

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las diez horas y treinta minutos del día cuatro de octubre de dos mil once.

1. El presente recurso de revisión se inició por medio de los escritos presentados el día nueve de septiembre del corriente año por Julio Antonio Robles Román, en representación de Empresa Salvadoreña Portuaria de Acajutla, S. A. DE C. V. –en adelante Espac–; y Douglas Gabriel Campos López, en representación de Servicios Portuarios Salvadoreños, S. A. DE C. V. –en adelante Serporsal–, mediante los que impugnan, en revisión, la resolución definitiva emitida por este Consejo Directivo el día treinta de agosto de dos mil once.

I. Argumentos planteados en los recursos de revisión

A. Argumentos Planteados por Espac

2. El representante de Espac manifiesta que “se ha condenado a la Sociedad que represento, en base a pruebas que realmente son muy generales y en algunos casos hasta vagas y confusas, las cuales para no ser consideradas como tal deben y necesitan valorarse congruentemente como un todo con otras pruebas, que ni han sido mencionadas y mucho menos tomadas para su respectiva valoración (...) el Consejo Directivo dentro del sistema de valoración de prueba utilizado omitió la aplicación de la sana crítica”.

3. Por otra parte, el señor Robles Román añade que “no es congruente lo expresado por el Consejo Directivo en su resolución final, porque, por una parte afirma que los acuerdos entre competidores (...) acarrean poder de mercado, despilfarro e ineficiencia, lo cual no es cierto, ya que el Puerto de Acajutla en la actualidad es mucho más eficiente que de años atrás, según estadísticas de CEPA”.

4. En consecuencia, lo antes expuesto –a su criterio- “deja al descubierto que se está atentando en contra de la seguridad jurídica y derecho de defensa de mi representada, y más grave aún, con el debido proceso que debió configurarse con la resolución final dictada por el Consejo Directivo, ya que se ha valorado la prueba de forma parcializada”.

5. En conclusión, se puede aseverar que el recurso de revisión de Espac se fundamenta en los siguientes argumentos:


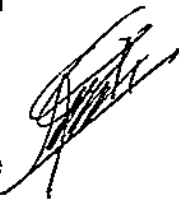

a) Que el Consejo Directivo, dentro del sistema de valoración de prueba utilizado, omitió la aplicación de la sana crítica y la prueba se valoró de forma parcializada.

b) Que el Consejo Directivo fue incongruente en su resolución, pues expuso que los acuerdos entre competidores son ineficientes y el Puerto de Acajutla en la actualidad es mucho más eficiente que años atrás.

B. Argumentos planteados por Serporsal

6. Serporsal manifiesta que “ese Consejo resolvió declarar la culpabilidad de la sociedad S.E.R.P.O.R.S.A.L., S. A. DE C. V. con un análisis técnico, jurídico y económico de competencia, en el cual no se tomó en consideración sobre la documentación, pruebas y declaraciones hechas por mi representada y el anterior Representante Legal de la misma, respectivamente”.

7. Por otra parte, el representante legal de Serporsal asevera, respecto a la aplicación de la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, que “ese Consejo en su resolución claramente ha identificado a la Sociedad que represento como no competidora con la Sociedad ESPAC, S.A. DE C.V., por lo que existe clara contradicción con el supuesto contenido en el Artículo especificado en el párrafo que precede”.

