



REF. 252-2009

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

**JOSÉ ENRIQUE ARGUMEDO, JOSÉ ENRIQUE SORTO CAMPBELL y ÓSCAR OVIDIO CABRERA MELGAR**, actuando como Directores del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** –en adelante el Consejo Directivo– en el proceso contencioso administrativo iniciado por **AMATE TRAVEL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE**, –en adelante **AMATE TRAVEL**–  
**MANIFESTAMOS:**

#### **I. ESTADO ACTUAL DEL PROCESO**

Que a las diez horas y diecinueve minutos del día dieciocho de marzo, hemos sido notificados de la resolución emitida por su digna autoridad a las catorce horas y dos minutos del día ocho de febrero, ambas fechas del corriente año.

En dicha interlocutoria se tiene por parte a este Consejo Directivo, se acusa recibo del expediente administrativo que remitimos, se confirma la suspensión de la ejecución de los efectos de los actos reclamados y se requiere a este Consejo Directivo que, en el plazo de quince días, se entregue un informe con las justificaciones en las que se fundamenta la legalidad de los actos impugnados.

*Handwritten signature*

*Handwritten signature*

*Handwritten signature*

## II. RENDICIÓN DEL INFORME REQUERIDO

A continuación se señalarán los elementos contenidos en la pretensión de AMATE TRAVEL (A) para, posteriormente, exponer los argumentos que revelan la invalidez de las alegaciones de la demandante y confirman la legalidad de los actos reclamados (B).

### A. ARGUMENTOS QUE SOSTIENEN LA PRETENSIÓN DE AMATE TRAVEL

El abogado de AMATE TRAVEL señala: *“que por medio de las dos resoluciones [reclamadas] se le está violando a [su] representada el derecho fundamental protegido por el Artículo 11 de la Constitución (...) porque así como se hizo en la etapa administrativa también en la presente [viene] a demostrar que fue condenada sin pruebas fehacientes de haber cometido prácticas anticompetitivas porque jamás adoptó ningún acuerdo para fijar precios en Licitaciones Públicas”.*

En el mismo sentido arguye que: *“también se le está violando a [su] representada el derecho ‘a la inocencia’ (...) y también que el Consejo Directivo de la SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ha violado lo establecido por el inciso final del Artículo 86 de la Constitución porque se ha excedido en el ejercicio de sus funciones al condenar y sancionar a [su] representada sin comprobar que efectivamente hubiere adoptado un acuerdo anticompetitivo”.*

Señala en reiteradas ocasiones que: *“[su] representada jamás ha adoptado ninguna clase de acuerdos o convenios con los otros competidores denunciados pues jamás ha convenido con ellos en fijar precios o estandarizar las ofertas frente a la Administración Pública, lo cual se ha comprobado en autos”.*

Manifiesta haber demostrado en el procedimiento sancionador que: *“los precios de AMATE TRAVEL, S.A. DE C.V. siempre se han fijado en base a la elasticidad de la demanda, es decir que se hacen en base a diferentes situaciones y niveles de precios que dependen del destino, del valor de boletos, la línea aérea que se escoja, etc., es*

*decir que está segmentada por rubros o por ítems o escalas, haciéndolas siempre totalmente diferente a la de cualquier otra entidad”.*


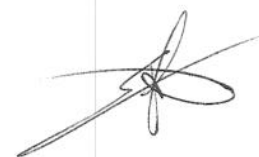

Respecto al mismo asunto añade que en las licitaciones públicas ante CORSATUR y el Ministerio de Economía, la oferta presentada por AMATE TRAVEL: *“es totalmente diferente a la de los otros competidores porque en adición a las condiciones técnicas y económicas que exigían las Bases de Licitación [su] cliente ofertó los siguientes servicios (...)”.*

En otro orden de ideas el apoderado de AMATE TRAVEL señala que: *“no se admitieron ni tomaron en cuenta como prueba documental de descargo los cálculos por medio de los cuales se determinaron los precios que [su] representada presentó para participar en las Licitaciones Públicas del Ministerio de Economía y de CORSATUR”.*

