las condiciones que deben cumplir para acceder a espacios preferenciales de exposición. Sólo a través de esta información puede apreciarse las condiciones de competencia en la distribución minorista de productos de consumo periódico.
- ^{37.} Por todo lo antes expuesto, resulta evidente que el requerimiento de información se encuentra debidamente motivado, dado que en el desarrollo del estudio se han aportado razones que lo justifican, entre ellas, las expresadas en las entrevistas efectuadas entre representantes de Operadora del Sur y personal de la Superintendencia de Competencia, en las correspondencias marcadas con las referencias SC/IEC/c/300/2013/mp,



SC/IEC/c/333/2013/mp, SC/IEC/c/451/2013mp y SC/DSC/c/33/2014/pn, esta última, uno de los actos impugnados.

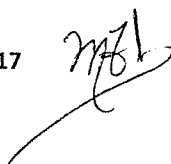
- ³⁸. Conviene apuntar que el mismo requerimiento se efectuó a otros veintitrés agentes económicos, sin que ninguno de ellos expresara objeción a su cumplimiento; todo lo contrario, la información fue entregada oportunamente. La colaboración de todos estos agentes económicos permitió obtener información de los proveedores de Operadora del Sur, lo que posibilitó alcanzar ciertas conclusiones en relación a algunos de los aspectos estudiados. Sin embargo, es importante aclarar que de no haber contado con la información de estos últimos hubiese sido imposible finalizar el Estudio, ya que debido a la importancia que tiene Operadora del Sur en el mercado mencionado, su falta de colaboración pudo tener repercusiones tales como imposibilitar el estudio integral de las condiciones de competencia, poniendo en peligro los recursos del Estado destinados a ese proyecto.
- ³⁹. En conclusión, los argumentos expuestos en este punto y en el anterior demuestran que el requerimiento de información fue debidamente justificado, y se corresponde con información pertinente para la evaluación de cada uno de los aspectos necesarios para identificar las condiciones de competencia, despejándose cualquier sospecha de arbitrariedad.

C. Inexistencia del daño alegado por la parte recurrente

- ⁴⁰. Es oportuno señalar que Operadora del Sur no ha argumentado apropiadamente cuál es la indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos protegidos por el ordenamiento jurídico que, de forma directa, han sido o podrían ser violentados por el requerimiento de información. En efecto, dicho agente económico únicamente señaló dos cosas:
- a) Que la advertencia formulada por el Superintendente de Competencia “*rebasan la previsibilidad de intención*”, pues cuando el referido funcionario manifestó que una vez vencido el plazo para presentar la información requerida, en caso de

incumplimiento, se procedería conforme corresponde legalmente, estaba asumiendo a priori una falta de colaboración que motivaría un procedimiento administrativo sancionador y la ejecución del requerimiento de información.

- b) Que el requerimiento de información afecta los principios de seguridad jurídica y legalidad, con lo cual deviene el ejercicio arbitrario de la facultad discrecional.
41. Respecto de que la advertencia apuntada por el Superintendente de Competencia rebasa la previsibilidad de intención, asumiendo una falta de colaboración que motivaría un procedimiento administrativo sancionador y la ejecución forzosa del requerimiento de información, según la demandante por medio de un allanamiento, es necesario advertir a esa Sala que dicha aseveración resulta conveniente para los argumentos de la pretensora, pero obvia que la locución adverbial “en caso de incumplimiento”, empleada en la nota impugnada, introduce una expresión condicional, que solo advierte los riesgos jurídicos si se llegase a incumplir con el requerimiento.
42. De tal forma, la nota del Superintendente de Competencia contiene, entre otras cosas, un recordatorio de la existencia de un deber de colaboración, para inmediatamente apuntar que, llegado el caso de un incumplimiento, si es que éste llegase a surgir, la existencia de las consecuencias jurídicas correspondientes (para el caso, la posibilidad de imponer multa por incumplir el deber de colaboración). Dicha declaración no es más que una manifestación de lealtad y transparencia en la actuación de la Administración Pública, donde se apunta que llegado el caso, y únicamente bajo el supuesto de un posible incumplimiento, la Superintendencia de Competencia no podría obrar sino como le manda la ley. En este caso, no se puede asumir un perjuicio por la advertencia de la sujeción al Estado de Derecho, ni puede alegarse que representa un daño en su esfera jurídica.
43. En relación a la supuesta afectación de los principios rectores del Derecho (seguridad jurídica y legalidad) y a la violación, abuso y ejercicio arbitrario de la facultad discrecional (haciendo referencia incorrecta al art. 44 de la LC –aplicable sólo a los procesos