8. Serporsal argumenta que el Consejo Directivo tenía por objeto de investigación determinar la posible existencia de un acuerdo de precios, ofertados entre los agentes económicos investigados, por lo que "debe evaluarse que determinar 'la posible existencia', como objeto de una investigación atenta contra la seguridad jurídica, no demuestra certeza para imponer una sanción".
9. Añade el recurrente que "la prueba más contundente es que, tal como ese Consejo lo ha expuesto, se presentaron trece empresas a retirar bases (...) en ese sentido, se demuestra que sí existe competencia, o al menos existe una cantidad considerable de agentes económicos capaces de realizar tal actividad".
10. Por otra parte, Serporsal expuso que "la oferta presentada por mi representada no tiene vinculación con alguna otra oferta presentada en la licitación en comento, puesto que técnicamente su contenido era distinto, incluso al de la oferta presentada por ESPAC". 
11. Así mismo manifestó que "ese Consejo con la evaluación superficial de constitución de ambas sociedades ha determinado la existencia de un acuerdo. En el mismo sentido argumentó una de las pruebas para confirmar la existencia de un acuerdo colusorio, entre otras cosas, la 'Memoria de Labores' presentada por mi representada". 
12. Serprosal arguyó que "basta con verificar la documentación financiera y operativa de mi representada para confirmar que no es coincidente con la de ESPAC (...) su representada es una sociedad independiente a todas las demás".
13. Otro aspecto relacionado por la recurrente fue que de la declaración vertida por el representante legal se sustrae que éste respondió que sí, cuando se le preguntó si le llamó la atención los índices salariales iguales entre las investigadas, por lo que "puede deducirse que no tenía conocimiento del índice que presentaría la otra empresa". 

14. Por otra parte, manifestó que "si todos los ofertantes hubiesen propuesto dicho mínimo en virtud de sus posibilidades económicas y técnicas (...) eso no quiere decir por supuesto que los ofertantes han fijado precios".
15. Con respecto al proceso seguido por Cepa para adjudicar la licitación, expuso que con ello "no se le ha ocasionado un perjuicio económico alguno a CEPA ni al Estado".
16. En otro orden de ideas, en cuanto al índice salarial expuso que "resulta lógico, puesto que el mismo se encuentra plasmado en la oferta de cada participante".
17. Finalmente aseveró, con respecto al número de agentes económicos que participaron en dicho mercado, que "se relacionó la existencia de agentes económicos suficientes, puesto que resulta lógico que exista un número limitado de competidores (...) y es en ese caso que debería realizarse el análisis de la presente investigación, puesto que entre más especializado es el campo, más reducido es el número de participantes".
18. Por lo anterior, se puede concluir que los argumentos de defensa de Serporsal se resumen en los siguientes:
 - a) Que el Consejo Directivo no tomó en consideración la documentación, las pruebas y las declaraciones hechas por el anterior representante legal. La prueba no fue evaluada de forma objetiva. Únicamente con la evaluación superficial de constitución de ambas sociedades, se ha determinado la existencia de un acuerdo y con la memoria de labores.
 - b) Que de acuerdo a la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, el Consejo Directivo, en su resolución, claramente ha identificado a Serporsal

como no competidora con Espac. No son coincidentes ambas sociedades según la documentación financiera y operativa.

- c) Que determinar la "posible existencia" de una práctica, como objeto de una investigación, atenta contra la seguridad jurídica.
- d) Que la prueba más contundente de que el proceso fue competitivo es que se presentaron trece empresas a retirar bases, lo que demuestra que sí existió competencia en dicha licitación.
- e) Que según declaración del representante legal, puede deducirse que no tenía conocimiento del índice que presentaría la otra empresa.
- f) Que no se ha ocasionado un perjuicio económico alguno a Cepa ni al Estado, por el contrario, el procedimiento para adjudicar la licitación ha sido competitivo.
- g) Que la oferta de Serporsal no tiene vinculación alguna con la oferta presentada por Espac, pues es una sociedad independiente a todas las demás.
- h) Que el índice salarial es idéntico, pues el mismo se encuentra plasmado en la oferta de cada participante.
- i) Que los ofertantes pudieron proponer el mínimo en la licitación y eso no hubiera indicado una fijación de precios.
- j) Que existe un número limitado de competidores debido al especializado campo en el que se desarrolló dicha licitación.

