

Ref. SC-001-O/PA/NR-2009

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

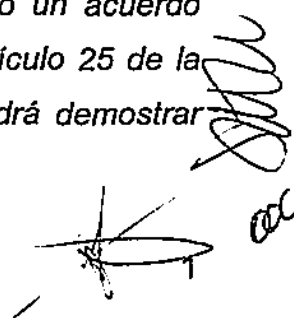
El presente recurso de revisión se inició por medio de los escritos presentados el día quince de julio del corriente año por Carlos Juan José Regalado Paz, en representación de AMATE TRAVEL, S.A. DE C.V. –en adelante AMATE TRAVEL–; Juan Federico Salaverría Prieto, en representación de U-TRAVEL SERVICE, S.A. DE C.V. –en adelante U-TRAVEL–; Guillermo Guidos Alarcón, en representación de AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA, S.A. DE C.V. –en adelante AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA–; y Francisco José García Rivas, en representación de INTER-TOURS, S.A. DE C.V. –en adelante INTER-TOURS–; mediante los que impugnan, en revisión, la resolución definitiva emitida por este Consejo Directivo el día siete de julio de dos mil nueve.

I. ARGUMENTOS PLANTEADOS EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN

A. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR AMATE TRAVEL

El apoderado de AMATE TRAVEL manifiesta 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, lo cual constituye una violación a la jurisprudencia salvadoreña".* Y agrega que: *"la 'Regla per se' sería una 'presunción de derecho', es decir 'la que no admite prueba en contrario'".*

Por otra parte, el licenciado Regalado Paz añade que: *"el Consejo Directivo de la Superintendencia tuvo que haber demostrado que efectivamente existió un acuerdo para imputarle que cometió la modalidad señalada en la letra c) del Artículo 25 de la Ley de Competencia, situación que jamás se ha demostrado ni se podrá demostrar*

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page. There are two distinct signatures, one above the other, and some initials to the right.

porque jamás existió, implicando que con meras presunciones le imputa una conducta y sus efectos sin existir prueba fehaciente que lo demuestre”.

En otro orden de ideas, AMATE TRAVEL alega en su recurso que: *“para que realmente existan indicios de que se han adoptado acuerdos anticompetitivos los precios fijados por mi 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 ó (sic) repetida DURANTE UN PERIODO SIGNIFICATIVO DE TIEMPO, es decir que esta práctica se tuvo que haber estado realizando durante varios años”. Y, en el mismo sentido señala que: “jamás se ha determinado que existió siquiera una reunión o que se pusieron de acuerdo todos para adoptar el precio que se ofertó, y sabido es que el término acuerdo ‘presupone la reunión ó (sic) unión de dos ó (sic) más personas para concertar algo”.*

Asimismo, el licenciado Regalado Paz manifiesta que, respecto al reducido número de agentes económicos participantes en licitaciones, señala que: *“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 que están autorizadas por la IATA para participar en las licitaciones públicas porque al final las agencias de viaje se convierten en meras financieristas del Estado”.*

Añade el recurrente que: *“históricamente las comisiones que pagaban las aerolíneas desde el año 2001, por virtud de los atentados del 9/11, han ido bajando hasta llegar a CERO, por ello es que si se establecieron precios similares en las dos licitaciones públicas por las que han condenado a mi representada fue producto de la casualidad y del paralelismo que existe en un mercado en donde el precio de mercado fue el que en su momento se estipuló”.*

Finalmente, AMATE TRAVEL asevera que el acto impugnado : *“también es ilegal porque no se admite y/o toma en cuenta como prueba documental de descargo el*



cálculo por medio del cual se determinó el precio que mi representada presentó para participar en las Licitaciones Públicas del Ministerio de Economía y de CORSATUR".

En conclusión, se puede aseverar que el recurso de revisión de AMATE TRAVEL se fundamenta en los siguientes argumentos:

1. El Consejo Directivo no debió aplicar la regla *per se* para examinar la práctica investigada, pues tal mecanismo de análisis no está previsto en la ley y determina la ilegalidad sin tener en cuenta si hubo dolo o culpa.
2. No se comprobó la existencia de un acuerdo anticompetitivo; por el contrario, tal hecho se determinó con base en meras presunciones.
3. En el presente caso no se cumplieron los criterios orientadores previstos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia.

B. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR U-TRAVEL

U-TRAVEL manifiesta que, cuando sus representantes pretendieron ejercer el derecho de vista, no se les entregó el expediente íntegro y, respecto a los extractos que manifiesta que no se pusieron a su disposición, señala que: *"no podían tener acceso a la misma por encontrarse en ese momento en un proceso de clasificación y que se desconocía cuando terminarían dicho proceso y cuando podrían tener acceso a la misma".* Por ese motivo, dicha sociedad alega que: *"no pudo tener acceso al expediente en mención, considerando que nuestro derecho de defensa se vio limitado al no haber podido tener acceso al mismo antes de presentar nuestros alegatos, violándonos nuestro derecho de defensa".*

Por otra parte, el representante legal de U-TRAVEL asevera, respecto a la aplicación de la regla *per se*, que: *"el Consejo Directivo ha tomado la regla en un contexto general y no se ha detenido a analizar si este debe ser previamente declarado, lo cual no hacen en la resolución, pues en los Estados Unidos que poseen un tipo de derecho distinto al latinoamericano y particularmente al nuestro, el tribunal debe declarar si para ese caso*

en particular debe aplicar o no la regla per se, pues los casos pueden ser diferentes entre sí, dicha situación no sucede en nuestro país pues nuestro derecho es reglado y este debe estar previamente regulado en la ley y el derecho de la 'regla per se' no aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera como presunción de derecho". Y, sobre el mismo punto añade que: "el Art. 45 [de la Ley de Competencia] claramente ha establecido que el sistema de valoración de pruebas es la Sana Crítica, y en ningún momento eso significa que en razón de ello se deja abierta la puerta de la interpretación por analogía, aplicando un sistema, para el caso de reglas per se y de la razón, que no está mencionado ni reglamentado en nuestra legislación (...)".

Añade el recurrente que la Superintendencia de Competencia: "da por sentado que existe el acuerdo cuando solo lo puede sostener a la luz de doctrina internacional, de los indicios y de presunciones de hecho"; y , respecto al mismo asunto, señala que: "de la sola coincidencia de los precios basta para ser sancionado, sentando un precedente negativo en donde se puede concluir que cada vez que dos o más empresas dentro de una licitación coincidan en precios deben ser multados sin más".

Por otra parte, al examinar el análisis que se hizo sobre la declaración del Gerente General de U-TRAVEL, el recurrente manifiesta que: "el gerente General ingresó a la empresa en noviembre de dos mil ocho, tal y como aparece en el acta de las ocho horas y treinta minutos del día uno de abrió de dos mil nueve, posteriormente al periodo en que se dieron los eventos aquí investigados, lo que justifica que no pudiera dar la información precisa ya que se le preguntó de hechos que no estaba obligado a conocer".

En otro orden de ideas, asevera que: "desestimamos la forma irresponsable y simple con que desestiman nuestros argumentos los cuales, dejando claro que en nuestro caso utilizamos profesionales de renombre y prestigio como lo son el Licenciado Otto Karím Guzmán Barrera, Contador Público Académico, de la empresa AUDITORES Y CONSULTORES DE NEGOCIOS, S.A. DE C.V., para presentar los costos de la emisión de boletos".



Además, alega que: *"no se puede concluir que en el caso en mención exista una correlación positiva, importante y continuada en los precios de dos o más competidores, durante un período significativo de tiempo"*.

Por lo anterior, se puede concluir que los argumentos de defensa de U-TRAVEL se resumen en los siguientes:

1. Se violó el derecho de defensa al no permitirle ejercer el derecho de vista sobre todo el expediente previo a presentar los alegatos de defensa.
2. El Consejo Directivo no debió aplicar la regla *per se* para examinar la práctica investigada, pues tal mecanismo de análisis no está previsto en la ley y el mecanismo previsto en la ley para valorar la prueba es el de la "sana crítica".
3. No se comprobó la existencia de un acuerdo anticompetitivo; por el contrario, tal hecho se determinó con base en meros indicios.
4. En el presente caso no se cumplieron los criterios orientadores previstos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia.

C. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA

El apoderado de AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA cuestiona la aplicación de la regla *per se* y sobre el análisis de doctrina y resoluciones de autoridades extranjeras en materia de defensa de la competencia, el recurrente asevera que: *"suponiendo que estas experiencias y criterios de entidades extranjeras formaran o constituyeran 'jurisprudencia internacional', he revisado nuevamente nuestra legislación y me he encontrado con que dentro de las fuentes del derecho salvadoreño, estas resoluciones no son tomadas en cuenta"*.

Sobre el mismo asunto, el referido profesional arguye que: *"Luego el Consejo hace referencia a resoluciones emitidas por él, en casos de supuestas violaciones a la legislación de Competencia, por competidores en El salvador, referencias SC-001-O/PA/R-2007 y SC-005-O/NR-2008. Casos que no deben ser tomados en cuenta, pues*



no tienen resoluciones en firme, pues se están ventilando ante las instancias correspondientes".