Por otra parte, el abogado de AMATE TRAVEL sostiene que: *“el referido Consejo Directivo a través de la ‘Regla per se’ ha determinado en forma ilegal que mi representada ha cometido la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia”* y posteriormente, refiriéndose a dicha regla, añade que: *“el mecanismo por medio del cual la jurisprudencia internacional y específicamente las Cortes de los Estados Unidos de América examinan este tipo de prácticas anticompetitivas, implicando que se ha determinado el supuesto acuerdo anticompetitivo en base a doctrina y jurisprudencia que no tiene ningún asidero legal en El Salvador”.*

Asimismo, apunta que: *“la Regla ‘per se’ es inaplicable en nuestro país porque no está normada y porque su carácter es discrecional y arbitrario ya que los agentes económicos serán sancionados sin existir prueba en contrario, ni demostrarse que hubo dolo o culpa en su actuación”.*

De la misma manera, arguye que en Estados Unidos la aplicación de la regla per se: *“reconoce como única defensa válida ‘que el acusado demuestre que no incurrió en la*

  
  
3 

*conducta que se le imputa demostrando que no consintió en el acuerdo y que éste no se concretó', en cambio en el caso de autos han condenado a mi cliente 'per se' sin demostrar la existencia del acuerdo mismo".*

Por otra parte el representante de la pretensora señala que: *"la 'Regla per se' sería una 'presunción de derecho"; y, en consecuencia, a su criterio: "para condenar a [su] representada el Consejo Directivo de la SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA 'tuvo que haber demostrado que efectivamente existió un acuerdo anticompetitivo (...) situación que jamás se ha demostrado ni se podrá demostrar porque jamás existió, implicando que con meras presunciones le imputa una conducta y sus efectos sin existir prueba fehaciente que lo demuestre".*

Además, agrega que el análisis que hizo este Consejo Directivo, a su criterio, se ha realizado: *"excediéndose así a lo establecido por los presupuestos que se establecen en el Artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia, que trata de la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, principalmente en lo establecido por el literal a) del mismo".*

Y es que, según el apoderado de la pretensora: *"para que realmente existan indicios de que se han adoptado acuerdos anticompetitivos los precios fijados por [su] representada para emitir boletos aéreos en Licitaciones Públicas respecto de las otras entidades involucrados (sic) debían de haber sido iguales o similares en forma evidente y continuada o repetida DURANTE UN PERIODO SIGNIFICATIVO DE TIEMPO (...) si ha ocurrido que en dos de los casos investigados los precios que se ofertaron pareciera que son similares o iguales es debido a la pura coincidencia y no al hecho de que hubiera mediado acuerdo para ello".*

Finalmente, en la demanda se apunta que: *"la resolución final también señala que el mercado no es efectivo por cuanto son pocas las entidades que participan en licitaciones públicas y que por ello se hace factible un acuerdo, cuando sabido es que la distorsión está dada por los múltiples y engorrosos requisitos que exigen las*

*instituciones del gobierno para poder participar así como la LACAP, lo cual hace que no sea atractivo para todas las [agencias de viajes] que están autorizadas por la IATA para participar en las licitaciones públicas”.*

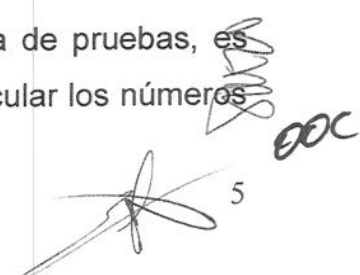
A partir de lo expuesto es dable afirmar que las varias aseveraciones vertidas por AMATE TRAVEL en su demanda pueden resumirse en los siguientes argumentos:

1. Que, supuestamente, no existían pruebas suficientes para declarar la existencia del acuerdo anticompetitivo y que, por el contrario, habían pruebas que demostraban que no hubo tal acuerdo.
2. Que el Consejo Directivo, supuestamente, no valoró cierta prueba incorporada por AMATE TRAVEL.
3. Que el Consejo Directivo aplicó en su análisis la regla *per se*, no obstante ser ésta inválida e ilegal y que supone determinar hechos ilícitos con base a meras presunciones.
4. Que, supuestamente, no se cumplieron los requisitos exigidos por el Reglamento de la Ley de Competencia para tener por demostrada la existencia del acuerdo anticompetitivo entre competidores.
5. Que el reducido número de agencias de viajes que participan en licitaciones públicas, en todo caso, es atribuible a los requisitos exigidos por el Estado en ese tipo de contrataciones.

