

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las diez horas y treinta y cinco minutos del día tres de abril de dos mil trece.

1. El presente recurso de revisión se inició por medio de escritos presentados los días seis y siete de marzo del corriente año por Jaime Ramírez Ortega, apoderado de Agua y Tecnología, S. A. de C. V. –en adelante Agua y Tecnología– y Milton Edgard Peña Mendoza, apoderado de Suministro Industrial de Equipo y Ferretería, S. A. de C. V. –en adelante Sief–, respectivamente, mediante los cuales impugnan en revisión la resolución definitiva emitida por este Consejo Directivo el día veintisiete de febrero de dos mil trece.
2. Al respecto, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

I. Argumentos planteados por Agua y Tecnología

3. El apoderado de la peticionaria del presente recurso manifestó que el Consejo Directivo “...ha atribuido a mi representada la conducta de haber incurrido en práctica anticompetitiva (...) en base a suposiciones ya que de acuerdo a la Ley y Reglamento de la Ley de Competencia (...) específicamente en cuanto a los criterios establecidos en el artículo 12 y que son los orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, a que se refiere el Art. 25 de la ley...”.
4. En relación con algunos criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos entre competidores, referidos en el Art. 12 del Reglamento de la Ley de Competencia, en adelante RLC, el apoderado de la recurrente señaló lo siguiente:
5. Sobre la letra a), que “...se ha demostrado que no existe una correlación continuada durante un período significativo de tiempo sobre la practica anticompetitiva atribuida a mi representada”.
6. En lo que respecta a la letra b), que “...no puede prever mecanismos de fiscalización o control que pueda influir en la conducta de los demás participantes”.



7. En cuanto a la letra c), "...que el número de participantes (...) no es reducido, y existen muchas empresas que prestan el servicio de alquiler de grúas y montajes de equipos electromecánicos".
8. En lo referido a la letra d), que "...las actuaciones de mi representada no se derivan de una habilitación legal o administrativa que restrinja el mercado del servicio de alquiler (...) ya que participan diversos proveedores de estos servicios".
9. Sobre la letra e), que es importante analizar "Que el mercado se comporte de tal manera que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas económicas y jurídicas distintas a la existencia de una de las prácticas mencionadas en el Art. 25 de la ley".
10. Con respecto a la letra f), que el Consejo Directivo argumentó "...que se han dado los presuntos sostenido (sic) reuniones y/u (sic) otras formas de comunicación (...) sin determinar técnica o fehacientemente la forma de comunicación que atribuyen, por lo que ese fundamento es en base a suposiciones..."
11. Sobre la letra g), "...Que restricción, limitaciones o impedimentos que otras empresas del mercado de alquiler de grúas y prestación de servicios de montaje de equipos electromecánicos puedan actuar libremente en el mercado" (sic).
12. Finalmente en cuanto a la letra h), que "...los precios establecidos [en la licitación] fueron fijados a las variaciones en los precios de los factores de producción, especialmente a los costos de combustible, costo de mano de obra y costo de equipos de producción".

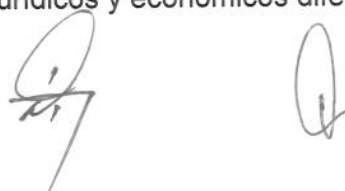
II. Argumentos planteados por Suministro Industrial de Equipo y Ferrería

13. El apoderado de la solicitante expuso, en su escrito recursivo, que la resolución se fundamentó en simples presunciones, pues "...no se estableció plenamente que mi patrocinada haya cometido tal conducta siendo esta resolución emitida en forma subjetiva en cuanto a la valoración de la prueba (...) no se adecua a lo establecido en los parámetros del Reglamento de la Ley de Competencia".

14. Por otra parte, manifestó que la Ley de Competencia, en adelante LC, en ningún momento establece "...que no debe haber cooperación entre empresarios o que se debe tener una enemistad cuando dos o más empresarios se dedican el (sic) mismo giro mercantil", con lo cual se vulnera el Art. 2 de la Constitución de la República en lo atinente a la libertad empresarial.
15. Así mismo argumentó que "Tampoco se puede aseverar por presunción que hubo un acuerdo de precios (...) por el simple hecho que los precios eran los mismos por hora, de lo contrario tendrían que multar a diario a las distintas gasolineras que ofertan sus productos y que tienden a coincidir en el mercado con el mismo precio".
16. Finalmente, expuso que "...dada la variedad del mercado ofertante de este tipo de servicios son muy similares en sus respectivos costos hora hombre, precio de combustible con el que se mueve la grúa, depreciación, entre otros (...) los precios de este tipo de servicios son sumamente similares, porque responden a un mercado específico en el que participan muchos competidores y no es exclusivo de pocas empresas".