Finalmente, AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA señala que: *"En la investigación realizada NO SE HA PROBADO de ninguna manera la existencia de acuerdos de manejo de precios por ninguna forma, ni verbal, ni escrita, ni por ningún otro medio".*

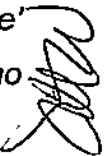
Por lo anterior, es dable afirmar que el recurso de AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA se basa en las siguientes alegaciones:

1. La regla *per se* no debió aplicarse pues se utilizó accediendo a fuentes extranjeras y a resoluciones anteriores del Consejo Directivo que no están firmes.
2. No se demostró la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

D. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR INTER-TOURS

Por su parte, INTER-TOURS manifiesta en su recurso que: *"para que exista un cartel debe existir un acuerdo o cualquier otro tipo de acto consciente entre dos o más agentes económicos competidores que tenga como fin restringir, limitar o eliminar la competencia en el mercado. De esta forma hay que tener en cuenta que 'el paralelismo de precios' o 'precios similares' entre varios agentes económicos no siempre constituye prueba suficiente para verificar la existencia de un acuerdo entre competidores".*

Añade INTER-TOURS que: *"no se pudo verificar en la resolución, la referencia a la valoración de las pruebas, que tuvo que haber hecho el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, según los criterios establecidos en el Reglamento de la Ley de Competencia. Sí se habla y se desarrolla de gran manera la regla 'per se' misma que valga decir no aparece recogida en nuestra legislación y tampoco como criterio orientador".*



Finalmente, INTER-TOURS manifiesta que: *"en este punto se ratifica lo expuesto anteriormente en uno de los escritos presentados respecto de la violación al derecho de vista de las actuaciones, que degenera en la violación al derecho de defensa (...) si no se cumple con el derecho de vista de las actuaciones y en consecuencia no se tiene acceso a toda la información que rodea a las 'posibles' prácticas anticompetitivas cometidas por mi representada, las presentes alegaciones que persiguen exponer la defensa contra ellas y sobretodo ofrecer los medios de prueba adecuados para probarla, adolecerán de grandes deficiencias (información, datos, conclusiones, etc.) que según el proceso previsto no podrán ser planteadas en el por haber transcurrido el momento procesal oportuno para ello"*.

Por lo anterior, el recurso de INTER-TOURS se fundamenta en las siguientes alegaciones:


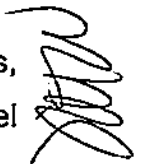
1. No se demostró la existencia del acuerdo anticompetitivo.
2. No debió aplicarse la regla *per se*, pues ésta no está prevista en la ley.
3. Se violó el derecho de defensa al no permitirle ejercer el derecho de vista sobre todo el expediente previo a presentar los alegatos de defensa.

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

A continuación, se procederá a examinar los argumentos sobre los cuales los recurrentes fundamentan sus recursos de revisión.

A. SOBRE EL CUESTIONAMIENTO A LA APLICACIÓN DE LA REGLA *PER SE*

Los cuatro agentes económicos recurrentes han cuestionado, en términos similares, que en la resolución impugnada se hizo una exposición sobre la forma cómo en el Derecho de Competencia se analizan las prácticas anticompetitivas entre competidores, es decir, a través de la regla *per se*.



Las inconformidades planteadas por los agentes económicos se basan en que dicha regla de análisis, a su juicio, no está prevista en la Ley de Competencia de nuestro país, además, que inhibe de examinar si la conducta se realizó con dolo o culpa y que es una forma de análisis que se fundamenta en fuentes extranjeras o actos administrativos de la Superintendencia que, por no estar supuestamente firmes, carecen de carácter vinculante u obligatorio.

Por ello, a continuación se examinarán de forma detallada estos señalamientos.

1. En primer lugar es necesario aclararle a los agentes económicos recurrentes que la forma de análisis cuestionada sí está prevista en la Ley de Competencia.

Lo anterior se evidencia a partir del tratamiento diferente que el Título III de la Ley de Competencia hace respecto a los acuerdos anticompetitivos entre competidores –tipificados en el artículo 25– frente a las prácticas anticompetitivas entre no competidores y los abusos de la posición dominante –tipificados en los artículos 26 y 30, respectivamente–.

La Ley de Competencia ha previsto que para determinar la ilicitud de las prácticas anticompetitivas entre no competidores y los abusos de la posición dominantes es necesario que la Superintendencia examine aspectos tales como la titularidad de posición dominante por parte del agente o agentes infractores (que es la condición indispensable para que exista una afectación a la competencia).