II. Análisis de los argumentos de los recurrentes

19. Habiéndose expuesto los motivos por los cuales los intervinientes señalados impugnan la resolución final emitida por este Consejo Directivo, a través de la cual se condenó a Espac y Serporsal a pagar una multa de dieciocho salarios mínimos mensuales en la industria, respectivamente, que equivalen a tres mil seiscientos cincuenta y cinco dólares de los estados unidos de América con ochenta centavos (\$3,655.80), por haberse comprobado la comisión de la práctica anticompetitiva descrita en la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, corresponde ahora examinar y decidir respecto de cada uno de ellos.
20. En ese sentido, se analizarán los argumentos en forma separada desde un punto de vista económico y jurídico, tomando como base lo establecido en la Ley de Competencia y su reglamento, así como lo prescrito en el derecho común cuando éste fuere aplicable.

A. Sobre las alegaciones hechas por Espac

- a) De acuerdo a la recurrente, el Consejo Directivo, dentro del sistema de valoración de prueba utilizado, omitió la aplicación de la sana crítica y la prueba se valoró de forma parcializada.
21. Sobre este punto, debe aclararse que el sistema de valoración de prueba que la Ley de Competencia establece es la sana crítica, tal como lo describe el inciso 3 del artículo 45, por ello, tanto las declaraciones como el resto de prueba incorporada al expediente, fueron examinadas de manera integral y en la resolución impugnada constan únicamente los elementos que –luego de haber sido analizados– eran consecuentes y coherentes con el objeto de la investigación.
22. Lo anterior significa que, tal como ha sostenido la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el sistema de la sana crítica, utilizado en la resolución impugnada, se evaluaron “las pruebas en conjunto, haciendo una unión intrínseca”, aplicando

todo al caso en concreto (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo 25-XI-1999, Ref. 36-L-98).

23. En virtud de lo anterior, en la resolución impugnada se expusieron los elementos probatorios, para luego determinar que efectivamente Espac y Serporsal sí cometieron la práctica anticompetitiva prohibida en el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia. A la anterior conclusión llegó este Consejo Directivo luego de realizar el respectivo análisis, bajo la óptica de la sana crítica, de todos los elementos aportados por los intervinientes en el procedimiento antes mencionado.
- b) Según Espac, el Consejo Directivo fue incongruente en su resolución, pues expuso que los acuerdos entre competidores son ineficientes y el Puerto de Acajutla en la actualidad es mucho más eficiente que años atrás.
24. En cuanto a este punto, es dable manifestar que Espac confunde el significado de eficiencia, en cuanto que el mismo concepto puede ser aplicado al manejo de una empresa y al funcionamiento de los mercados, entre otros.
25. Cuando se hace referencia a la eficiencia de una empresa (aplicable al caso del puerto de Acajutla como empresa) se pueden encontrar innumerables definiciones, no obstante, todas hacen alusión básicamente a utilizar los recursos de la empresa de la manera más adecuada que permita obtener los mejores resultados económicos (en términos de desempeño, rentabilidad, etc.).
26. La pérdida de eficiencia que se describe en la resolución, se refiere a la que se genera en los mercados, cuando existen acuerdos horizontales, en comparación a los resultados que se obtienen en mercados en competencia. Cuando los agentes desarrollan su actividad económica en un mercado en condiciones de competencia, los participantes deciden libremente qué, cómo, cuánto y a qué precio ofrecer sus bienes y servicios.

27. En un mercado como el descrito, el sistema de precios es el mejor indicador del valor de los bienes de una economía, ya que orienta los factores de producción a aquellos sectores donde estos son más apreciados. Al mismo tiempo, los precios determinan las decisiones de consumo de las personas. Si el precio de un bien supera el valor que dicho bien tiene para un consumidor (valor máximo que está dispuesto a pagar por el bien o servicio), este optará por no adquirirlo. Por el contrario, si el precio de un bien se encuentra por debajo del valor que dicho bien tiene para el consumidor, este optará por adquirirlo, originándose de esta forma un excedente o bienestar para el consumidor¹.
28. De esta forma, los desbalances entre oferta y demanda se ajustan mediante variaciones en precios y cantidades ofertadas y demandadas, hasta confluir en un precio y una cantidad de equilibrio. Este nivel es alcanzado mediante las decisiones independientes de los agentes económicos y, en este punto, tanto consumidores como oferentes maximizan su bienestar respectivo.
29. Cuando se concreta un acuerdo entre competidores se ocasionan severos daños a los mercados, al distorsionar los precios, las cantidades producidas y consumidas y, en resumen, afecta la correcta asignación de los factores de producción en la economía. El punto alcanzado no corresponde a decisiones adoptadas libremente por los agentes económicos y el resultado es menos eficiente que aquel que se produce en un mercado en competencia.
30. Según plantea la teoría económica, el nivel de precios que se establecerá producto de un cartel será superior a aquel que se fijará en un mercado competitivo. Existe por lo tanto, una pérdida de bienestar en cuanto que las cantidades producidas y consumidas son menores, y los precios pagados por el consumidor son mayores, en relación a aquellas que serían consumidas y pagadas en competencia.

¹ Medido por la diferencia entre el precio de mercado y el valor máximo que está dispuesto a pagar el consumidor.

31. Así, se afirma que al haberse confundido la definición pertinente de eficiencia a la que hacía referencia la resolución final, este Consejo Directivo considera pertinente desestimar el argumento presentado por la impetrante.

B. Sobre las alegaciones hechas por Serporsal

a) El Consejo Directivo, según la recurrente, no tomó en consideración la documentación, las pruebas y las declaraciones hechas por el anterior representante legal. La prueba no fue evaluada de forma objetiva. A su criterio, únicamente con la evaluación superficial de constitución de ambas sociedades y la memoria de labores, se determinó la existencia de un acuerdo.

32. Sobre este aspecto, este Consejo Directivo ya se ha pronunciado en el numeral II apartado A de esta resolución, en el sentido de que el artículo 45 inciso 3º de la Ley de Competencia prevé que la valoración de la prueba en este procedimiento sancionador debe realizarse: "conforme a las reglas de la sana crítica".

33. De acuerdo a lo anterior, en virtud del sistema de evaluación de la sana crítica, la prueba debe ser examinada de forma integral. En el presente caso se realizó el análisis de cada elemento probatorio como parte de un panorama más amplio que incluyó el total de factores incorporados en el procedimiento.

34. Tales elementos fueron, entre otros, las ofertas económicas iguales, en la que coincidieron en un total de 30 variables y declaraciones de representantes legales; además de los elementos coincidentes en el accionar de ambas empresas, tales como designación del mismo notario, datos de la constitución de las sociedades, contratación del mismo auditor externo y constancia de convivio de ambas empresas.

35. La conclusión de este Consejo Directivo fue que el accionar conjunto de ambas empresas no corresponde al comportamiento de empresas que buscan competir la una con la otra, sino que desde su creación fueron fundadas, de forma conjunta, poco antes de la realización de la licitación en la que habrían presentado las ofertas

acordadas; por ello, la igualdad de las ofertas es otra de las acciones comunes efectuadas por las empresas investigadas. No es razonable económicamente imputarlas a actuaciones libres e independientes.

36. De lo anterior se determina que resulta falso el argumento de Serporsal, en tanto se analizaron y tomaron en cuenta todas las declaraciones vertidas en el procedimiento y las pruebas aportadas por los intervinientes, no sólo únicamente con la coincidencia encontrada en las constituciones de sociedad de ambas empresas y la memoria de labores, como lo establece en su escrito de interposición del recurso.

37. Como consecuencia, no es cierto que este Consejo Directivo no analizó ni tomó en consideración todos los elementos probatorios que se recolectaron en el procedimiento sancionador.

b) La recurrente afirma que el Consejo Directivo, en su resolución, claramente identificó a Serporsal como no competidora de Espac, incumpliendo el artículo 25 letra c de la Ley de Competencia. Afirma también que las empresas no son coincidentes según la documentación financiera y operativa.