III. Sobre los criterios orientadores prescritos en el Art. 12 del Reglamento de la Ley de Competencia

17. Como se puede advertir de los escritos interpuestos por sus apoderados, tanto Agua y Tecnología como Sief se han referido a los criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, previstos en el artículo 12 del RLC.
18. En virtud de lo anterior, es necesario aclarar que, tal como se expone en la referida disposición, los supuestos señalados en dicha norma son *criterios orientadores* y, por ello, lejos de configurar elementos *sine qua non* para tener por demostrada una práctica anticompetitiva –como interpretan las recurrentes–, son circunstancias que pueden coadyuvar a determinar la comisión de la misma. Además, los *criterios orientadores* no pueden ser aplicables a todas las modalidades establecidas en el Art. 25 de la LC, pues aun cuando *todas* las prácticas se refieren a acuerdos entre competidores, sus concreciones obedecen a circunstancias y supuestos fácticos, jurídicos y económicos diferentes.



- 19. En efecto, los *criterios orientadores* no constituyen una cadena de presupuestos entre sí, sino que basta con la configuración de uno o algunos de ellos para que se evalúe la existencia de un acuerdo entre competidores; además, dicha valoración se realiza junto a los distintos elementos probatorios incorporados en el expediente sancionador, ya que, de acuerdo al Art. 45 de la LC, la valoración de la prueba debe realizarse “conforme las reglas de la sana crítica”.
- 20. En ese sentido, es irrazonable pretender, por ejemplo, que si no se comprueba la existencia de una reunión entre los agentes investigados, se inhiba de forma total la posibilidad de demostrar que estos han adoptado un acuerdo anticompetitivo. Igualmente, para comprobar un acuerdo anticompetitivo en una licitación no es necesario demostrar que la colusión se ha dado en otras licitaciones más, cuando el análisis en ese caso es independiente y autónomo.
- 21. Habiendo quedado advertido el objeto de los criterios orientadores establecidos en el Art. 12 del RLC, este Consejo Directivo se pronunciará, a continuación, sobre los argumentos o alegaciones expuestos en los escritos recursivos.

IV. Análisis de las alegaciones hechas por Agua y Tecnología

A. Sobre que el Consejo Directivo atribuyó una conducta sin haber comprobado los criterios orientadores establecidos en el Art. 12 del RLC

- 22. Tal como se advirtió en el romano anterior, el Art. 12 del RLC señala “criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores”, los cuales sirvieron como referencia a la hora de analizar la conducta realizada por la recurrente en la licitación LPI-09/2011; es decir, como su naturaleza lo determina, sirvieron para una finalidad orientadora, pues establecieron algunas de las pautas que se utilizaron a la hora de valorar la conducta sancionada.
- 23. En ese sentido, debe reiterársele a la recurrente que dichos criterios no constituyeron una cadena de presupuestos entre sí, sino que bastó con la configuración de algunos de ellos

para evaluar, junto con el resto de elementos incorporados, la existencia del acuerdo entre competidores.

24. No obstante la claridad de la acotación anterior, este Consejo Directivo, respetando el derecho de petición, se pronunciará sobre el resto de argumentos expuestos por la solicitante, todos relacionados con la supuesta falta de concurrencia de los criterios orientadores establecidos en el Art. 12 del RLC, enfatizando que la valoración de los mismos va orientada a la naturaleza y modalidad del acuerdo sancionado –fijación de precios entre competidores en una licitación pública por invitación–.

B. De la no existencia de una correlación de precios continuada durante un período significativo de tiempo

25. Respecto al argumento planteado vinculado a la letra a) del Art. 12 del RLC, en el marco de una investigación de un acuerdo anticompetitivo en una licitación pública no es necesario demostrar que existe una correlación continuada durante un período significativo de tiempo para que dicho acuerdo pueda ser comprobado, en virtud de que el precio que se oferta es acorde a las exigencias requeridas en las bases para brindar un servicio determinado. Tampoco es necesario demostrar que ha existido una correlación continuada de precios en licitaciones anteriores.
26. Dadas las condiciones, pues, en las que se establece el precio en las licitaciones públicas, en las cuales el precio es presentado en sobre cerrado y conocido hasta la apertura de ofertas, no es aplicable ni estimable la correlación de precios planteada por la recurrente.