## **B. ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS RECLAMADOS**

1. *Sobre el argumento respecto a que, supuestamente, no existían pruebas suficientes para declarar la existencia del acuerdo anticompetitivo y que, por el contrario, habían pruebas que demostraban que no hubo tal acuerdo.*

Para constatar la falsedad del argumento relativo a la supuesta falta de pruebas, es preciso que su digna autoridad examine la resolución final –y en particular los números

 5 EOC

1 y 2 de la letra A del romano VI de la misma, contenida en las páginas 27 a la 69– y advierta que, en ella, este Consejo Directivo hizo un análisis detallado y conjunto de la prueba de distinta naturaleza incorporada en el procedimiento.

De dicho análisis esta Honorable Sala podrá advertir que se examinó, por separado, la licitación pública DR-CAFTA LA N° 03/2008-MINEC ante el Ministerio de Economía y la licitación N° 02/2008 ante CORSATUR. Respecto a cada una de esas licitaciones se hizo un análisis similar bajo la estructura detallada en los párrafos que aparecen a continuación.

Primero, se examinaron las bases de esas licitaciones y, en particular, los requisitos respecto a la oferta económica que debía presentarse.

Posteriormente, se analizaron las ofertas económicas presentadas, advirtiéndose que en el ítem 11 de las ofertas económicas de la licitación ante el Ministerio de Economía eran idénticas. Por otro lado, en el ítem 1 de las correspondientes a la licitación ante CORSATUR, las ofertas presentadas también eran idénticas (los ítems indicados se refieren a la comisión por la emisión de boletos aéreos).

De lo anterior este Consejo Directivo consideró que tal identidad por sí sola era insuficiente para tener por demostrado un acuerdo anticompetitivo; por ello, continuó valorando otros elementos probatorios, a efecto de determinar la razón por la cual los participantes de esas licitaciones presentaron ofertas idénticas en los puntos señalados.

Así se examinaron las declaraciones vertidas por representantes de las agencias de viajes investigadas. De esas declaraciones se advirtió que los sujetos investigados coincidían en justificar que la comisión por emisión de boletos aéreos ofertada fue calculada de forma independiente y con base a la estructura interna y expectativas de cada una de las agencias. A partir de tal justificación, este Consejo Directivo continuó examinando las pruebas incorporadas a efecto de verificar si la identidad en las

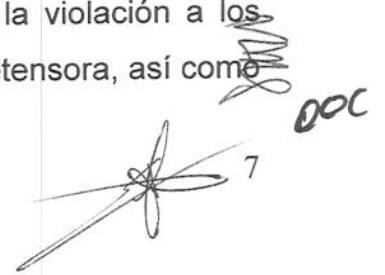
condiciones ofertadas respondía a la justificación expuesta por los investigados o a otro motivo.

De ese modo, se analizaron las declaraciones de los representantes de las agencias de viajes y, a su vez, distinta evidencia económica incorporada al procedimiento, tales como: el historial de comisiones cobradas por las agencias de viajes en el pasado, el historial de comisiones pagadas por el Ministerio de Economía y CORSATUR en el pasado, los ejercicios de estimación de dicha comisión presentados por los sujetos investigados y distintas variables financieras, comerciales y estructurales de las agencias de viajes que participaron en las licitaciones aludidas.

Del análisis de todos los elementos referidos, este Consejo Directivo estimó, que: *“las ofertas no responden a sus propios costos tal como ha sido argumentado ampliamente por cada una de ellas, ya que como se ha mencionado anteriormente, dichas estimaciones deberían haber producido ofertas diferentes”.*

Además este Consejo Directivo desestimó la validez de los ejercicios de estimación presentados por los agentes económicos involucrados, pues consideró que: *“matemáticamente existen infinidad de formas de llegar a un mismo resultado cuando existe la libertad de selección de las variables independientes (elementos que influyen en la formación del monto de la comisión) y sobre los montos que cada una de esas variables adoptaría. En otras palabras conociendo el punto de destino, llámese el precio acordado, las rutas para alcanzarlo pueden ser múltiples. Lo cual se vuelve extremadamente improbable en el caso contrario y desestima lo argumentado al respecto por los agentes investigados.”*

En virtud de lo anterior, queda demostrado que este Consejo Directivo sí valoró suficiente la prueba para finalmente concluir que la identidad en las comisiones ofertadas era producto de un acuerdo anticompetitivo entre las agencias de viajes participantes al interior de cada licitación, con lo cual se desvirtúa la violación a los derechos de audiencia y presunción de inocencia invocados por la pretensora, así como



OOC  
7

las deficiencias de la valoración de prueba que ella alega. En consecuencia esa Honorable Sala puede advertir la falsedad del argumento señalado por la parte demandante y, por ello, deberá rechazarlo.

2. *Sobre el argumento respecto a que el Consejo Directivo, supuestamente, no valoró cierta prueba incorporada por AMATE TRAVEL.*

AMATE TRAVEL asevera que este Consejo Directivo no valoró los ejercicios de estimación por medio de los cuales ella pretendía demostrar la forma en que se determinó la comisión ofertada al interior de cada una de las licitaciones previamente citadas.

Al respecto, se observa que tal aseveración es falsa. Y es que en las páginas 50 y 68 de la resolución final, este Consejo Directivo se refirió de forma particular a los ejercicios de estimación que presentaron los agentes económicos investigados.

En dichos apartados, el Consejo Directivo expuso que: *“los involucrados han presentado ejercicios de estimación del ‘service fee’ presentado en la licitación en análisis. El ejercicio presenta como resultado precisamente el monto de la comisión ofertada y, en principio, cada uno de los agentes económicos las realizó tomando en cuenta sus propios criterios para estimarla.- Matemáticamente existe infinidad de formas de llegar a un mismo resultado cuando existe la libertad de selección de las variables independientes (elementos que influyen en la formación del monto de la comisión) y sobre los montos que cada una de esas variables adoptaría. En otras palabras, conociendo el punto de destino, llámese el precio acordado, las rutas para alcanzarlo pueden ser múltiples. Esta situación se invierte, es decir se vuelve extremadamente improbable que agentes económicos totalmente independientes, diferentes y con variables y métodos propios de estimación de la comisión, lleguen al mismo resultado sin haberse puesto de acuerdo respecto del precio final. Es decir, es improbable que bajo condiciones reales y normales alcancen en más de una ocasión el*



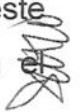
*mismo precio, cuando este en lugar de ser un objetivo es un resultado de decisiones individuales y métodos diferentes”.*

Además de valorar los elementos anteriores relativos a la simple estimación numérica de las comisiones, el Consejo Directivo examinó alrededor de quince procedimientos de licitación pública efectuadas desde 2005 para la adquisición del servicio de emisión de boletos aéreos.

De dicha revisión se determinó que las comisiones ofertadas en cada uno de los procedimientos variaban entre los postulantes, de manera que la institución contratante encontraba opciones entre las cuales decidir en términos de precios. Por tanto, es atípico e improbable que las comisiones coincidieran entre todos los participantes; siendo la única explicación el que haya mediado un acuerdo entre los participantes para fijar dicha comisión.

Es preciso agregar que, en todo caso, este Consejo Directivo, al valorar la prueba bajo el sistema de la sana crítica, examina de forma “conjunta” todos los elementos incorporados en el procedimiento, tal como su digna autoridad hace en estos procesos contenciosos administrativos, según aparece en la resolución emitidas en el proceso 39-L-1999, en donde esta Honorable Sala establece expresamente: *“Analizar de manera conjunta los hechos denunciados (...), las prueba aportadas por las partes y la normativa aplicable al caso.”*

De lo expuesto se observa que este Consejo Directivo sí valoró la prueba que la demandante asegura que no fue examinada y, por ello, es evidente que el argumento de AMATE TRAVEL únicamente refleja su insatisfacción con la forma en que este Consejo la valoró a la luz del resto de elementos probatorios incorporados en el procedimiento.