Así, en la letra a) del artículo 27 de la Ley de Competencia se establece que, para determinar que una práctica anticompetitiva entre no competidores es ilícita, debe demostrarse, entre otros, *“que el infractor o infractores, actuando individual o conjuntamente, tengan una posición dominante en el mercado relevante”*. Del mismo modo, para verificar la ilicitud de una de las conductas descritas en el artículo 30 de la Ley de Competencia, no es suficiente con verificar que la acción del agente investigado se adecua a los tipos descritos; además, la Superintendencia debe

demostrar que el infractor tiene posición dominante pues, de lo contrario, es imposible abusar de la misma.

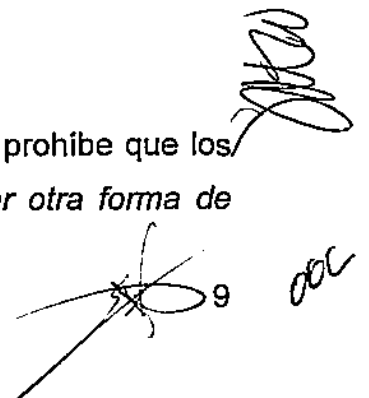
En el mismo sentido, el legislador ha previsto que las prácticas entre no competidores y los abusos de posición dominante son conductas que, por sí mismas, no son anticompetitivas; por ello, la Superintendencia debe demostrar también los efectos provocados en el mercado por la práctica y la finalidad perseguida por el agente infractor.

Así, en el artículo 27 literal c) de la Ley de Competencia se establece que, al examinar las prácticas anticompetitivas entre no competidores, debe demostrarse: *"que dichas prácticas han producido o pudieran producir el efecto de limitar la competencia, impedir o limitar el acceso o desplazar competidores al mercado y, en todo caso, que se ha producido un perjuicio a los intereses de los consumidores"*.

Asimismo, las letras b), c) y d) del artículo 30 establecen como abusos de posición dominante: *"b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa de la competencia dentro del mercado; c) La disminución de precios en forma sistemática, por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores, o evitar la entrada o expansión de estos; y d) La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país"*.

Contrario a lo anterior, el legislador no ha establecido que las conductas tipificadas en el artículo 25 de la Ley de Competencia tienen condicionada su ilicitud a otros aspectos adicionales a los previstos en el ilícito administrativo.

En efecto, cuando el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia prohíbe que los competidores "[fijen] o [limiten] precios en subastas o en cualquier otra forma de

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page. The signature is a large, stylized cursive mark. Below it, there are smaller initials, possibly 'OC', and a small number '9'.

licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes”, el legislador decidió que el mero hecho que dos o más competidores adoptaran un acuerdo de esas características, suponía la comisión de una conducta anticompetitiva, sin que sea necesario examinar los efectos de la práctica o la titularidad de posición dominante de los infractores.

Así como ocurre con el artículo 25 de la Ley de Competencia, existen muchas leyes administrativas que contienen tipos sancionadores en los cuales son irrelevantes aspecto como los efectos producidos por el ilícito. Por ejemplo, en el artículo 238 letra a) del Código Tributario se establece que: *“Constituye incumplimiento con relación a la obligación de presentar declaración: a) Omitir la presentación de la declaración. Sanción: Multa equivalente al cuarenta por ciento del impuesto que se determine, la que en ningún caso podrá ser inferior a un salario mínimo mensual”.*

Del mismo modo, el artículo 17 de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos establece que: *“La Corte Suprema de Justicia impondrá multas de cien a cinco mil colones, a los funcionarios y empleados públicos que omitieren hacer la declaración en el término indicado en el artículo 3 y les fijará un nuevo plazo prudencial para que lo efectúen”.* Así, cuando alguno de los funcionarios o empleados públicos que están obligados a presentar a la Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) la respectiva declaración jurada del estado de su patrimonio, omite efectuar tal presentación, esa omisión es suficiente para que la CSJ imponga la correspondiente sanción pecuniaria, sin que sea necesario examinar los efectos de esa situación u otro tipo de circunstancia.

Por lo anterior, es evidente que el legislador estableció que, a diferencia de las prácticas anticompetitivas entre no competidores y los abusos de posición dominante, las conductas que calificó como acuerdos anticompetitivos entre competidores *sí son ilícitas por sí mismas y no admiten justificación.*



A partir de lo expuesto vale agregar que, a diferencia de la alegación de AMATE TRAVEL respecto a que la *"la 'Regla per se' sería una presunción de derecho"*, se aclara que dicha regla no se configura como una presunción. En realidad, la regla *per se* implica que, independientemente si la comisión de un acuerdo anticompetitivo entre competidores se demuestra por medio de testigos, prueba instrumental, prueba por presunciones, o una combinación de medios probatorios, la ilicitud de la conducta queda determinada por el mero acuerdo, sin que sea necesario verificar elementos adicionales, tal como los efectos producidos en el mercado por la práctica anticompetitiva.