C. Sobre que Agua y Tecnología no puede prever mecanismos de fiscalización o control que puedan influir en la conducta de los demás participantes

27. En relación con la letra b) del Art. 12 del RLC, se manifiesta que si bien no se comprobó que Agua y Tecnología tuviese mecanismos de control que influyeran en la conducta de Sief, la ausencia de estos no afectó el análisis integral que se hizo en la resolución que ahora se impugna para la comprobación de la práctica investigada.



28. Y es que la existencia de un acuerdo anticompetitivo en una licitación no está condicionada única y exclusivamente a la existencia o no de mecanismos de fiscalización o control.
29. En razón de lo anterior, no es válido el argumento esgrimido por la recurrente, pues aun cuando no se demostró un mecanismo de control, sí se valoraron otros criterios y elementos probatorios que sustentaron la decisión final.

D. Sobre que el número de participantes no es reducido y existen muchas empresas que prestan el servicio licitado

30. Respecto a la letra c) del Art. 12 del RLC, este Consejo Directivo se pronunció en la resolución impugnada ya sobre este punto, y consideró la existencia de al menos dos aspectos que contribuyeron a reducir el número de agentes económicos que potencialmente podrían haber ofrecido el servicio requerido dentro de la licitación. Dichos aspectos son: la especialización en el tipo de servicio licitado y la experiencia en el manejo de grúas para el montaje y desmontaje de equipos electromecánicos, exigida en las bases de licitación.
31. Al respecto se señaló que, en la práctica, existe un número limitado de agentes económicos que ofrecen estos servicios a la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA). De acuerdo con datos recabados en la investigación, en los últimos cinco años han participado un reducido número de agentes económicos en las contrataciones realizadas por ANDA para el servicio de alquiler de grúas para el montaje y desmontaje de equipos electromecánicos.
32. Además, en la resolución impugnada, este Consejo aclaró que si bien pueden existir muchas empresas que presten el servicio de alquiler de grúas para montajes y desmontajes de equipos electromecánicos en el mercado, éstas no fueron objeto del análisis en el procedimiento sancionador, dado que el marco de la práctica anticompetitiva se circunscribió en una licitación pública por invitación.
33. Al respecto, este Consejo Directivo expuso que "aunque existan otros agentes económicos que puedan prestar el servicio requerido, distintos de aquéllos que participen en la licitación, estos, al no participar, no forman parte de la oferta real para dicha licitación, y por ende, quedan excluidos al momento de efectuar el análisis de competencia respectivo."

34. En razón de lo antes expuesto, el argumento de la solicitante no es estimable, pues el número de los agentes económicos que se consideraron para el análisis de la práctica anticompetitiva sancionada fueron únicamente los participantes en el procedimiento LPI-09/2011.

E. Sobre que las actuaciones de Agua y Tecnología no se derivan de una habilitación legal o administrativa que restrinja el mercado

35. En cuanto al argumento vinculado a la letra d) del Art. 12 del RLC, se determinó que efectivamente la conducta sancionada a Agua y Tecnología no proviene de una habilitación legal o administrativa, dado que se trata de una licitación pública en donde cada ofertante debe determinar, de manera independiente, el precio que ha de presentar ante la institución licitante.
36. No obstante lo anterior, este Consejo Directivo comprobó, con una serie de elementos probatorios recopilados durante el procedimiento sancionador, valorados íntegramente, que dicha sociedad cometió la práctica anticompetitiva establecida en el Art. 25 letra c) de la LC.
37. Finalmente, como se advirtió ya en párrafos anteriores, tampoco es un requisito *sine qua non* encontrar una habilitación legal para establecer o comprobar el acuerdo sancionado, por lo que el punto alegado por la recurrente no tiene fundamento.

F. Sobre que el mercado se comporte de tal manera que no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas, económicas y jurídicas

38. Del criterio planteado en la letra e) del Art. 12 del RLC, el apoderado de la solicitante transcribió literalmente lo que se establece en él, sin exponer o argumentar si se cumple o no el criterio señalado.
39. En virtud de lo anterior, este Consejo Directivo advierte que, aún cuando no existen alegatos específicos sobre los cuales pronunciarse, es necesario reiterar a la solicitante lo establecido en la resolución final en cuanto a dicho criterio: Después de efectuar un análisis exhaustivo de todas las variables y elementos incorporados en el expediente resultó poco factible y razonable, desde un punto de vista económico, encontrar una coincidencia –hasta en los




centavos- en el precio ofertado en una licitación por parte de dos agentes económicos independientes.