000



3. *Sobre el argumento respecto a que el Consejo Directivo aplicó en su análisis la regla per se, no obstante ser esta supuestamente inválida e ilegal y suponer una determinación de hechos ilícitos con base a meras presunciones.*

AMATE TRAVEL asevera que este Consejo Directivo tuvo por demostrado el acuerdo anticompetitivo en base a la regla *per se*, que a su criterio significa presumir el ilícito administrativo sin prueba contundente; algo que, según la pretensora, está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Ante tal argumento, se observa que, para que se tenga por acreditada la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre competidores, no es necesario, de acuerdo a la Ley de Competencia, ir más allá de la adopción del acuerdo (comprobación de sus efectos o consecuencias). Es decir que para sancionar no es necesario verificar las aristas económicas de su ejecución: basta con demostrar que hay un acuerdo entre competidores, porque ello es lo prohibido por la ley. Si producto del acuerdo un agente económico gana más que otro, uno tiene más participación que otro, etc., son circunstancias no son materia objeto del pronunciamiento.

Lo anterior es confirmado mediante la regla *per se*, en tanto en el Derecho de Competencia la adopción de acuerdos entre competidores son prácticas que, por su propia naturaleza, son adoptadas con el objeto de perjudicar la competencia y, en efecto, distorsionan por sí mismas las condiciones de competencia de los mercados. En el artículo 25 de la Ley de Competencia está claramente tipificada la conducta sancionada. AMATE TRAVEL no puede alegar desconocer la ley.

De lo anterior se observa que la regla *per se* es un instrumento que ha diseñado el derecho de competencia para, una vez demostrada la existencia de un acuerdo entre competidores, determinar que éste tiene carácter anticompetitivo. Así, en caso de verificarse que agentes económicos han adoptado un acuerdo para fijar precios en licitaciones, según dicha regla, tal circunstancia es suficiente para tener por comprobado el ilícito administrativo.

En el presente caso, este Consejo Directivo determinó la existencia de un acuerdo entre los sujetos investigados para fijar las comisiones ofertadas en las licitaciones públicas aludidas, a partir de la prueba instrumental, testimonial y económica, previamente relacionada en este informe; y no con base a meras presunciones como pretende hacer creer la demandante.

Según la regla *per se*, una vez demostrada bajo distintos elementos probatorios la existencia del acuerdo, podía determinarse la ilicitud del mismo y tener por cometida la infracción tipificada en la letra c del artículo 25 de la Ley de Competencia.

Es oportuno aclarar que, contrario a lo que afirma la demandante, la regla mencionada, además de aplicarse en sistemas extranjeros, sí está respaldada por la Ley de Competencia. Así, tal como se expuso en la resolución final: *“La Ley de Competencia es concluyente en calificar el acuerdo entre competidores para fijar precios como una práctica anticompetitiva. De manera que dicha legislación no se establecen condiciones adicionales que determinen la legalidad o ilegalidad de ese tipo de conducta.”*

En resumen, es dable afirmar que en el procedimiento sancionador se valoraron íntegramente los elementos incorporados al procedimiento según el sistema de sana crítica y, de esa manera, se demostró contundentemente que AMATE TRAVEL y las demás sancionadas sí cometieron la práctica anticompetitiva prohibida por el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia. Y dado que los hechos que fueron comprobados durante el procedimiento encajan indiscutiblemente dentro de la conducta típica descrita por el legislador en el artículo referido, debe desestimarse el alegato expuesto por la parte demandante.

4. *Sobre el argumento respecto a que, supuestamente, no se cumplieron los requisitos exigidos por el Reglamento de la Ley de Competencia para tener por demostrada la existencia del acuerdo anticompetitivo entre competidores.*

Como su nombre indica, los supuestos señalados en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia son “criterios orientadores” que sirven como guía al Consejo Directivo para determinar la comisión de los ilícitos tipificados en el artículo 25 de la Ley de Competencia.