sancionatorios por prácticas anticompetitivas, no a los estudios sectoriales), se advierte que Operadora del Sur no relaciona de qué manera o forma el requerimiento modificaría su situación jurídica, como se demostrará a continuación.

44. Apunta la demandante que es inminente que la Superintendencia llevaría a cabo acciones para ejecutar el requerimiento de información y realizar un allanamiento con los mismos fines. Al respecto, es necesario señalar que, en ocasión de los estudios sectoriales de mercado, ni la Ley de Competencia ni su reglamento comprenden facultades para allanar u obtener de manera compulsiva información de los agentes económicos¹³. De tal manera, como en este caso no es posible ejercer actos compulsivos para obtener la información (como el allanamiento), el daño inminente argumentado por el demandante resulta totalmente inexistente, queriendo con ello sorprender la buena fe de esa Sala.
45. En tal sentido, la pretensora no ha expresado argumentos adecuados para acreditar cuál es el daño irreparable o de difícil reparación que se le ocasionaría al cumplir con el suministro de información requerida, habiéndose limitado a expresar argumentos manifiestamente erróneos. Como ya se apuntó en los párrafos anteriores, es importante recalcar que el recordatorio del sometimiento al Estado de Derecho constituye una manifestación garantista del acatamiento de la Superintendencia de Competencia a la ley. Además, los allanamientos son pertinentes en otro tipo de procedimientos, distintos a los estudios de mercado.
46. En ese sentido se demuestra que Operadora del Sur no acreditó cuál es el supuesto daño provocado por el requerimiento de información y que incluso resulte superior al interés social o al orden público.
47. Al contrario, el daño lo sufrió la Superintendencia de Competencia y el Estado, al no haber podido estudiar a fondo las condiciones de competencia. En específico no se pudo evaluar el fenómeno de las marcas de tienda para el demandante, no se pudo evaluar la

¹³ Los allanamientos constituyen diligencias probatorias útiles para recabar evidencias en caso de un procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas.

concentración del mercado aguas abajo, y no se pudo evaluar la dependencia de esta con sus proveedores, ya que no se conoció quiénes son, ni las cantidades que proveen.

48. Así mismo la Institución podría tener repercusiones futuras, tales como el hecho que otros agentes utilicen, como estrategia, el accionar del demandante para no cooperar con la Superintendencia de Competencia en alguna investigación de prácticas anticompetitivas, de concentraciones económicas y de estudios sectoriales futuros, frustrando con esto el objeto de la Ley.

D. Mecanismos de garantía para preservar la información aportada

49. En todo caso, es necesario señalar que si bien es cierto el requerimiento es un acto de trámite, su formulación se realiza en el marco de diferentes mecanismos de garantía que procuran evitar la indefensión y perjuicios a los derechos e intereses de los requeridos, a saber:

- a) El art. 9, inciso tercero, del Reglamento de la LC, establece que la información requerida sólo puede ser usada para los fines para los que es recabada. Esta regla entraña la prohibición de emplear la información recolectada con un propósito diferente a la finalidad original.
- b) Los artículos 13 literal f) y 18 de la LC, y 9 de su reglamento, reforzados con la Ley de Acceso a la Información Pública, establecen mecanismos que tienden a garantizar la confidencialidad de la información que proporcionan los agentes económicos en virtud de los requerimientos formulados¹⁴, protegiendo la información recolectada frente intromisiones de terceros.