40. Por ello, ante la falta de argumentos y la irrazonabilidad de la igualdad en las ofertas, se deberá declarar sin lugar el aspecto referido por la sociedad recurrente.

G. Sobre que este Consejo Directivo determinó, con base en suposiciones, las reuniones y otras formas de comunicación entre las sancionadas

41. En cuanto al argumento vinculado a la letra f) del Art. 12 del RLC, es preciso resaltar el extracto de la declaración vertida durante la investigación por el señor Mario Siciliano, representante legal de Agua y Tecnología, cuando se le preguntó si se había relacionado o había tenido relaciones comerciales con la empresa Sief: "Si nosotros no tenemos algún repuesto y él lo tiene, entonces, nos vendemos nos compramos y nos apoyamos, para poder salir adelante y atenderle bien al cliente...". Luego agregó lo siguiente: "...algunas veces nuestras unidades están dañadas o en reparación, entonces hemos llegado a pedirles [a Sief] pues de que nos apoyen con su equipo que tienen."
42. Además se demostró que las sociedades se habían alquilado mutuamente sus equipos de grúa para montaje y desmontaje de equipos de bombeo, tal como se evidenció en los comprobantes de crédito fiscal N.º 0044, de fecha quince de octubre de dos mil diez, y N.º 00154, de fecha doce de octubre de dos mil siete, respectivamente (folios 190 pieza I y folios 73 pieza II de las partes públicas del presente expediente).
43. Adicionalmente, es preciso recordar que este Consejo Directivo expuso en la resolución impugnada que tanto el señor Mario Siciliano –representante legal de Agua y Tecnología– como el señor Eugenio Orellana –representante legal de Sief– claramente reconocieron en sus respectivas declaraciones que mantienen relaciones de colaboración laboral entre ambas sociedades.
44. En esta misma línea, en las declaraciones rendidas, se advirtió que el señor Eugenio Orellana –representante legal de Sief– fue accionista fundador de la sociedad Agua y Tecnología, con lo que se ratificó la estrecha vinculación entre las involucradas.

45. Asimismo, se evidenció que ambas sociedades habían utilizado la figura del consorcio para participar en otra licitación realizada por ANDA; dicho consorcio implicaba incuestionablemente que ambas sociedades debían comunicarse y coordinarse para fijar un precio a ofertar en la prestación conjunta del servicio, previo análisis de los costos respectivos en que incurrirían.
46. Ahora bien, respecto al argumento de que “no se le ha comprobado por estos medios probatorios la conducta de práctica anticompetitiva”, es dable señalar que este tipo de elementos (reunión y formas de comunicación) no se han analizado de manera aislada, sino que fueron considerados en la resolución impugnada como uno de los “Aspectos vinculantes y de coordinación entre los agentes económicos”, los cuales analizados conforme las reglas de la sana crítica y sobre la base de todos los elementos aportados en la investigación, demuestran efectivamente que la igualdad de precios ofertados en la Licitación LPI-09/2011 es producto de un acuerdo anticompetitivo entre Sief y Agua y Tecnología.
47. En virtud de lo anterior, este Consejo sí determinó técnica y fehacientemente que entre ambas sociedades existieron vínculos que crearon una estrecha relación de colaboración, comunicación y, por tanto, de coordinación, que se atribuyó a Sief con Agua y Tecnología, con lo cual se desvirtúa el alegato expuesto por la peticionaria.

H. Sobre “la restricción, limitación o impedimento que otras empresas del mercado de alquiler de grúas y prestación de servicios puedan actuar libremente en el mercado” (sic)

48. En lo que respecta a este criterio, este Consejo Directivo no advierte con claridad el fundamento fáctico que la peticionaria pretende recurrir, pues se limitó a citar la parte final de la letra g) del Art. 12 del RLC, sin exponer el por qué Agua y Tecnología se siente agraviada sobre este aspecto.
49. No obstante, cabe reiterar que el mercado en el cual se circunscribe la recurrida práctica es en el procedimiento de licitación LPI-09/2011 exclusivamente, en el cual solo participaron las sociedades multadas, por lo que letra g) del Art. 12 del RLC no aplicó para el análisis realizado, lo cual, y como se advirtió en párrafos anteriores, tampoco es un requisito *sine qua non* para establecer o comprobar el acuerdo sancionado.