38. Al respecto este Consejo Directivo considera que lo propuesto por el representante legal de Serporsal no constituye un razonamiento integro de la resolución final, lo que deriva en una deducción errónea y aislada.

39. En la resolución final se expone que “el accionar conjunto de ambas empresas no corresponde al comportamiento de empresas que buscan competir la una con la otra, sino que desde su creación fueron fundadas de forma conjunta poco antes de la realización de la licitación en la que habrían presentado las ofertas acordadas; por ello, la igualdad de las ofertas es otra de las acciones comunes efectuadas por las empresas investigadas: no es razonable económicamente imputarlas a actuaciones libres e independientes”.

40. Así, al tomar en cuenta los factores que derivan de tal conclusión y que fueron expuestos en dicha resolución, es dable señalar que al efectuar un análisis jurídico y económico, no existía una justificación que explicara el comportamiento coordinado de ambas empresas, sino el resultado de un acuerdo entre los oferentes, prohibido en el artículo 25 literal c) de la Ley de Competencia.

41. Para el caso analizado, ambas empresas se postularon en el proceso para prestar el mismo servicio que estaba siendo licitado, situación que los cataloga inmediatamente como competidores, no obstante, el proceso competitivo que se esperaba de la licitación pública se vio frustrado por la estrategia conjunta desarrollada por las empresas que devino en la presentación de ofertas económicas coordinadas y exactamente iguales.

42. Por lo tanto, este Consejo Directivo advierte que no debe confundirse el señalamiento efectuado en la resolución final -"el accionar conjunto de ambas empresas no corresponde al comportamiento de empresas que buscan competir la una con la otra..."- con el señalamiento hecho por Serposal al decir que ésta no es competidora con la sociedad Espac.

43. En virtud de lo antes expuesto, este Consejo Directivo desestima el aspecto aludido por la recurrente, en cuanto corresponde a una interpretación parcial de un fragmento de la resolución final que conlleva a conclusiones erróneas de la misma, ya que las referidas empresas en cuanto se dedican a la misma actividad y presentaron oferta en la licitación relacionada, son competidoras.

c) Que determinar la "posible existencia" como objeto de una investigación, de acuerdo a la recurrente atenta contra la seguridad jurídica.

44. Sobre el aspecto aludido, es necesario advertir que en el auto de instrucción se hizo constar que ante la denuncia presentada procedía "iniciar un procedimiento administrativo con el propósito de averiguar si las sociedades SERPOSAL, S. A. de C. V. y ESPAC, S. A. de C. V. han adoptado o no un acuerdo para fijar los precios u

otras condiciones en las ofertas planteadas en el procedimiento de licitación pública realizada por CEPA y antes referido".

45. En razón de lo antes expuesto, en el presente caso el objeto de la investigación fue determinar la "posible existencia" de un acuerdo anticompetitivo. En el procedimiento sancionador, luego del desarrollo de todas sus etapas, efectivamente se demostró, sobre la base de los elementos aportados en la investigación, que existió un acuerdo entre Serporsal y Espac, por lo que lejos de afectar la seguridad jurídica de los involucrados, se les respetó sus garantías constitucionales de defensa y se siguió un debido proceso. Y es que, en el procedimiento, las investigadas ejercieron su derecho de defensa y audiencia, aportando además los medios probatorios que estimaron procedentes.
46. En conclusión, habrá que desestimar el alegato expuesto, pues precisamente se inició un procedimiento para verificar si se había realizado una conducta anticompetitiva, respetando así, los derechos de la recurrente.
- d) En el caso investigado, de acuerdo a la recurrente, hubo competencia y la prueba más contundente es que se presentaron trece empresas a retirar bases.
47. Con respecto al argumento planteado, primero debe señalarse que la práctica ilegal realizada por Serporsal y Espac distorsionó las condiciones de competencia que debieron observarse en la licitación CEPA LP 25/2010.
48. Con relación a dicho procedimiento, Cepa definió en las bases de licitación los requisitos a cumplir por los posibles ofertantes, lo cual circunscribió la oferta únicamente a aquellos agentes económicos que cumplieron con los mismos y, por lo tanto, las ofertas recibidas fueron todas las opciones de las que dispuso la institución referida para elegir al proveedor del servicio.

49. Aunque existan más agentes económicos en el mercado (diferentes de aquéllos que participaron en la licitación) que retiraron bases, al no cumplir los requisitos o simplemente decidir no participar, no forman parte de la oferta real o potencial y, por lo tanto, no son tomados en consideración al momento de efectuar el análisis de competencia respectivo.
50. El acuerdo se concretó (y se concreta en términos generales) entre los agentes económicos que efectivamente participaron en el proceso, sin que los agentes económicos que retiraron bases pudieran haber efectuado ninguna acción para contrarrestarlo.
51. A partir de lo anterior, no es atendible el argumento planteado, dado que la competencia se perjudicó ante la presencia de un acuerdo anticompetitivo en licitaciones y, en el presente caso, Cepa habría pagado a los agentes adjudicados salarios más altos, dado que el índice salarial pudo ser menor si la licitación hubiese sido desarrollada bajo condiciones de competencia.
52. Así, es pertinente desestimar el argumento planteado por Serporsal, pues la cantidad de participantes existentes en el mercado y que potencialmente puedan prestar el servicio, no determina la existencia de un procedimiento competitivo.
- e) La recurrente afirma que según declaración testimonial de su representante legal, puede deducirse que no tenía conocimiento del índice que presentaría la otra empresa.
53. Sobre este aspecto es preciso resaltar el extracto vertido por el representante legal en aquella ocasión, tal como se detalla a continuación: "Se le pregunta si le llamó la atención que ESPAC tuvo un índice salarial igual y ESTISAL uno distinto, responde que sí, pero hay muchas cosas que el trabajador no sabe, menos de la Ley de Competencia a ese momento, que sólo se meten por el ánimo de trabajar, y en esa fecha no tenían información sobre las labores de la Superintendencia".

54. De acuerdo al pasaje vertido en su declaración, y a la luz del análisis integral que se realizó en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al procedimiento, se determinó que el representante legal de Serporsal al responder que sí a la pregunta relacionada (si le llamó la atención sobre los índices salariales iguales), intentó justificar su respuesta en el sentido que no tenían conocimiento de la Ley de Competencia y de las labores que hace la Superintendencia de Competencia, lo que evidencia que los índices salariales eran de su conocimiento y que la igualdad de la oferta fue por el desconocimiento señalado.
55. Por otra parte, en su declaración no se encuentra ninguna argumentación económica o técnica que permita justificar la igualdad de los índices salariales presentados. En virtud de lo anterior, se desestima este aspecto recursivo planteado por Serporsal.
- f) Alega la recurrente que no se ha ocasionado perjuicio económico alguno a Cepa ni al Estado, por el contrario, el procedimiento para adjudicar la licitación ha sido competitivo.
56. Cuando una institución pública desarrolla un procedimiento licitatorio, define en las bases de licitación los requisitos de los posibles ofertantes, al circunscribir la oferta únicamente a aquellos agentes económicos que cumplen con las características solicitadas.
57. La competencia se efectúa entre aquellos agentes económicos que cumplen los requisitos y deciden participar en el proceso para ser adjudicados. Por tanto, la competencia se viola o se concreta con aquellos que efectivamente presentan sus ofertas, independientemente del número de agentes económicos que participen en el mercado.
58. En ese sentido, la competencia en el presente procedimiento fue alterada entre los agentes Serporsal y Espac, quienes establecieron un acuerdo para fijar los precios de las ofertas a presentar.

59. Como se mencionó anteriormente, tal como plantea la teoría económica, los precios que se fijan producto de un acuerdo entre competidores son superiores a aquellos que se logran mediante un proceso competitivo, lo que altera la eficiente distribución de los recursos.
60. En este caso particular, el Estado habría obtenido los servicios requeridos a precios superiores de aquellos que hubiera conseguido de un proceso competitivo. Esto afecta la eficiente distribución de los recursos del Estado los que provienen, en su mayoría, de la recaudación de impuestos que efectúa el gobierno.
61. No obstante lo anterior, es preciso recordar que este Consejo Directivo expuso en la resolución recurrida, que para el análisis de las prácticas anticompetitivas tipificadas en el artículo 25 de la Ley de Competencia, basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por comprobado el ilícito administrativo, sin requerir prueba de daño o perjuicio y sin admitir ninguna justificación empresarial o económica para este.
62. Sobre este último argumento expuesto por este Consejo Directivo, la Sala de lo Contencioso Administrativo ya se ha pronunciado, tal y como consta en el expediente N° 464-2007, de fecha 17 de septiembre de 2010, en el que se planteó una demanda contra este Consejo Directivo por la aplicación de la regla per se. Dicha Sala sostuvo que "un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios (...) de ahí que sea una conducta sancionada per se por el legislador (...) de ahí que el sólo pacto de precios entre competidores se configura como una acción sancionable, que no requiere que se entre a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino únicamente su realización objetiva".
63. En virtud de ello, se desestima el alegato expuesto por la recurrente ya que con el acuerdo anticompetitivo sí hubo un daño al Estado en términos de la asignación de sus recursos presupuestarios.

g) La oferta de Serporsal, aduce la recurrente, no tiene vinculación alguna con la oferta presentada por Espac, pues es una sociedad independiente.

64. Sobre este aspecto es dable resaltar que en la resolución final ahora impugnada se estableció que los agentes económicos investigados presentaron ofertas económicas idénticas, tal como consta en los folios 452 pieza IV y 498 pieza VIII, de la parte pública del expediente, por lo que resulta falsa la aseveración referida por la recurrente. Las ofertas no eran similares sino idénticas en 30 variables analizadas.

65. Por lo expuesto en el párrafo anterior, resulta falsa la alegación expuesta por Serporsal en virtud que se ha demostrado sin lugar a dudas que las ofertas económicas fueron idénticas y sin ninguna justificación económica o técnica.

h) Argumenta la recurrente que es lógico que el índice salarial es idéntico, pues el mismo se encuentra plasmado en la oferta de cada participante.

66. Tal como se expuso en la resolución final, los agentes económicos Serporsal y Espac postularon ofertas económicas iguales, comprobándose que las empresas bajo investigación ofertaron idéntico número de trabajadores y salario mensual, lo que dio como resultado un índice salarial idéntico de 367.2680.

67. Así, como se expuso en dicha resolución, los índices salariales iguales coincidieron en un total de 30 variables, es decir, número de trabajadores y salario mensual para cada una de las categorías solicitadas por Cepa, por lo que resulta poco creíble que dos empresas independientes pudiesen haber llegado exactamente al mismo resultado, a menos que fuese producto de un acuerdo entre los mismos, ya que una variación mínima en cualquiera de las 30 variables referidas hubiese podido generar un cambio en el índice salarial.

68. Lo anterior quedó demostrado en las tablas 5 y 6 de la resolución final, además es de considerar que los elementos que conformaron la oferta económica fueron diferentes

de los requerimientos mínimos establecidos por Cepa y de aquéllos presentados por el resto de participantes en la licitación. En virtud de ello se desestima el alegato expuesto por la recurrente.

i) Los ofertantes pudieron proponer el mínimo en la licitación y eso no hubiera indicado una fijación de precios.

69. Al respecto, este Consejo Directivo no podría hacer una valoración de un caso hipotético, dado que las condiciones planteadas escapan del análisis efectuado en el procedimiento en cuestión. Para realizar una valoración sobre lo planteado por la recurrente, habría que iniciarse un procedimiento sancionador diferente, en el cual se realizara un análisis global de los elementos que permitiesen al Consejo Directivo emitir un dictamen en función de esa nueva situación.

70. En razón de ello, la acotación hecha por la recurrente habrá que desestimarse por referirse a un caso hipotético, que no tiene relación alguna con el presente expediente.

j) Aduce la recurrente, para finalizar, que existe un número limitado de competidores debido al especializado campo en el que se desarrolló dicha licitación.

71. La resolución final que emitió este Consejo Directivo sancionó a los agentes económicos involucrados, por establecer un acuerdo de fijación de precios en la licitación pública objeto de este procedimiento. La Superintendencia de Competencia, dentro de su análisis, incluyó aquellos elementos que teóricamente facilitan la concreción de acuerdos, entre los que se cuenta el reducido número de participantes.

72. Tal como se expresó en la resolución final, elementos como las economías de escala, la especialización del servicio, el espacio reducido, entre otros, determinan que exista un reducido número de participantes en el mercado; no obstante, esto no

ha sido considerado como prueba de la existencia del acuerdo sancionado, sino como un factor que, entre otros, puede ayudar a la concreción del mismo.

73. Así, se afirma que la existencia o no de un número limitado de competidores no es un elemento *sine qua non* para que este Consejo Directivo determinase la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre Serporsal y Espac; en virtud de ello, habrá que desestimar el presente alegato recursivo.

74. **POR TANTO**, con base en todas las razones expuestas, en las disposiciones constitucionales y legales citadas, así como en los artículos 14 letra f) y 48 de la Ley de Competencia y 77 de su reglamento, este Consejo Directivo **RESUELVE**:

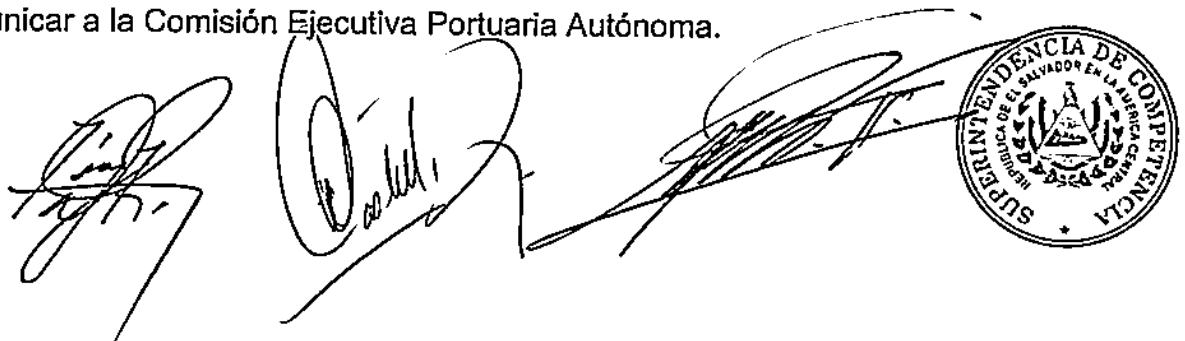
I. Declarar sin lugar los recursos de revisión interpuestos por Empresa Salvadoreña Portuaria de Acajutla, S. A. de C. V. y Servicios Portuarios Salvadoreños, S. A. de C. V.

II. Confirmar en todas sus partes la resolución pronunciada por este Consejo Directivo a las diez horas del día treinta de agosto de dos mil once.

III. Dar inmediato cumplimiento a lo ordenado en la parte resolutive de la decisión final adoptada por este Consejo Directivo con fecha treinta de agosto de dos mil once, para lo cual los agentes económicos sancionados deberán cumplir con los plazos establecidos en la mencionada resolución.

IV. Notificar a los recurrentes.

V. Comunicar a la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma.



The image shows three handwritten signatures in black ink, followed by a circular official seal. The seal contains the text 'SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA' around the top edge and 'REPUBLICA DE EL SALVADOR EN LA AMÉRICA CENTRAL' around the bottom edge. In the center of the seal is a coat of arms featuring a sun, a mountain, and a river.