¹⁴ En un sentido similar se pronuncia la doctrina. Al respecto, Miguel Sánchez Morón, Opus Cit., pág. 642, y Eladio Escusol Barra y otro, Opus Cit., pág. 349.



- ^{50.} La información recopilada se procesa y presenta de manera agregada sin que de su presentación pueda inferirse el comportamiento de un agente económico en particular. Es por ello que para el estudio en referencia se requirió información a un total de 24 agentes económicos: 4 Supermercados, 6 Productores avícolas, 4 Productores lácteos, 5 Productores y distribuidores multiproducto, 3 empresas estrictamente dedicadas a la comercialización y distribución de productos de consumo periódico, y 2 empresas productoras de granos básicos. Además se entrevistaron en total 25 agentes, de los cuales 4 eran supermercados, 5 distribuidores multiproducto, 5 productores, 5 oficinas gubernamentales, 2 organizaciones no gubernamentales, 2 académicos, 1 distribuidor mayorista y 1 propietario de tienda de colonia.
- ^{51.} Es de hacer notar que el volumen amplio de requerimientos escritos y entrevistas efectuadas en los estudios es precisamente con la finalidad de obtener la información necesaria para lograr conclusiones sólidas sobre el funcionamiento global del mercado, y no con la finalidad de obtener datos sobre un particular agente en el mercado. También es importante resaltar que el requerimiento efectuado a Operadora del Sur es el mismo que se hiciera a las otras 3 cadenas de supermercados y que ninguno de estos presentó objeción alguna a su entrega.
- ^{52.} Las reglas antes apuntadas y la metodología aplicada en el procesamiento de la información tienden a potenciar la prevención para disipar cualquier perjuicio que pudieran vislumbrarse en los agentes económicos. En este sentido, no existe indefensión o perjuicio irreparable a los derechos de Operadora del Sur, pues el uso privativo de la información para los fines del estudio, la metodología aplicada que asegura el anonimato de los agentes económicos, y el deber de protección o reserva de la información proporcionada por los agentes económicos, aseguran y evitan el supuesto perjuicio aducido por la demandante.
- ^{53.} En conclusión, no procede la impugnación autónoma de los actos adversados, ya que por su naturaleza no se ha producido indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de Operadora del Sur. En todo caso, llegado el incumplimiento, si es que éste surge, se abre la posibilidad de abrir un procedimiento sancionatorio por incumplimiento

del deber de colaboración (en el cual no se discute la comisión de prácticas anticompetitivas).

- 54. Además, es necesario traer a colación que los términos del requerimiento de información a Operadora del Sur concedieron amplios márgenes para optar por diferentes posibilidades de informar a la Superintendencia, por lo que Operadora del Sur pudo escoger aquellas alternativas que menos condicionara u obstaculizara su actividad empresarial.
- 55. De la relación de argumentos anteriormente anotados se colige que, en el caso de referencia, no concurre ninguna de las condiciones que permita la impugnación del requerimiento de información librado contra Operadora del Sur y, en consecuencia, los actos adversados son con estricto apego a la ley y así deberá ser considerado.

III. CONSIDERACIONES FINALES

- 56. Estimamos que las alegaciones aportadas en el presente escrito son suficientes para desestimar la demanda presentada por Operadora del Sur, advirtiendo preliminarmente la incongruencia de sus objeciones, pues en sede administrativa objetó los numerales 16 y 17 de la nota de fecha 11 de noviembre de 2013, y en sede judicial aduce la ilegalidad de todo el requerimiento de información.
- 57. El requerimiento de información a un agente económico es una facultad legal reconocida por esa Sala¹⁵, que atiende a una de las funciones inherentes de la Superintendencia de Competencia, relativa al deber de tutela de la competencia y de los intereses públicos protegidos no sólo mediante la Ley de Competencia sino en la Constitución, cuando reconoce, en su art.110, la importancia de garantizar la libertad empresarial y la protección del consumidor, mediante la prohibición de prácticas monopolísticas.

¹⁵ Sentencias emitidas en los procesos contencioso administrativo: (a) 259-2007 de fecha 1 de marzo de 2011 y (b) 15-2009 de fecha 29 de octubre de 2012.

- ^{58.} El requerimiento de información por parte de esta Superintendencia, en el marco de la realización de monitoreos y estudios de mercado, constituye una atribución que materializa la supervisión y vigilancia de las condiciones de competencia de los mercados, encaminadas precisamente a procurar el bienestar de los consumidores y el ejercicio efectivo de la libertad empresarial sanamente ejercida en el mercado por los diversos agentes económicos. Sin información y datos adecuados resultaría imposible diagnosticar el desempeño de los mercados o de determinadas actividades económicas y, en consecuencia, imposible aportar recomendaciones para fortalecer y mejorar las condiciones de competencia en los mismos, y más difícil detectar comportamientos que posiblemente falseen los procesos de mercado.
- ^{59.} *La demandante no aportó ningún elemento de juicio para establecer en qué medida el supuesto daño provocado por el requerimiento de información se sobrepone al interés social o al orden público, dejando a la Superintendencia de Competencia, y a esa Sala, la tarea de evaluar el equilibrio entre el requerimiento realizado a Operadora del Sur y la garantía de los intereses generales y la buena administración.*
- ^{60.} Queda patente que en el desarrollo del estudio, y en el caso específico del requerimiento de información efectuado a Operadora del Sur, hubo el espacio para que ésta mostrara su oposición o disconformidad, por lo que no es cierto, como se dice en el escrito de demanda, que dicha sociedad no tuviera oportunidades reales de defensa. Tampoco Operadora del Sur ha acreditado, aportado pruebas o argumentos de razón sobre los supuestos equívocos cometidos por la Superintendencia de Competencia al aplicar la discrecionalidad administrativa, limitándose a señalar que hubo un ejercicio violatorio, abusivo y arbitrario de la misma, derivado de una reiterada alusión de una falta de motivación.
- ^{61.} El Estudio, dada su complejidad, se ha ejecutado bajo la modalidad de una consultoría, habiéndose comprometido su realización en un plazo determinado y según el pago de una determinada contraprestación a un tercero. Sin embargo, a pesar de la concesión de dos prórrogas y un periodo de más de cinco meses desde el requerimiento original, Operadora del Sur demostró una completa falta de cooperación, que ha perjudicado el normal



desempeño de las funciones públicas de la Superintendencia de Competencia, habiendo puesto en riesgo la inversión que ha efectuado el Estado salvadoreño para el estudio de la referida actividad.

- 62. De acuerdo a la exposición argumentativa desarrollada en este informe, se han aportado las razones que justifican el requerimiento de información, acreditando que se encuentra debidamente motivado y, por tanto, apegado a los principios de legalidad y seguridad jurídica, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo a la Sala de lo Contencioso Administrativo apreciar que se ha actuado dentro de los límites del Derecho.

Con base en lo anterior, con todo respeto, **PEDIMOS:**

- a) Se admita el presente escrito;
- b) Tenga por rendido de manera conjunta el informe requerido a cada uno de nosotros; y
- c) En su oportunidad, pronuncie sentencia definitiva declarando la legalidad de los actos reclamados.

Suscrito en Antigua Cuscatlán, para ser presentado en San Salvador, el día ocho de septiembre de dos mil catorce.

[Handwritten signature]  *[Handwritten signature]* 

Presentado a las catorce horas veintiséis minutos del diez de septiembre de dos mil catorce, por **Gerardo Daniel Henríquez Angulo**, de cuarenta y dos años de edad, Abogado, del domicilio de La Libertad, a quien identifiqué por medio de su **DUI** número [REDACTED] en original y cuatro copias, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley.