50. Por lo expuesto, en virtud de la falta de argumentos, se deberá declarar no ha lugar lo transcrito por la recurrente.

I. Sobre que los precios establecidos en la licitación fueron fijados según las variaciones en los precios de los factores de producción, especialmente a los costos de combustible, costo de mano de obra y costo de equipos de producción

51. Finalmente, respecto al argumento planteado, debe señalarse que los datos presentados por Agua y Tecnología, para el análisis de la determinación del precio por hora, *no fueron consistentes* y, por tanto, confiables para establecer de manera fehaciente la forma en cómo se determinó el precio ofertado en la licitación LPI-09/2011.

52. Sobre este aspecto es preciso resaltar que este Consejo Directivo demostró que Agua y Tecnología presentó en dos ocasiones distintas la forma en cómo determinó el precio unitario por hora de servicio ofertado; en dichas ocasiones los elementos que componían los costos del precio unitario por hora de servicio ofertado en la licitación LPI-09/2011 fueron distintos y, además, los valores estimados para cada componente del costo eran diferentes, tal y como consta en la resolución final.

53. En efecto, en la resolución impugnada se determinó lo siguiente: “Por ejemplo, se advirtió para un elemento específico (el combustible) que Agua y Tecnología había declarado una estimación de costo equivalente a \$10.00 dólares por hora de alquiler de grúa, pero posteriormente, cuando se le requirió el detalle de los elementos que componían el precio ofertado por hora de servicio, en la información remitida indicó que, para el combustible, estimaba un costo de \$12.50 dólares por cada hora de alquiler de grúa.”

54. Por otra parte, en la declaración que se tomó en la investigación no se encontró ninguna argumentación económica o técnica que permitiese justificar la igualdad de los precios presentados.

55. En conclusión, este punto de la pretensión recursiva tampoco debe estimarse.

V. Análisis de las alegaciones hechas por Suministro Industrial de Equipo y Ferrería, S. A. de C. V.

A. Sobre que este Consejo Directivo fundamentó la resolución en simples presunciones sin que se adecuase a lo establecido en los parámetros del Reglamento de la Ley de Competencia

56. Sobre este argumento, en primer lugar, se reitera que no es necesario el cumplimiento de todos los referidos criterios en el artículo 12 del RLC para determinar la existencia de una de las conductas prohibidas por el artículo 25 de la LC. En segundo lugar, se reitera que no es cierto que la existencia del acuerdo anticompetitivo se fundamente en simples presunciones o que los elementos probatorios fueron valorados de forma subjetiva.
57. En efecto, para desvirtuar la aseveración hecha por Sief, consta en la resolución sancionatoria que este Consejo Directivo, luego de realizar un análisis integral basado en la sana crítica, en el que se valoraron todos los elementos probatorios recopilados en el procedimiento sancionador, demostró que ambas sociedades ofertaron un precio idéntico (USD\$79.10 por hora) sin ninguna justificación económica valedera.
58. Así mismo, se comprobó la existencia de elementos vinculantes y de coordinación por ambos agentes económicos sancionados, tales como la similitud en la documentación presentada en los alegatos de defensa; la contratación entre ellas de sus servicios de alquiler de grúas; la participación de manera conjunta (consorcio) en una licitación pública; y la vinculación encontrada entre los accionistas fundadores de las sociedades investigadas y sus representantes legales. Además, se determinó la ausencia de certeza positiva en los elementos aportados por los agentes investigados para comprobar, de manera confiable y fehaciente, la determinación de los precios que ofertaron en la referida licitación. Para robustecer lo anterior, consta en las declaraciones de los representantes legales de ambas sociedades, la comunicación y colaboración entre los ofertantes.
59. En virtud de todo lo antes expuesto, este Consejo Directivo concluyó que existieron elementos de juicio suficientes e inequívocos para afirmar que la igualdad de los precios ofertados en la licitación LPI-09/2011 obedecía al cometimiento de la práctica anticompetitiva prescrita en el Art. 25 letra c) de la LC.