Por ello, dichos supuestos, lejos de configurar elementos *sine qua non* para tener por demostrada la práctica anticompetitiva –como interpreta la demandante– son circunstancias que pueden coadyuvar a determinar la probable comisión de una práctica anticompetitiva. Además, los criterios orientadores no son aplicables a todas las modalidades establecidas en el artículo 25 de la Ley de Competencia, porque aunque todas se refieren a acuerdos entre competidores, sus concreciones obedecen a circunstancias y supuestos fácticos, jurídicos y económicos diferentes.

Así, si bien este Consejo Directivo toma en cuenta los criterios previstos en el artículo 12 del reglamento referido, no es necesario el cumplimiento de todos o algunos de esos supuestos para determinar la existencia de una de las conductas prohibidas en el artículo 25 de la Ley de Competencia; por ello su digna autoridad deberá rechazar el argumento que, al respecto, ha planteado AMATE TRAVEL.

5. *Sobre el argumento respecto a que el reducido número de agencias de viajes que participan en licitaciones públicas, en todo caso, es atribuible a los requisitos exigidos por el Estado en ese tipo de contrataciones.*

En la resolución final este Consejo Directivo expuso que: *“En efecto, existe un reducido número de agentes económicos participantes en las licitaciones, lo cual es un aspecto característico en mercados en donde la competencia no es efectiva. Esto es, en parte, como resultado de los altos requisitos impuestos por las instituciones del sector público, aunado a la forma de pago de las mismas, la cual en ocasiones puede atrasarse hasta noventa días”*. Más adelante el Consejo Directivo expuso que: *“el análisis económico realizado arroja que en el mercado se encuentran presentes diversas condiciones mediante las cuales es factible la concreción de un acuerdo para fijar precios en las*

*licitaciones, tales como el reducido número de participantes en los procesos de licitaciones y el incremento excesivo de los pagos por servicios contratados en licitaciones públicas, versus la estabilidad de las pagadas por compras de libre gestión”.*

De lo anterior, se observa que, cuando este Consejo Directivo señaló la poca cantidad de participantes en licitaciones era únicamente para caracterizar el mercado y exponer que, en él, existían condiciones que podían facilitar un acuerdo anticompetitivo. Así, ese apartado de la resolución final únicamente iba dirigido a montar el marco de referencia económico sobre cómo funcionaba el mercado (*Obiter dictum*) para, posteriormente, en el romano VI de la resolución final, analizar las pruebas que finalmente sí señalaron la existencia de los acuerdos anticompetitivos (*Ratio decidendi*).

Así, el análisis de pruebas que hizo este Consejo Directivo en la resolución final no se ve afectado por el hecho que en las licitaciones investigadas participen pocos agentes económicos y que exista alguna justificación para ello. La existencia de un acuerdo anticompetitivo en una licitación no está condicionada al número de participantes en la misma. Que existan muchos o pocos competidores no justifica la práctica, además de que ésta, como se ha dicho, no admite ninguna justificación atenuadora o absolutoria.

En consecuencia, este Honorable Tribunal puede verificar que también el argumento en cuestión de la demandante, como todos los antes señalados, es inválido.


Por ello, su digna autoridad deberá declarar la legalidad de las actuaciones impugnadas por AMATE TRAVEL.

Con base en las consideraciones expuestas, con todo respeto **PEDIMOS:**

- (a) Se admita el presente escrito;
- (b) Se tenga por rendido el informe requerido; y

(c) Después de los trámites respectivos se declare la legalidad de los actos reclamados.

Suscrito en Antiguo Cuscatlán, para ser presentado en San Salvador, al día trece de abril de dos mil diez.



Osvaldo Ceballos



Presentado a las catorce horas cinco minutos del día trece de abril de dos mil diez, por el licenciado Gerardo Daniel Henríquez Angulo, de treinta y ocho años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, quien se identificó con su Documento Único de Identidad Número 00331932-7 en original y seis copias, de las cuales le devuelvo una con la razón de ley.