De cualquier forma, *aunque en este caso no se determinó la existencia de la práctica anticompetitiva mediante prueba por presunciones*, hay que aclarar que tal medio probatorio, lejos de ser ilegal, está expresamente previsto en los artículos 408 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles –de aplicación supletoria en este tipo de procedimientos–.

2. Habiendo aclarado qué es la regla *per se* y que la misma está prevista en la Ley de Competencia como forma de analizar los acuerdos anticompetitivos entre competidores, corresponde ahora examinar la alegación respecto a que, al aplicar dicha regla, se está inhibiendo el análisis sobre si la conducta se realizó con dolo o culpa.

Para examinar tal señalamiento es pertinente, en primer lugar, esclarecer cuál es el bien jurídico tutelado por el Derecho de Competencia.

Doctrinariamente se ha afirmado que el Derecho de Competencia persigue varios objetivos; así, se configura como un medio para lograr una asignación racional de recursos, para evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional, sirve como un mecanismo sustitutivo de la intervención estatal directa en la economía y opera como un instrumento de protección al consumidor. De esa manera, se advierte que

esta rama del Derecho, en lugar de regular intereses particulares, despliega su carácter normativo en función de materias de interés público; por ello, se califica a esta rama del Derecho en el conglomerado de normas de Derecho Público.

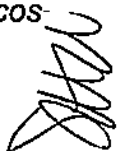
Por otra parte, el artículo 1 de la Ley de Competencia señala categóricamente que su objeto es: *"promover, proteger y garantizar la competencia (...) a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores"*.

Asimismo, en los considerandos de la ley se expone claramente que su base constitucional radica en el interés de los consumidores y la libertad económica, bienes jurídicos de rango constitucional consagrados en los artículos 101 y 102 de la Carta Magna.

Por lo anterior, es dable afirmar que entre los bienes tutelados por el Derecho de Competencia y, en particular, por la Ley de Competencia, se encuentran la competencia, la libertad económica, el bienestar de los consumidores y la eficiencia de los mercados; por ello, las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, el régimen sancionador y los instrumentos procedimentales están diseñados para proteger a esas categorías jurídicas y no a un agente económico en particular.

Así, el fundamento para que la Ley de Competencia califique como anticompetitivas ciertas conductas es porque, a través de ella, se lesionan los bienes jurídicos señalados en el párrafo anterior.

En lo que respecta al presente caso, se observa que el legislador ha considerado que los acuerdos entre competidores, tipificados en el artículo 25 de la Ley de Competencia, son prácticas anticompetitivas y, en consecuencia, ilegales, *porque por el solo hecho de existir vulneran la competencia y los demás bienes jurídicos tutelados por la ley.*



Una violación al bien jurídico de la competencia podría desarrollarse impidiendo a un tercero competir en determinado mercado o coordinándose con los competidores para no competir entre sí; de manera que, en las conductas relacionadas en el artículo 25 de la Ley de Competencia, los competidores se ponen de acuerdo para "no competir" entre sí en determinados aspectos, lo que causa un notable perjuicio al consumidor.

A manera de ejemplo, en un acuerdo entre competidores para fijar precios o limitar cantidades de producción –tipificado en las letras a) y b) del artículo 25 de la Ley de Competencia–, es evidente que la única explicación para éste es que los competidores han decidido establecer un precio o un límite de producción y "no competir" en dichas variables de mercado. Lo mismo ocurre cuando dos competidores, de mutuo acuerdo, se auto-asignan espacios geográficos en donde uno no competirá con el otro –conducta tipificada en la letra d) del artículo 25 de la Ley de Competencia como división del mercado–; pues, en esa situación, la única intención que persigue el acuerdo es "no competir" en esas regiones particulares.

Así, cuando AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA, U-TRAVEL, AMATE TRAVEL e INTER-TOURS establecieron anticompetitivamente las comisiones que ofrecerían a las instituciones públicas contratantes, cometieron, inevitablemente, una violación al bien jurídico de "la competencia" y contravinieron el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia. Y es que, con el acuerdo, se anuló la competencia en relación con la oferta económica en las licitaciones investigadas.

Por lo anterior, de acuerdo con lo previsto en la misma Ley de Competencia, demostrar evidencia de la existencia del acuerdo anticompetitivo entre competidores y la participación de sus miembros, son elementos suficientes para determinar la culpabilidad de los agentes económicos y, por ello, se estima que es inválido el argumento respecto a que al aplicar la regla *per se* han aplicado criterios de responsabilidad objetiva.

3. Con relación al alegato relacionado a que al aplicar la regla *per se* se ha atendido a fuentes extranjeras que carecen de carácter vinculante, es preciso señalar que, tal como se explicó anteriormente, la regla *per se* tiene su *fundamento directo y vinculante en la misma Ley de Competencia*.

Partiendo de ese supuesto, es procedente aclarar que la relación que se hizo en la resolución impugnada sobre doctrina y resoluciones de tribunales y autoridades extranjeras expertas en la Defensa de la Competencia, se hizo con fines ilustrativos; para, de esa manera, exponer a los sujetos investigados que las disposiciones contenidas en la Ley de Competencia y la aplicación que de ella hace esta Superintendencia, es congruente con el desarrollo que se va perfilando del Derecho de Competencia a través de las distintas autoridades y autores alrededor del mundo.

Además, la relación de resoluciones emitidas por autoridades de competencia internacionales es conforme con lo previsto en el artículo 421 del Código de Procedimientos Civiles que establece que las sentencias: “[s]erán fundadas en las leyes vigentes; en su defecto, en doctrinas de los expositores del Derecho; y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural”.

En todo caso, se observa que en los recursos de revisión, los mismos recurrentes han invocado fuentes extranjeras para intentar fundamentar sus posiciones –por ejemplo, en las páginas 10 a la 15 del recurso interpuesto por U-TRAVEL–. De manera que no es congruente invocar la relación de fuentes extranjeras como una ilegalidad y, a su vez, fundamentar el recurso en esas mismas fuentes.

4. Del mismo modo, con relación al cuestionamiento sobre la relación de resoluciones de esta Superintendencia que, según AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA, no están firmes, es necesario aclarar que tales actos administrativos sí se encuentran firmes en sede administrativa, pues, sobre ellos se interpusieron recursos de revisión y estos fueron oportunamente resueltos por este Consejo Directivo, *agotándose la vía administrativa*.

El hecho que tales decisiones hayan sido impugnadas en sede contencioso administrativa no desacredita la calidad de firmeza administrativa de tales decisiones. Y es que las demandas contencioso administrativas que reclaman contra tales decisiones se han admitido a trámite precisamente porque tienen carácter de firmeza; pues, según prescribe el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que un acto administrativo pueda revisarse en esa jurisdicción, debe tener dicho estado. Pretender que exista jurisprudencia hasta que los casos sean resueltos en la Corte Suprema de Justicia es restarle valor a la firmeza de los actos en sede administrativa.

B. SOBRE LA ALEGACIÓN DE NO HABERSE DEMOSTRADO LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO ANTICOMPETITIVO ENTRE COMPETIDORES

Nuevamente, los cuatro recurrentes han manifestado que este Consejo Directivo determinó la comisión de las prácticas anticompetitivas prohibidas por la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, con base en meros indicios; de manera que, a criterio de los recurrentes, no existía prueba que demostrara dicha circunstancia.

Con relación a este argumento, es oportuno recalcar que este Consejo Directivo realizó un análisis de todos los elementos incorporados al procedimiento y, tal como aparece en la resolución impugnada, se relacionó de forma detallada este análisis y cómo se determinó la existencia de los acuerdos anticompetitivos.

Así, al examinar las licitaciones DR-CAFTA LA No. 03/2008 y No. 02/20008, realizadas por el Ministerio de Economía y CORSATUR respectivamente, este Consejo Directivo examinó los expedientes administrativos y, de ellos, se demostró, *por medio de prueba documental*, la identidad de las comisiones ofertadas por las agencias de viajes sancionadas.

Sin embargo, contrario a lo que afirman los recurrentes, este Consejo Directivo consideró, además de tener probada la identidad en las comisiones, examinar otros elementos probatorios incorporados al procedimiento, a fin de robustecer la prueba sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre competidores.

En efecto, en la resolución final se hizo un análisis detallado de las declaraciones que sobre la identidad en las comisiones ofertadas vertieron los representantes de las agencias de viajes investigadas. De dichas declaraciones se observó que, a pesar que las agencias de viajes sostenían que cada una calculó la comisión ofertada de forma independiente, ninguna presentó elementos que demostraran la veracidad de estas aseveraciones.

En cuanto al análisis efectuado sobre tales declaraciones, U-TRAVEL manifestó en su recurso que este Consejo Directivo no tomó en cuenta que el Gerente General de dicha sociedad no trabajaba en la empresa en el tiempo en que se prepararon las ofertas presentadas en las licitaciones revisadas. Al respecto, es necesario aclarar que, cuando en la resolución de fecha 30 de marzo del corriente año se citó a los distintos ejecutivos, la Superintendente detalló los hechos que serían objeto del interrogatorio, de manera que era obligatorio que los representantes de los sujetos investigados prepararan la información para estar al tanto de la situación sobre la cual se preguntaría. Por ello, es insuficiente la justificación que en este recurso ha planteado U-TRAVEL. Este agente económico, además, en su oportunidad no objetó el nombramiento de esta persona como declarante esencial de la investigación.

Continuando con el recuento del análisis formulado en la resolución impugnada, se observa que luego de haber examinado las declaraciones en la resolución final, se realizó un análisis económico de la información provista por las instituciones contratantes y, contrario a lo señalado por AMATE TRAVEL y U-TRAVEL, también se examinaron de forma conjunta la información que los agentes económicos presentaron con relación a sus estructuras internas, costos y los elementos que supuestamente ellos tomaron en cuenta para calcular las comisiones ofertadas.

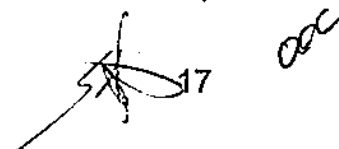

De dicho análisis, realizado bajo el sistema de la *sana crítica*, concluyó en que era económicamente irrazonable sostener que cada una de las agencias de viajes calculó la comisión ofertada de forma independiente y que la identidad en todas ellas respondía a la mera casualidad –tal como justificaron los sujetos infractores–. Por ello, el examen económico indicó (como se estableció en la resolución impugnada) que la única explicación a la identidad en las comisiones ofertadas era que los participantes en las licitaciones se habían puesto de acuerdo para fijar tales comisiones en sus respectivas ofertas.

Por lo anterior, se advierte que no es válido alegar que en la resolución impugnada se determinaron los ilícitos con base a meras presunciones o indicios pues, tal como se ha expuesto en los párrafos anteriores, este Consejo Directivo examinó de forma integral los distintos elementos probatorios incorporados en el transcurso del procedimiento (documentos, declaraciones, etc.) y de dicho análisis concluyó en que sí existían suficientes pruebas para determinar que los ahora recurrentes incurrieron en el ilícito prohibido por la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia.

C. SOBRE EL ARGUMENTO RESPECTO A QUE EN EL PRESENTE CASO NO SE CUMPLIERON LOS CRITERIOS ORIENTADORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE COMPETENCIA

AMATE TRAVEL y U-TRAVEL han cuestionado el cumplimiento de algunos de los criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores, previstos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia.

A manera de ejemplo, los recurrentes arguyen el incumplimiento al criterio previsto en la letra a) de la disposición citada pues, si bien reconocen una similitud en las comisiones, alegan que ésta no es continuada en el tiempo. Además, respecto al literal f) manifiestan que no se demostró la existencia de reuniones; y, con relación al literal c)

 17 

intentan justificar el por qué existen pocos participantes en las licitaciones públicas sobre suministro de boletos aéreos.

Al respecto, es necesario aclarar que tal como expone el artículo 12 del reglamento citado, los supuestos señalados en dicha disposición son "criterios orientadores" y por ello, lejos de configurar elementos *sine qua non* para tener por demostrada la práctica anticompetitiva –como interpretan los recurrentes–, son circunstancias que pueden coadyuvar a determinar la probable comisión de una práctica anticompetitiva. Además, los criterios orientadores no pueden ser aplicables a todas las modalidades establecidas en el Art. 25 de la Ley de Competencia.

Así, si bien esta Superintendencia toma en cuenta los criterios previstos en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia, no es necesario el cumplimiento de todos o algunos de esos supuestos para determinar la existencia de una de las conductas prohibidas por el artículo 25 de dicha ley.

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, que para demostrar un acuerdo anticompetitivo en una licitación en particular hay que demostrar esa misma circunstancia en otras más, siendo que en este caso el análisis es independiente y autónomo.

Finalmente, no afecta el análisis que se hizo en la resolución impugnada el hecho que a las licitaciones investigadas entren pocos agentes económicos y que haya alguna justificación. 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.



D. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL DERECHO DE VISTA DEL EXPEDIENTE.

U-TRAVEL e INTER-TOURS manifiestan que ejercieron el derecho de vista dentro del plazo para contestar a las atribuciones formuladas y alegan que, en esa ocasión, no se les permitió ver todos los elementos incorporados al expediente pues se estaba examinando cual información era confidencial. Tal circunstancia, a criterio de los recurrentes, les provocó una violación al derecho de defensa.

Tal argumento fue expuesto por las agencias investigadas en el transcurso del procedimiento y este Consejo Directivo lo rechazó en la resolución pronunciada el día dieciséis de junio del presente año.

No obstante que este Consejo Directivo ya se pronunció respecto de dicho alegato, es oportuno señalar que, tal como se expuso en esa resolución, que en la Ley de Competencia: *"el legislador previó que en este tipo de procedimientos debía garantizarse de forma especial la información que, por su naturaleza, guardara un carácter confidencial.- En ese sentido, permitir el acceso a información previo a que se haya realizado un examen formal sobre su naturaleza pública, implicaría vulnerar esas garantías especiales previstas por el legislador y que han sido incorporadas en la ley para proteger, entre otros, a los particulares que intervienen en el procedimiento (...) En ese sentido, la garantía a la confidencialidad de la información es una actividad que, lejos de perjudicar los derechos de INTER-TOURS, ha protegido la información que dicha sociedad ha incorporado en este procedimiento y cuyo conocimiento únicamente le corresponde a ella".*

En el recurso presentado por U-TRAVEL, esta manifiesta su conformidad con la protección a la confidencialidad señalada por este Consejo Directivo, pero agrega que:

"en lo que no estamos de acuerdo es en que para proteger ese derecho, pasa por encima del derecho de los mismos investigados, enfrentando dos bienes jurídicos tutelados que al enfrentarse el derecho de defensa está por sobre el de la

documentación, entendiendo que es allí cuando se tipifica la ilegalidad del acto y del proceso en sí.

Al respecto es necesario agregar en este acto que en ningún momento se ha vulnerado el derecho de defensa dentro del procedimiento sancionador. Lo anterior, aunque el recurrente alegue que la falta de acceso a la totalidad del expediente en el plazo de 30 días otorgado en el auto de instrucción para contestar las atribuciones formuladas, le limitó las oportunidades de presentar alegatos de defensa.

En efecto, es dable señalar que el plazo previsto en el inciso 2º del artículo 45 de la Ley de Competencia, es para que los agentes económicos expongan sus alegatos de defensa frente a las atribuciones formuladas en el auto de instrucción y, en esa oportunidad, los recurrentes tenían pleno conocimiento de dicho auto para poder exponer su defensa.

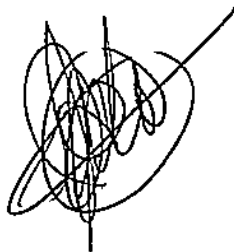
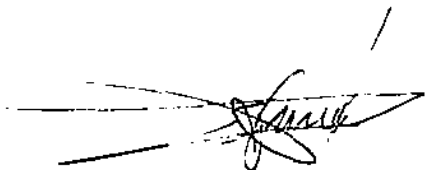
Además, siendo que la información sobre la cual alegan no haber tenido acceso al ejercer el derecho de vista, se trata de ciertos documentos incorporados por los mismos investigados y por autoridades públicas, en virtud de requerimientos formulados oficiosamente, se observa que, después de notificada la declaratoria de confidencialidad respectiva –el día 21 de mayo del corriente año–, los agentes económicos tuvieron 48 días –hasta la fecha en que se emitió la resolución final– para ejercer su oportunidad de acceder a las partes públicas del expediente.

En todo caso, la información de carácter confidencial se refiere únicamente a la estructura interna de cada uno de los agentes investigados hecho que, en definitiva, no puede divulgarse a los competidores y, el no conocerlo, no provocó ninguna restricción a las oportunidades de defensa de cada uno de los agentes investigados. Debido a que los documentos, que por confidenciales no conocieron los agentes investigados distintos a quien los aportó, fueron irrelevantes para la demostración de la práctica anticompetitiva, no puede sostenerse que tal circunstancia vulneró sus derechos de defensa.

Por lo anterior, este Consejo Directivo estima que en este procedimiento no se ha vulnerado el derecho de defensa de los agentes económicos investigados.

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

- I. Declarar sin lugar los recursos de revisión interpuestos por AMATE TRAVEL, S.A. DE C.V., U-TRAVEL SERVICE, S.A. DE C.V., AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA, S.A. DE C.V. e INTER-TOURS, S.A. DE C.V.
- II. Confirmar en todas sus partes la resolución pronunciada por este Consejo Directivo a las nueve horas del día siete de julio de dos mil nueve.
- III. Notificar a los involucrados y comunicar al Ministerio de Economía y a CORSATUR.



Óscar D. Cabrera