60. En conclusión, se desvirtúan las alegaciones hechas por la peticionaria en cuanto a que la práctica cometida fue sancionada por este Consejo Directivo con meras presunciones

B. Sobre la violación al Art. 2 de la Constitución, ya que la LC no establece la prohibición de cooperación entre sociedades

61. Sobre este argumento es necesario mencionar que la sola cooperación entre sociedades no configura *per se* un acuerdo anticompetitivo; sin embargo, es evidente que a través de una cooperación entre agentes económicos pueden propiciarse vínculos entre ellos que propicien un acuerdo colusorio. Lo que se debe dejar claro es que existen ciertos tipos de cooperación entre competidores que pueden constituirse, en determinadas circunstancias, como elementos que facilitan el establecimiento de vínculos de comunicación y coordinación que pueden conllevar al cometimiento de una práctica anticompetitiva establecida en la LC.
62. Y es que, tal como ya se señaló anteriormente, en el procedimiento sancionador se valoraron íntegramente todos los elementos incorporados al procedimiento según el sistema de sana crítica y, de esa manera, se demostró contundentemente que las sancionadas cometieron la práctica anticompetitiva prohibida por el artículo 25 letra c) de la LC.
63. Como se puede advertir en este caso, la conducta ilícita cometida por Sief no fue sancionada únicamente por la cooperación con su competidor; dicha cooperación fue considerada como un *elemento vinculante que fomentaba la comunicación y coordinación* entre ambas sociedades. Tales elementos fueron valorados en conjunto con el resto de los medios probatorios incorporados (prueba instrumental, testimonial, etc.) que, junto a la injustificada igualdad de todos los precios ofertados en las diferentes zonas geográficas, condujeron a este Consejo Directivo a determinar que efectivamente procedía la sanción por la práctica anticompetitiva realizada por Sief y su competidor.
64. Finalmente, debe advertírsele a la recurrente que aún cuando la libertad empresarial es uno de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución de la República, aquella no es absoluta e irrestricta; por ejemplo, siendo que la libertad empresarial es un derecho vinculado con la defensa de la competencia, es preciso que su ámbito de actuación no traspase el marco constitucional y legal que prescribe la protección de la competencia. Si lo traspasa, se configura una infracción a la LC que activa el procedimiento sancionador correspondiente. Al

igual que otras libertades, la empresarial opera con sujeción a una serie de limitaciones constitucionales y legales encaminadas a asegurar la libertad de los demás.

65. En consecuencia, se desvirtúa el alegato expuesto por la peticionaria, en cuanto a que existe violación al derecho de libertad establecido en el Art. 2 de la Constitución de la República.

C. Sobre que este Consejo Directivo determinó el acuerdo sancionado por la igualdad de precios ofertados en base a presunciones

66. El Consejo Directivo, según la recurrente, presumió que hubo un acuerdo de precios por el simple hecho que estos eran los mismos por hora, si fuese así -advirtió- se tendría que multar, a diario, a las distintas gasolineras que ofertan sus productos y que tienden a coincidir en el mercado con el mismo precio.

67. Con relación a este argumento, es oportuno recalcar que este Consejo Directivo realizó un análisis de todos los elementos incorporados al procedimiento a partir de la existencia de una identidad de precios ofertados hasta en los centavos y, tal como aparece en la resolución impugnada, se relacionó de forma detallada el análisis de cómo se determinó la existencia del acuerdo anticompetitivo.

68. Así, este Consejo Directivo, al examinar, relacionar y analizar bajo las reglas de la sana crítica el expediente de licitación LPI-09/2011 realizada por ANDA, así como de cada elemento probatorio incorporado en el expediente sancionador, demostró, por medio de prueba documental y testimonial, que la identidad de los precios por hora ofertados por las sociedades sancionadas era producto de un acuerdo anticompetitivo. En efecto, tal como se detalló en la letra A del presente romano, por medio de varios elementos probatorios se corroboró que la identidad de los precios ofertados era producto de un acuerdo.

69. Por lo anterior, este Consejo Directivo desvirtúa el alegato de la solicitante, ya que el acuerdo sancionado *no* se determinó con base en meras presunciones; todo lo contrario, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores, se determinó luego de examinar de forma integral los distintos elementos probatorios incorporados en el transcurso del procedimiento (documentos, declaraciones, etc.), y dicho análisis concluyó en que existían suficientes



pruebas para determinar que los ahora recurrentes incurrieron en el ilícito prohibido por la letra c) del artículo 25 de la LC.

70. Por otra parte, en cuanto a que se deberían multar a los agentes económicos que operan en el mercado de la distribución minorista de combustibles, específicamente aquellos propietarios de estaciones de servicios de gasolinas y diesel, por una supuesta igualdad de precios, es necesario aclarar que el caso recurrido es diferente al ejemplo planteado, ya que se trata de una licitación pública, en donde, *dadas las características en que se ejecuta*, el precio que ha de ser ofertado no es de conocimiento público sino que es conocido por los competidores hasta la apertura de ofertas. Por el contrario, en el caso de bienes o servicios ofrecidos en un mercado, fuera del marco de una licitación pública, las condiciones en las cuales los agentes económicos compiten difieren totalmente de las condiciones de competencia de una licitación pública, ya que en los procedimientos licitatorios la competencia se realiza *ex ante* y los precios ofertados se establecen de manera secreta.
71. Además, para comprobar un acuerdo anticompetitivo en una licitación se requiere de un análisis de variables distintas e independientes, pues obedecen a circunstancias y supuestos fácticos, jurídicos y económicos diferentes. El caso traído a cuento por el apoderado de la recurrente escapa del análisis efectuado en el presente expediente y por ello no pueden hacerse evaluaciones comparativas.
72. Por tanto, se desvirtúa el alegato expuesto por la peticionaria, en cuanto a que se determinó en base a presunciones el acuerdo sancionado por la igualdad de precios ofertados.

D. Sobre la homogeneidad de los costos y precios del servicio licitado

73. Finalmente, Sief expuso que "...dada la variedad del mercado ofertante de este tipo de servicios son muy similares en sus respectivos costos hora hombre, precio de combustible con el que se mueve la grúa, depreciación, entre otros (...) los precios de este tipo de servicios son sumamente similares, porque responden a un mercado específico en el que participan muchos competidores y no es exclusivo de pocas empresas".
74. En efecto, la igualdad de un precio en un mercado tiende a ser más factible cuando el producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo; no obstante,

cuando se refiere a la presentación de ofertas en una licitación, no existe posibilidad de conocer entre los ofertantes –de forma previa al acto de apertura de ofertas- el precio que ha de ser propuesto por cada agente económico, en razón de su carácter secreto, en sobre cerrado, teniéndose conocimiento de ellos hasta el momento en que la institución licitante realiza el acto de apertura de ofertas.

75. En una licitación, cuando los ofertantes son agentes económicos independientes, implica que estos poseen estructuras financieras y de costos diferenciadas, así como capacidades instaladas distintas, entre otros; estas diferencias deberían hacer que los precios a ofertar por sus productos o servicios en una licitación sean distintos unos de otros, aun cuando estos sean homogéneos.
76. Además este Consejo evidenció que la identidad de precios lo fue aún en zonas geográficas distintas, \$79.10 dólares con IVA incluido, sin importar la distancia entre cada región en donde se encontraba la estación de bombeo (a nivel nacional), situación que sin lugar a dudas influye en la determinación de los costos.
77. Por tanto, resultó poco factible y razonable desde un punto de vista económico encontrar una coincidencia –hasta en los centavos- en los precios ofertados en una licitación por parte de dos agentes económicos independientes, pese a que los servicios ofertados sean los mismos.
78. Siendo así, se desvirtúa el alegato expuesto por la peticionaria, en cuanto a la homogeneidad de los costos y precios del servicio.

VI. Conclusión

En razón de lo expuesto en los romanos IV y V de la presente resolución, se determina que todos los argumentos planteados tanto por Agua y Tecnología como por Sief, han sido debidamente desvirtuados por este Consejo Directivo en el presente recurso de revisión, y por ello habrá que confirmar en todas sus partes la resolución recurrida.

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 12, 74 y 77 de su reglamento, este Consejo Directivo **RESUELVE**:



- I. Declarar no ha lugar el recurso de revisión interpuesto por Agua y Tecnología, S. A. de C. V. y por Suministro Industrial de Equipo y Ferrería, S. A. de C. V.
- II. Confirmar en todas sus partes la resolución pronunciada por este Consejo Directivo el día veintisiete de febrero de dos mil trece. Como consecuencia, los agentes económicos antes mencionados deberán cancelar la multa, en el plazo de 8 días posteriores a la fecha en que se les notifique la presente resolución.
- III. Notificar a las recurrentes y comunicar a la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA).