

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

1. El presente procedimiento sancionador inició por denuncia en contra de las sociedades EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse E.S.P.A.C., S.A. DE C.V., en adelante ESPAC, y SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse S.E.R.P.O.R.S.A.L., S.A. DE C.V., en adelante SERPORSAL. De acuerdo a los denunciantes, ambas empresas habrían cometido la práctica anticompetitiva descrita en la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia.
2. Han intervenido en este procedimiento los señores José Bonilla Trigueros, Manuel Antonio González y Oscar Gilberto Torres, quienes interpusieron el día trece de agosto de dos mil diez denuncia por supuesta práctica anticompetitiva en contra de las sociedades SERPORSAL y ESPAC. Por otra parte, intervino como representante legal de SERPORSAL, Rafael Ángel Castaneda Lobato; y, como representante legal de ESPAC, José Luis Álvarez.
3. Habiéndose estudiado toda la documentación presentada y requerida a las sociedades investigadas y a la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma (CEPA), así como la prueba producida de oficio, se hace necesario efectuar el análisis técnico, jurídico y económico de competencia correspondiente, para emitir la resolución final respectiva.
4. *En ese sentido, resulta importante efectuar las siguientes consideraciones:*





I. Relación de los hechos

5. El procedimiento sancionador inició por denuncia interpuesta por los señores José Bonilla Trigueros, Manuel Antonio González y Oscar Gilberto Torres, el día trece de agosto de dos mil diez, en la cual imputan supuestas prácticas anticompetitivas a las sociedades SERPORSAL y ESPAC.
6. Mediante resolución emitida a las doce horas del día veintiocho de septiembre de dos mil diez, el Superintendente de Competencia instruyó el presente procedimiento sancionador contra ESPAC y SERPORSAL, por existir indicios de un presunto acuerdo entre éstas, cuyo objeto –respecto a la licitación para la contratación de personas jurídicas para la prestación de servicios portuarios– sería la fijación de precios en la Licitación Pública promovida por CEPA y denominada: *"CEPA LP 25/2010 Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acapulca, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010"*. Dicha conducta podría configurar la práctica anticompetitiva prevista en la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia.
7. En la resolución referida se otorgó un plazo de treinta días calendario a las sociedades investigadas para que presentaran las alegaciones, documentos e información que estimaran convenientes para ejercer su derecho de defensa. Además, se requirió información a CEPA.
8. SERPORSAL y ESPAC presentaron el día tres de noviembre de dos mil diez escritos mediante los cuales expusieron su defensa. El primero de ellos, además, ofreció prueba documental, tanto de carácter financiero como administrativo.
9. El día veinticuatro de febrero de dos mil once se abrió a pruebas y esta Superintendencia hizo requerimientos de información a CEPA y a las empresas investigadas, así como también ordenó las entrevistas de los representantes legales de las sociedades denunciadas.



10. El día diez de marzo de dos mil once, CEPA presentó la información que se les requirió en el auto de apertura a pruebas y se recibió declaración del señor José Luis Álvarez, representante legal de ESPAC y del señor Rafael Ángel Castaneda Lobato, representante legal de SERPORSAL.
11. El día veinticuatro de marzo de dos mil once, SERPORSAL presentó la información que le fuera requerida y prueba de descargo que –a su criterio- servirá para desvirtuar la denuncia presentada en su contra. ESPAC presentó –ese mismo día- la información que le fuera requerida y prueba para "acreditar los extremos alegados en su escrito".
12. El día once de mayo de dos mil once, se otorgó un plazo de cinco días a la autoridad y agentes económicos que proveyeron información en el procedimiento, para que se pronunciaran sobre la confidencialidad de la misma.
13. El día veinte de mayo de dos mil once, CEPA evacuó la audiencia de confidencialidad conferida.
14. El día veintitrés de mayo de dos mil once, tanto ESPAC como SERPORSAL evacuaron la audiencia de confidencialidad conferida.
15. Por resolución de fecha treinta de junio de dos mil once, se declaró la confidencialidad de los documentos relacionados en la resolución de fecha once de mayo del año en curso, se integró el expediente, concluyó la etapa investigativa y se remitió el expediente a este Consejo Directivo para la emisión de la correspondiente resolución final.

Lh


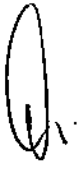
11/2011

Ch.

II. Hechos investigados y estructura del análisis

16. Una vez expuesta la relación de los hechos, es imprescindible delimitar claramente el objeto de la presente investigación, representado por los hechos investigados (A), así como exponer el orden lógico del análisis o iter lógico (B).

A. Hechos investigados

17. Los denunciantes señalaron que SERPORSAL y ESPAC presentaron “una IDÉNTICA OFERTA ECONÓMICA DE EVIDENTE CARÁCTER COLUSORIO”, pues –a su criterio- ofertaron igual cantidad de trabajadores y de salario mensual; en consecuencia, también resultó idéntico índice salarial.
18. En virtud de los aspectos relacionados y de acuerdo al auto de instrucción, el objeto de la presente investigación es determinar la posible existencia de un acuerdo de precios ofertados entre los agentes económicos investigados (SERPORSAL y ESPAC), en ocasión de la licitación denominada “CEPA LP 25/2010 Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010”. 
19. Es decir, se consideró en el auto relacionado y a partir de la denuncia, que existían indicios que indicaban que las sociedades involucradas habrían cometido la práctica anticompetitiva descrita en la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia.
20. En efecto, a folios 210 de la pieza III, se encuentra el informe de recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas (CEO), que en lo pertinente señala: “Que todos los Índices Salariales ofertados coinciden exactamente con los Índices calculados”. Además, dicha Comisión comprobó que los índices presentados por ambas sociedades investigadas son idénticos: 367.2680 

Handwritten signature

21. Por tanto, los hechos que se investigan se circunscriben al presunto acuerdo de precios ofertados por los agentes económicos investigados, en ocasión de la participación de éstos en la licitación denominada CEPA LP 25/2010 ante citada.

B. Estructura del análisis (*iter lógico*)

22. Para la adecuada comprensión de la decisión que se tomará, primero se expondrá el marco normativo para las compras gubernamentales contenido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP) (III); luego, se delimitará el mercado involucrado en la presente investigación (IV), se expondrá la forma de analizar jurídicamente los acuerdos entre competidores en el Derecho de Competencia (V), así como el análisis económico de las prácticas efectuadas en el marco de una licitación pública (VI).
23. Con este marco teórico y normativo como referencia, se pasará al examen de la práctica anticompetitiva investigada tomando en cuenta toda la información del expediente (VII) y así poder emitir las conclusiones que conforme a derecho correspondan (VIII).

III. Marco normativo para las compras gubernamentales

24. El marco normativo bajo el cual se rigen las compras públicas se encuentra en la LACAP y su respectivo reglamento, que serán los marcos legales de referencia en el desarrollo de la presente resolución, con énfasis en la modalidad de licitaciones públicas. Al respecto, es importante señalar que la normativa que se relacionará es la que estaba vigente al inicio de instrucción del presente procedimiento sancionador.
25. Dicho marco jurídico se sustenta en una serie de principios fundamentales, entre ellos los principios del derecho administrativo, los criterios de probidad pública y las políticas de modernización del Estado, además garantiza, que las contrataciones y adquisiciones del Estado se realicen en forma transparente, sin dejar de lado la ne-

cesidad de maximizar la competencia en la adquisición de los bienes y servicios obtenidos por las instituciones públicas.

26. Por su parte, el reglamento de la LACAP (aprobado mediante el Decreto Ejecutivo N° 98 del 20 de octubre de 2005), tiene por objeto regular, desarrollar y facilitar la aplicación de las normas contenidas en la LACAP, en lo relativo a la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios.
27. En el artículo 39 de la referida ley, se definen las distintas formas de contratación para proceder a la celebración de los contratos: licitación o concurso público; licitación o concurso público por invitación; libre gestión; contratación directa; y mercado bursátil.
28. Al respecto, es oportuno señalar que el artículo 59 define la licitación pública como el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, al invitarse públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios, que no fueren los de consultoría.
29. Además, la LACAP, en su artículo 40, estipula los montos para la aplicación de las distintas formas de contratación; particularmente, para la licitación pública se requiere un monto superior al equivalente de seiscientos treinta y cinco (635) salarios mínimos urbanos, equivalente a un monto igual o superior a \$131,826.011.
30. A dicho marco de contratación quedan sujetas las adquisiciones y contrataciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares, de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social; las adquisiciones y contrataciones de las entidades que comprometan fondos públicos; y las adquisiciones y contrataciones costeadas con fondos municipales, las que podrán

¹Con base al salario mínimo vigente a partir del 01 de enero de 2009, de conformidad al Decreto Ejecutivo No. 135, del 19 de diciembre de 2008, publicado en el Diario Oficial Número 241, Tomo número 381, del 22 de diciembre de 2008.

ejecutar obras de construcción bajo el sistema de administración, a cargo del mismo Concejo y conforme las condiciones que señala la LACAP. Además, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, al ofertar o contratar obras, bienes y servicios requeridos por las instituciones de la administración pública.

31. Así, el cumplimiento de estas normas es de vital importancia para garantizar la equidad, la rendición de cuentas y fomentar la competencia, dado que la ley regula el procedimiento completo de las adquisiciones y contrataciones.

IV. Delimitación del mercado

32. En los casos de acuerdos entre competidores con ocasión de una licitación pública, el análisis de competencia reviste ciertas características particulares emanadas de la forma en que se desarrollan dichas licitaciones.
33. Para efectuar las consideraciones relativas al mercado involucrado, a continuación se expondrán algunas generalidades de las bases de la licitación "*CEPA LP 25/2010 Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010*", y el mecanismo de adjudicación, para posteriormente definir los servicios objeto de la misma y el mercado asociado al análisis de la práctica investigada.

A. Aspectos Importantes de las bases de la licitación

34. El hecho que la supuesta práctica anticompetitiva relacionada en la investigación se haya producido en el marco de la licitación pública referida, plantea la necesidad de resaltar algunos aspectos importantes contenidos en sus bases.

Loh

Handwritten signature and initials in the right margin, consisting of a large stylized 'L' and 'O' and some smaller scribbles.

a. Objeto de licitación

35. El objeto de la licitación era contratar un máximo de tres personas jurídicas y/o uniones de ofertantes nacionales, para prestar en el Puerto de Acajutla los servicios de estiba y/o desestiba de la carga de los buques, su transferencia a las bodegas o patios del puerto y viceversa. Además, proporcionar personal para marinería, amarrados y el solicitado en bodegas y patios del puerto o cualquier otro trabajo de índole operativo portuario requerido. Todo, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010.

b. Proceso de evaluación

36. Conforme al procedimiento de evaluación descrito en la sección II de las bases de licitación, primero se realizaría la verificación de la documentación legal requerida, la cual no tenía ningún puntaje; sin embargo su presentación era obligatoria para continuar con el análisis de la documentación financiera y de la oferta técnica y económica.
37. Así, una vez fueran revisados y completados los documentos legales, la evaluación se realizaría en dos etapas. La primera comprendía el análisis de la documentación financiera y de la capacidad técnica de cada ofertante. Los ofertantes, para pasar a la siguiente etapa, debían obtener un puntaje mínimo de 70 puntos.
38. En esta segunda etapa, se evaluaría la oferta económica que estaría constituida por la propuesta del monto total de la planilla de salarios mensuales a pagar a cada uno de los cargos básicos, debiendo tenerse en cuenta que la misma no podría considerar cantidades de personal menores a los mínimos establecidos en la plantilla proporcionada, ni los niveles salariales ser inferiores al límite indicado en la plantilla.

lvh

39. La oferta económica debía realizarse según el formulario identificado como "Anexo No 1" y agregado a folios 48 de la pieza I de la parte pública del presente expediente, cuyo contenido se adjunta a continuación:

Imagen 1
Anexo 1
Carta de Oferta Económica

CARGO (1)	CANTIDAD MINIMA DE PERSONAL REQUERIDO POR CARGO (2)	NIVEL SALARIAL MINIMO MENSUAL (US\$) (3)	CANTIDAD OFERTADA DE TRABAJADORES (4)	SALARIO MENSUAL OFERTADO US\$ (5)	SUBTOTAL SALARIO MENSUAL OFERTADO POR CARGO (US\$) (6) = (4)x(5)
JEFE DE OPERACIONES	1	850			
ESTIBADORES	42	210			
OPERADOR DE GRUA DE BUQUE (WINCHERO/PORTALONERO) DE PRIMERA CATEGORIA	6	500			
OPERADOR DE GRUA DE BUQUE (WINCHERO/PORTALONERO) DE SEGUNDA CATEGORIA	6	300			
CHEQUE DE MUELLE	6	350			
MUELLERO	36	210			
SUPERVISOR DE MUELLE Y ACOPLE	6	500			
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE PRIMERA CATEGORIA	8	500			
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE SEGUNDA CATEGORIA	4	400			
SUPERVISOR DE ABORDO	4	630			
SUPERVISOR GENERAL	4	725			
AMARRADOR	7	210			
MARINEROS	10	210			
CHEQUES DE PATIOS Y BODEGAS, OPERADORES DE BASCULAS Y CONTROLES DE BANDAS TRANSPORTADORAS	16	250			
PEONES DE BODEGA	10	210			
TOTAL			Σ (4)		Σ (6)

40. Con base en los totales obtenidos en dicha plantilla, los ofertantes calcularían el valor del índice salarial correspondiente, el cual constituye el único valor representativo de la oferta para efectos de una evaluación económica.

41. La fórmula a empleada fue la siguiente:

$$\text{Indice Salarial} = \frac{\Sigma(6)}{\Sigma(4)}$$

42. Tal como se denota en la fórmula, dicho índice es resultado de dividir la sumatoria resultante de multiplicar la cantidad ofertada de trabajadores con el respectivo salario mensual calculado, entre la sumatoria de la cantidad ofertada de trabajadores. Según establecían las bases, el resultado debía redondearse a 4 decimales.

43. De acuerdo a este procedimiento de evaluación de ofertas, CEPA adjudicaría el suministro, en forma parcial, a la oferta que hubiera superado los requisitos legales, financieros y técnicos, y que económicamente fuera la más conveniente para los intereses de CEPA. El servicio, pues, sería adjudicado a tres empresas nacionales.

c. Documentos técnicos exigidos

44. Las bases describen una serie de requisitos a considerar para la elaboración de la oferta, los cuales serían indispensables para la evaluación técnica y la adjudicación. Un aspecto relevante de dichos requisitos es el nivel de experiencia del ofertante, que se mediría a través de la trayectoria individual del personal clave y técnico-operativo asignado a la prestación de los servicios.

45. Para acreditar la experiencia, los oferentes debían presentar las hojas de vida según el formulario identificado como "Anexo No 3" –agregado al vuelto del folio 49 de la pieza I de este expediente–, cuyo contenido se adjunta a continuación:

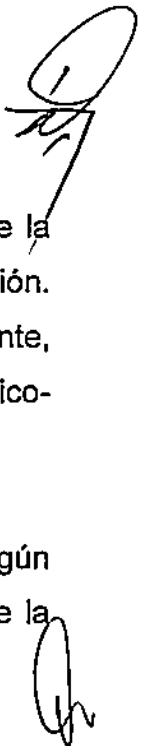
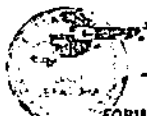



Imagen 2




COMISIÓN EJECUTIVA PORTUARIA AUTÓNOMA
UNIDAD DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONAL
 Edificio Torre Roble Salvor La Herrera - San Salvador
 Teléfono: 2216-1500 / www.cepasa.gub.sv



EL SALVADOR

ANEXO 3
FORMATO HOJA DE VIDA DEL PERSONAL CLAVE Y TÉCNICO-OPERATIVO

1.	NOMBRE DEL TRABAJADOR			
2.	FECHA DE NACIMIENTO			
3.	EDAD			
4.	ESTUDIOS REALIZADOS	PRIMARIA	SECUNDARIA	UNIVERSITARIA
5.	DIPLOMAS Y/O CERTIFICADOS OBTENIDOS	INICIAL DEL CURSO O ESTUDIOS	FECHA DE TERMINACIÓN	INSTITUCIÓN O PARTIDO
6.	CARGO PARA EL QUE SE PROPONE			
7.	EXPERIENCIA EN CARGOS SIMILARES	EMPRESA	FECHA INGRESO	FECHA FIN
8.	INDICAR OTRAS HABILIDADES			
9.	COMPRUBADO LABORAL	Por medio de la presente declaro y confirmo que los datos suministrados a la empresa para la prestación de servicios objeto de esta licitación, respaldan exclusivamente para la misma, de conformidad a las disposiciones de dicha ley.		
10.	DECLARACIÓN JURADA	Declaro bajo juramento que toda la información proporcionada en esta hoja de vida es verídica y me someto a cualquier acción de verificación que la empresa decidiera realizar para la verificación de la misma, aceptando desde ya las consecuencias que conlleva la detección de falsedad en la misma. Teniendo como primera medida la eliminación de la hoja de vida correspondiente para efectos de evaluación. Si la hoja de vida es una de las propuestas calificadas que concierne a la evaluación técnica del ofertante, no será sustituida por otra. Acordando a la CEPA de no comparecer a las entrevistas correspondientes.		
11.	FIRMA	En fe de lo anterior firmo la presente hoja a los ____ de ____ de 2010		
		Firma del trabajador		



46. A cada hoja de vida se le adjuntaron los diplomas que correspondían al cargo propuesto, los cuales eran: Personal Clave (Jefe de Operaciones, Supervisor General, Supervisor de Abordo y Supervisor de Muelle y Acople) y Personal Técnico Operativo (Operador de grúa de buque, Cheque de muelle y Operador de equipo portuario). Las bases también establecían la cantidad de personal mínima que se podría presentar por cada puesto de trabajo, conforme a lo indicado en la imagen N° 1 de la presente decisión.

47. Cabe resaltar que los documentos planteaban que, bajo ninguna circunstancia, se permitiría que el personal clave y técnico operativo propuesto apareciera en más de una oferta, y en caso de que esto sucediera, dicho personal no sería considerado en la evaluación técnica.

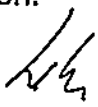
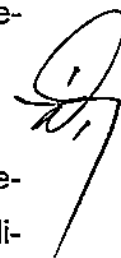
Loh

Q

d. Especificaciones técnicas

48. Para efectos de realizar las labores de estiba, desestiba y transferencia de la carga inmovilizada en los diferentes buques que operan en el Puerto de Acajutla, el contratista debería suministrar todo el recurso para tal efecto, con el objetivo de alcanzar y superar los rendimientos mínimos necesarios operacionales netos, establecidos por CEPA. Las bases establecieron las especificaciones técnicas, se cita entre ellas las siguientes:

- 1) Prestación de servicios por parte del contratista, en el que se indicaba que en cada caso, y por tipo de carga y buque, el contratista debe contar con un personal mínimo para estiba o desestiba de carga para mercadería general, granel sólido y para transferencia de carga general.
- 2) Regulaciones para asignación de buques a las empresas contratistas: las bases establecían el mecanismo a través del cual se realizará la asignación de las operaciones de los buques en el Puerto de Acajutla.
- 3) Regulaciones para la prestación de los servicios por parte de los contratistas: detallaba las medidas pertinentes para el manejo y operación de los equipos a utilizar en la ejecución de las actividades operativas.
- 4) Seguridad e higiene industrial: describía los elementos necesarios que el contratista debía cumplir a efecto de garantizar la seguridad industrial a suministrar al personal.
- 5) Penalizaciones por incumplimiento del contratista: describe los casos en los cuales CEPA puede realizar una penalización.



- 6) Relación laboral entre el contratista y sus trabajadores: regula las condiciones generales, condiciones de trabajo propuestas por CEPA, cumplimiento de jornadas de trabajo, pago de tiempo extraordinario, recargos y otras disposiciones.
- 7) Control de ingreso, salida y pago de personal del contratista.
- 8) Otras disposiciones sobre normas de conductas del contratista y sus trabajadores.

e. Sobre el plazo y la prórroga

49. El contrato sería por 6 meses, durante el periodo comprendido entre el 1 de julio del 2010 y el 31 de diciembre del mismo año, y establecía que para efectos de prórrogas aplicaría lo establecido en el Art. 83 de la LACAP.

B. Proceso de Adjudicación

50. La invitación para participar en la licitación fue publicada los días veintidós y veintitrés de abril del dos mil diez. Retiraron las bases 13 empresas: INVERSIONES SERVYGRAN S.A. DE C.V.; SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS S.A. DE C.V.; NEPOR S.A. DE C.V.; OPERADORES PORTUARIOS SALVADOREÑOS S.A. DE C.V.; EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA S.A. DE C.V.; OEK DE CENTROAMERICA S.A. DE C.V.; INVERSIONES PORTUARIAS Y DE SERVICIOS S.A. DE C.V.; ESTIBADORES DE EL SALVADOR S.A. DE C.V.; ASCENSO S.A. DE C.V.; OPERADORA GENERAL S.A. DE C.V.; CONSTRUCTORA UMAÑA S.A. DE C.V.; SERVICIOS TECNICOS DEL PACIFICO S.A. DE C.V.; O & M MANTENIMIENTO Y SERVICIOS S.A. DE C.V.). Todo, de acuerdo a lo que consta en el folio 368 de la pieza II de la parte pública del presente expediente.

51. Pese a que el número de oferentes que retiraron las bases fue considerable, solo seis de ellos presentaron ofertas, tal como consta en el folio 242 de la pieza II de la

parte pública del presente expediente. La información sobre los agentes y los índices salariales ofertados se presenta a continuación.

Tabla 1
Ofertas Recibidas

Agente Económico	Índice Salarial ofertado
ESTISAL S.A. DE C.V.	388.4270
SERPORSAL S.A. DE C.V.	367.2680
ESPAC S.A. DE C.V.	367.2680
OPSAL S.A. DE C.V.;	464.0659
INVERSIONES SERVIGRAN S.A. DE C.V	427.2368
SERVIPACIFIC S.A. DE C.V	368.3735

Fuente: Elaboración Propia sobre la base de información contenida en el expediente.

52. La comisión de evaluación de ofertas comprobó que las fianzas presentadas por las empresas ofertantes cumplían con el plazo y el monto requerido, y dio por cumplido el requisito de todos los oferentes.
53. Posteriormente, se evaluó el cumplimiento de la documentación legal. La empresa SERVIPACIFIC, S.A. DE C.V., no subsanó el requerimiento de presentación de constancia emitida por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, por lo que no fue elegible para continuar a la segunda fase de la evaluación. Las cinco empresas restantes cumplieron con los requerimientos financieros y fueron elegibles para continuar con el proceso de evaluación.

h

54. Los resultados de la evaluación técnica, tal como consta en el folio 246 de la pieza III de la parte pública del presente expediente, fueron los siguientes:

Tabla 2
Resultados de la evaluación técnica, obtenidos por la Comisión Evaluadora de Ofertas para la Licitación Pública CEPA LP-25/2010

CARGO	Estibadores de El Salvador S.A. de C.V. (ESTISAL, S.A. DE C.V.)	Servicios Portuarios Salvadoreños S.A. de C. V. (SERPORSAL, S.A. DE C.V.)	Inversiones Servigran, S.A. de C.V.	Operadores Portuarios Salvadoreños S.A. de C.V. (OPSAL, S.A. DE C.V.)	Empresa Salvadoreña Portuaria de Acajutla, S.A. de C.V. (ESPAC, S.A. DE C.V.)
Jefe de Operaciones	10	10	5.5	8	10
Supervisores Generales	13.5	9.75	15.5	18.25	13.75
Supervisores de Abordo	10	8	7.5	10	6
Supervisores de Muelle y Acople	10.5	12	15.75	15	14.25
Operador de Grúa de Buque (Wincheros/portalonero) de primera categoría	15	15	13.15	11.9	15
Operador de Equipos Portuarios de primera categoría	5	13.5	7	13	12.5
Cheques de Muelle	8.60	7.1	4.45	4.5	7.45
PUNTAJE TOTAL	72.60	77.60	68.85	80.65	78.95

55. Tal como se observa en la tabla, la empresa Servigran S.A. de C.V. fue la única que no logró superar los 70 puntos exigidos por las bases, por lo cual no fue elegible para continuar con la evaluación económica.
56. Al efectuar la evaluación económica de las cuatro empresas restantes, la empresa OPSAL S.A. de C.V., no propuso el personal mínimo exigido por CEPA, en consecuencia, su oferta económica fue descalificada.
57. De las 3 empresas restantes, en dos existía un empate en el índice salarial propuesto (ESPAC y SERPORSAL). Ante esta situación, las bases de licitación establecían que en caso de ocurrir empate "(...) se seleccionará (n) la (s) que haya (n) obtenido mayor puntaje en la evaluación de su (s) oferta (s) técnica (s)".

58. Conforme a este criterio, y al ordenar los resultados, las empresas obtuvieron las siguientes posiciones:

Tabla 3
Resumen de la evaluación técnica

Empresa	Indice Salarial	Puntaje en evaluación técnica
1. ESTISAL S.A. DE C.V.	388.4270	72.60
2. SERPORSAL S.A. DE C.V.	367.2680	77.60
3. ESPAC S.A. DE C.V.	367.2680	78.95

Fuente: Elaboración propia en base a los resultados obtenidos por la Comisión Evaluadora de Ofertas para la Licitación Pública CEPA LP-25/2010.

59. Dado que en las bases de licitación se estableció que el servicio sería prestado por tres empresas, conforme hubiesen cumplido los requisitos legales, financieros, técnicos y económicos, fueron las tres empresas antes descritas las ganadoras.

C. Descripción de los servicios licitados

60. Como se indicó en el apartado anterior, el objetivo de la licitación era contratar personal para prestar en el Puerto de Acajutla los servicios de estiba y/o desestiba de la carga en los buques y efectuar la transferencia de la misma a las bodegas o patios del puerto o viceversa. Además, proporcionar personal para la marinería, el amarre y el solicitado en las bodegas y patios del Puerto o cualquier otro trabajo de índole operativo portuario requerido.
61. El servicio de estiba consiste en el traslado de las mercancías del muelle del puerto hacia las bodegas del barco, para posteriormente ser transportadas por vía marítima a su lugar de destino. La desestiba consiste en el proceso contrario, es decir, en vaciar las bodegas de los buques que arriban al puerto y ubicar la misma a la orilla del muelle.
62. Una vez que la carga ha sido desestibada en el muelle del puerto, se procede al servicio de transferencia de mercadería, también conocida como "muellaje", que consis-

te en el traslado de la mercadería desde el costado de los buques hasta el lugar de almacenamiento en CEPA o al retiro de la mercadería por el consignatario. La transferencia también incluye el proceso contrario, es decir, el transporte de la mercancía desde su ubicación en el puerto hacia la orilla del muelle, para ser estibada en el buque que lo trasladará por vía marítima a su destino final. Adicionalmente, la licitación incluye los servicios de amarre, marineros y los solicitados en las bodegas para efectuar el manejo de la carga respectiva.

D. Mercado relacionado al objeto del presente procedimiento

63. Una vez planteados algunos aspectos relevantes del proceso de licitación y descritos los servicios solicitados en el mismo, es necesario efectuar ciertas consideraciones respecto al tema de mercado involucrado en el análisis de los acuerdos entre competidores en general y de los acuerdos entre competidores en el marco de una licitación pública, en particular.
64. Los acuerdos entre competidores efectuados en las licitaciones públicas es una práctica prohibida por el artículo 25 de la Ley de Competencia. Para efectuar el análisis de dichas prácticas (tal como se explicará en detalle en la siguiente sección) se utiliza la regla "*per se*", esto implica que dichos acuerdos son considerados decididamente anticompetitivos, por lo que no es necesario determinar la existencia de posición dominante o estimar los efectos en el mercado, ni tampoco reconoce dicha Ley justificaciones de eficiencia que puedan ser argumentadas por los miembros del acuerdo. Por lo tanto, al no ser necesario determinar posición dominante ni los potenciales efectos negativos en el mercado, *se vuelve innecesaria la determinación de un mercado relevante en el que se hayan desarrollado las prácticas.*
65. Pese a la no necesidad de delimitar un mercado relevante, sí existen ciertas particularidades en el análisis de dichas prácticas que es necesario resaltar.



66. Primero, la institución solicitante del servicio define en las bases de licitación los requisitos de los posibles ofertantes, al circunscribir la oferta únicamente a aquellos agentes económicos que cumplen con dichos requisitos y, segundo, las ofertas recibidas son todas las opciones que tendrá la institución para elegir al proveedor del servicio. Es decir, que la competencia se efectúa *ex ante* y, una vez otorgado el contrato, la institución pública que licitó los servicios no tiene alternativa de cambiar de proveedor durante el tiempo que dure la contratación. Por lo tanto, aunque existan más agentes económicos en el mercado (diferentes de aquéllos que participan en la licitación) que podrían prestar el servicio, éstos no forman parte de la oferta real o potencial y, por lo tanto, no son tomados en consideración al momento de efectuar el análisis de competencia respectivo.

67. Por lo tanto, el análisis de la práctica anticompetitiva, en el presente caso, estaría referido a los hechos que se han producido en un ámbito especial y de alcance limitado; es decir, su análisis se circunscribe a los actuaciones o actos realizados dentro del proceso de licitación "*CEPA LP 25/2010: Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010*".

V. Análisis jurídico de los acuerdos entre competidores en el Derecho de Competencia

68. En vista de que la conducta investigada en este procedimiento es un supuesto acuerdo entre competidores, es necesario exponer ciertas consideraciones jurídicas sobre la forma en que se examinan estas prácticas en el Derecho de Competencia.

69. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) reconoce que: "*Los carteles -o acuerdos llevados a cabo entre competidores con objeto de fijar los precios, elaborar pujas fraudulentas (licitaciones colusorias), restringir la producción o repartirse los mercados- representan la violación más grave y perniciosa del derecho de competencia; perjudican a los consumidores aumentando los precios y*

limitando la oferta, y acarrear poder de mercado, despilfarro e ineficacia en países cuyos mercados serían competitivos si los cárteles no existieran"². Por ese motivo, a través de la doctrina y jurisprudencia internacional ha adquirido certeza la práctica de examinar este tipo de prácticas anticompetitivas a través de un mecanismo particular: la regla *per se*.

70. Según la *American Bar Association*³: "Cuando una práctica resulta ser una de las que siempre o casi siempre tienden a restringir la competencia y reducir la producción, en lugar de una diseñada para incrementar la eficiencia económica y volver a los mercados más y no menos competitivos, es considerada ilegal *per se* y puede ser condenada sin más análisis. Bajo la regla *per se*, una restricción es concluyentemente presumida irrazonable sin elaborar una investigación para precisar el daño causado o la excusa comercial para su uso" (traducción propia)⁴.

71. Esta entidad agrega que las restricciones horizontales se formulan como acuerdos entre actuales o potenciales competidores y que son más susceptibles de tratarlas como ilegales *per se* que las restricciones verticales. Asimismo, añade que: "Las Cortes repetidamente han sostenido que las conspiraciones para participar en licitaciones colusorias anticompetitivas, son especies de acuerdos de precios y, en consecuencia, constituyen violaciones *per se* de la Sección 1"⁵.

72. En el mismo sentido, la Red Internacional de Competencia⁶, en el documento titulado "Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective institutions, effective penalties"⁷, califica a los acuerdos horizontales como: "Las más reprochables violaciones al Derecho

² Vid. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Resumen del Documento: "Perjuicios Ocasionados por los Cárteles y Aplicación de Sanciones Efectivas"*, París, 2002, p. 1 (consultado en <http://www.oecd.org/dataoecd/60/7/21552797.pdf>).

³ La Asociación Americana de Abogados es la institución que reúne a las asociaciones de abogados de cada Estado de los Estados Unidos de América, las cuales autorizan el ejercicio de la abogacía. Los abogados deben estar colegiados en la asociación respectiva.

⁴ Vid. *American Bar Association, Antitrust Law Developments (Fourth) Volumen 1*. American Bar Association, Chicago, 1997. pp. 47 y 48.

⁵ *Idem* pp. 73 y 74.

⁶ La Red Internacional de Competencia (*International Competition Network o ICN*) es una asociación internacional que reúne a las autoridades de competencia de casi todos los países que cuentan con regímenes de defensa de la competencia.

⁷ En español: "Definiendo Conductas de Carteles Duros: Instituciones Efectivas. Sanciones Efectivas" (traducción propia).

de Competencia", y añade que: "En muchas jurisdicciones los cárteles de núcleo duro (prácticas anticompetitivas entre competidores) son per se ilegales debido a su efecto pernicioso en la competencia y la falta de un valor económico redimible. Entonces, el enfoque per se no requiere que la agencia demuestre el daño a la competencia y no permite a las partes reclamar una justificación de eficiencia. Algunos acuerdos se presumen concluyentemente irrazonables y, por tanto, ilegales, sin elaborar un análisis para precisar el daño que han causado o la justificación comercial para su uso. Bajo el análisis per se, las compañías no pueden demostrar la razonabilidad alegada o la necesidad de la conducta investigada. Por ejemplo, el acuerdo de precios no puede ser justificado, argumentando que era necesario para evitar una competencia asfixiante, o que es resultado solo en precios razonables. La aproximación per se puede proveer certeza respecto a la ilegalidad de una conducta específica"⁸(traducción propia).

73. Por su parte, la Suprema Corte de Estados Unidos de América –en donde se originó y desarrollo el Derecho de Competencia– ha sostenido, por ejemplo en la sentencia pronunciada el once de junio del año mil novecientos cincuenta y seis, en el caso *United States v. McKesson & Robbins, Inc.*, que: "El acuerdo de precios entre competidores es contrario a la política de competencia bajo la Ley Sherman (...) su ilegalidad no depende de demostrar su irracionalidad, debido a que de manera concluyente se presumen irrazonables" (traducción propia).

74. Del mismo modo, en la sentencia pronunciada el once de abril del año dos mil tres por la Corte Federal de Apelaciones del onceavo circuito de los Estados Unidos de América, en el caso *United States v. Elmore Roy Anderson*, se expuso de forma categórica que: "Las licitaciones colusorias son ilegales per se bajo las leyes de competencia".

75. En Argentina, el día ocho de julio de dos mil cinco, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia resolvió el caso instruido contra empresas competidoras en el

⁸ Vid http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_4th_bonn_2005/Effective_Anti-Cartel_Regimes_Building_Blocks.pdf.

mercado de distribución de oxígeno medicinal y, en ese proveído, determinó que los agentes investigados habían adoptado acuerdos para concertar precios, repartirse clientes y concertar o coordinar las ofertas que presentaban en procedimientos de contratación.

76. En las consideraciones vertidas en esa resolución, esta autoridad de competencia sudamericana manifestó que: *"La inexistencia de prácticas anticompetitivas per se en ciertas legislaciones (como sucede, por ejemplo, en la legislación argentina) no implica sin embargo que los criterios que se terminan utilizando para evaluar las distintas prácticas sean muy diferentes de los aplicados en EEUU. Esto es así porque, por su propia naturaleza, las prácticas colusivas que el derecho norteamericano considera anticompetitivas en sí mismas son precisamente aquellas que, una vez probadas, resultan más fácilmente sancionables aún en situaciones en las que deba emplearse la regla de la razón. Así, acuerdos entre competidores para fijar precios o cuotas de producción o repartirse mercados, cuyo objeto principal es restringir la competencia, suelen tener como repercusión directa en la totalidad de los casos una reducción del excedente de los consumidores y en el bienestar total generado en el mercado. Esto hace que tampoco sea muy dificultado ni controvertido llegar a la conclusión de que prácticas como esas implican un perjuicio (real o potencial) sobre el interés económico general, entendido como el interés globalmente considerado de todos los actores que participan en los mercados"*.

77. En concordancia con la doctrina y jurisprudencia internacional, en el caso SC-005-O/NR-2008, este Consejo Directivo determinó que MOL, S.A. DE C.V. y HARISA, S.A. DE C.V. cometieron *"la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia, al haber adoptado un acuerdo de división del mercado de harina de trigo por participaciones de ventas, el cual ha funcionado a partir del uno de enero de dos mil seis"*⁹.

⁹ Resolución emitida por este Consejo Directivo a las doce horas del día 4 de septiembre de 2008.

78. En el mismo caso, y cuando el día catorce de octubre de dos mil ocho se resolvió el recurso de revisión por medio del cual los agentes sancionados impugnaron la decisión final, este Consejo Directivo expuso que: *"Se observa que el artículo 25 letra d) de la Ley de competencia califica como anticompetitivo el acuerdo entre competidores para dividirse el mercado y no establece la ejecución del acuerdo o la existencia de ciertas consecuencias como condiciones que determinen el carácter prohibido de dicha conducta"*.
79. Del mismo modo, en el caso SC-001-O/PA/R-2007, esta autoridad determinó que ciertos Puestos de Bolsa que operaban en la Bolsa de Productos y Servicios BOL-PROES, cometieron *"la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia, al haber adoptado un acuerdo de fijación de comisiones mínimas en la prestación del servicio de intermediación bursátil"*¹⁰. En ese caso, algunos de los sujetos investigados reconocieron la existencia del acuerdo entre competidores para fijar comisiones mínimas, pero intentaron justificar dicha conducta al aducir que era un mecanismo de defensa gremial.
80. Ante dicha alegación, este Consejo Directivo manifestó que: *"Alegar tal justificación se traduce en confesar que su conducta se adecua al supuesto fáctico previsto en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia, pero que ésta no sería sancionable por gozar de una causa de exclusión.- Sin embargo, se observa que la Ley de Competencia es concluyente en calificar el acuerdo entre competidores para fijar precios como una práctica anticompetitiva. De manera que en dicha legislación no se establecen condiciones adicionales que determinen la legalidad o ilegalidad de ese tipo de conducta"*.
81. Posteriormente, se señaló que: *"La adopción de este tipo de acuerdos se configura como una práctica anticompetitiva; por ello, según la [Ley de Competencia], para determinar la ilicitud de la conducta analizada, es innecesario evaluar si ese tipo de acuerdos se hicieron efectivos o no"*.

¹⁰ Resolución emitida por este Consejo Directivo a las diez horas del día dieciocho de octubre de dos mil siete.

82. Igualmente, este Consejo Directivo, en el caso SC-001-O/PA/NR-2009, determinó que ciertas agencias de viajes acordaron ofertar los mismos precios en licitaciones públicas (*"Habiéndose determinado que las sociedades AMATE TRAVEL, U-TRAVEL, INTER-TOURS y AGENCIA DE VIAJES ESCAMILLA cometieron la práctica anticompetitiva prohibida por el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia."*), ya que todos y cada uno de los sancionados en las licitaciones en que participaron ofrecieron una comisión única e idéntica de \$56.50.

83. Finalmente hay que destacar la resolución dictada en el expediente N° 464-2007, de fecha 17 de septiembre de 2010, pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. En dicho expediente se planteó una demanda contra este Consejo Directivo por el uso de la regla per-se. La Sala en mención sostuvo: *"un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios (...) de ahí que sea una conducta sancionada per se por el legislador (...) de ahí que el sólo pacto de precios entre competidores se configura como una acción sancionable, que no requiere que se entre a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino únicamente su realización objetiva."*

84. En conclusión, puede observarse que este Consejo Directivo, a través de las resoluciones precedentes, ha reconocido, tal como sucede en el contexto internacional, que para el análisis de las prácticas anticompetitivas tipificadas en el artículo 25 de la Ley de Competencia, basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por comprobado el ilícito administrativo, sin requerir prueba de daño y sin admitir ninguna justificación empresarial o económica para éste.

85. Y es que, tal y como se establece también en la doctrina penal (por ejemplo, en la obra "Derecho Penal. Parte General", de los autores Muñoz Conde y García Arán 4ª Edición Revisada, Editorial Tirant Lo Blanch, páginas 344-345), hay acciones que

son consideradas *ex ante* como peligrosas, independientemente de sus efectos, y por ello se castigan, sobre todo cuando dichas acciones atentan contra “*bienes jurídicos colectivos inmateriales (...) En estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta a la seguridad colectiva*”.

VI. Análisis económico en licitaciones

86. Tal como ha quedado expuesto anteriormente, al tratarse de un acuerdo en licitaciones el objeto genérico de investigación, los aspectos económicos a considerar son aquellos que se produjeron en el referido proceso de licitación, independientemente de las características que pudieran estar presentes en el mercado considerado como un todo, “mercado global”.
87. El primer paso en el análisis de los elementos económicos es determinar si existen condiciones en la industria involucrada que facilitan la concreción de un acuerdo entre competidores. El segundo paso es recabar todos los elementos que permitan determinar si la situación sujeta a discusión corresponde a un comportamiento acorde con un mercado competitivo o si, por el contrario, la única explicación viable es la existencia de un acuerdo previo para falsear las ofertas presentadas.
88. Teóricamente existen ciertos factores que si bien no indican categóricamente la existencia de un acuerdo entre competidores, sí pueden facilitar la concreción del mismo. Dichos aspectos son analizados a continuación, mientras que el punto relativo a la posible existencia de una explicación viable, se concretará cuando se efectúe el análisis de fondo de la práctica.
89. Conforme a la literatura, es mucho más factible que se concrete un acuerdo entre competidores en industrias en las cuales existe un número reducido de oferentes. En el caso analizado en este expediente, se pueden enumerar al menos cuatro aspectos que contribuyen a reducir el número de agentes económicos que potencialmente



ofrecen el servicio. Dichos aspectos son: la utilización de infraestructura¹¹ y superestructura portuaria, el hecho que se trata de servicios especializados, la presencia de economías de escala en la prestación de dichos servicios y la restricción establecida en las bases para la participación de agentes económicos externos.

90. Los servicios licitados se prestan en la infraestructura portuaria (en muelles, zonas de carga y descarga, patios, etc.) y para ello se utiliza la superestructura portuaria (grúas, bandas, bodegas, etc.), la cual constituye un activo fundamental para la prestación de los servicios.
91. Por otra parte, se trata de servicios especializados, dado que las bases requerían un nivel de experiencia del ofertante, medida a través de la evaluación de la experiencia del personal clave y técnico-operativo (ver folios 392-393 de la pieza II del presente expediente), al ser el factor común la experiencia requerida en actividades portuarias, que solo puede obtenerse en los puertos de carga. Esto constituye otro elemento que limita el número de potenciales participantes en la prestación del servicio.
92. Otro factor que limita el número de participantes es que determinados servicios se caracterizan por la presencia de economías de escala, dependiendo del tipo de tecnología que utilicen para su desarrollo. Las economías de escala se generan cuando su prestación involucra inversiones con alta densidad de capital, o altos costos fijos en relación con el costo variable, de tal forma que los costos disminuyan conforme aumenta el tráfico de carga.
93. En el Puerto de Acajutla dichas economías se presentan en las actividades de estiba/desestiba cuando su realización involucra el uso de infraestructura y equipo con alta densidad de capital, por ejemplo: grúas de muelle, torres neumáticas, fajas aéreas fijas, silos, etc.

¹¹ Infraestructura Portuaria: Está constituida por los canales de acceso al puerto, el área de maniobras de los buques o dársena o rada, las obras de abrigo como rompeolas y esclusas, los elementos de señalización para la navegación de los buques en los canales de acceso y rada, los muelles y diques, áreas abiertas de almacenamiento, y vías de transporte internas del puerto.

94. Para el manejo de la carga de gráneles sólidos el servicio de desestiba y estiba se efectúa con una grúa de muelle o Unidad de Carga Automatizada (UCA), la cual posee una capacidad nominal de 500 TM/hora, propiedad del puerto, y la operación de desestiba consiste en sacar el producto a granel utilizando la almeja de la grúa y depositarlo en la tolva de la misma, para luego trasladarlo por medio del sistema de bandas transportadoras hasta las bodegas de CEPA, o de la almacenadora privada asignada para recibirlo. Se realiza el procedimiento contrario cuando se trata de la estiba.
95. El proceso de desestibar o estibar la carga de granel sólido también puede realizarse por medios convencionales, para lo cual se utiliza las almejas propiedad del puerto o del buque, y así trasladar el producto desde el interior de la bodega del buque hasta las unidades de transporte, para ello se utilizan las grúas del buque. Para la operación se utilizan tolvas de propiedad del puerto debajo de las cuales se ubican las respectivas unidades de transporte y se procede al llenado de éstas.
96. El servicio para la carga general se realiza con las grúas propias de los barcos, sin que intervenga ningún equipo especializado del puerto más que algunos accesorios denominados utilería: ganchos, seguros, poleas, amarras y otros. Igualmente para el caso de los contenedores, estos son bajados mediante el uso de las grúas propiedad de los barcos, quienes bajan los contenedores de uno en uno.
97. El procedimiento continúa cuando a la carga que ha sido estibada/desestibada se le presta el servicio de muellaje o transferencia de mercadería.
98. Cuando se presta este servicio a la carga clasificada como granel sólido, se utiliza el "sistema de alto rendimiento" y el "sistema de bandas transportadoras", por lo que se comparten las características de la estiba/desestiba, con lo que se presentan economías de escala. Lo anterior, unido al hecho de utilizar un activo exclusivo (termina-



les para el manejo de la carga), *toma difícil que exista mucha competencia en este tipo de servicio.*

99. El muellaje (tanto de granel sólido, carga general y contenedores por medios convencionales) consiste en la transferencia de la carga utilizando equipo de transporte contratado directamente por los importadores, es decir, la flotilla de empresas privadas o aquellos camiones que posee CEPA para tales efectos. Carecen, por lo tanto, de la generación de cualquier tipo de economías limitándose al uso de un activo exclusivo.
100. Finalmente, en las bases de licitación se establece que CEPA contratará los servicios con personas jurídicas nacionales, o unión de ofertantes, con lo que no existe por lo tanto la posibilidad para que participen agentes extranjeros, *limitando aún más el número de potenciales oferentes.*
101. En la práctica, existe un número limitado de agentes económicos que ofrecen estos servicios. De acuerdo con datos recabados en la investigación, en los últimos años han participado las empresas mostradas en la Tabla 4.
102. En conclusión, el tamaño de la infraestructura portuaria, las características técnicas de la prestación de los servicios, la especificidad del servicio prestado y la prohibición de la participación de agentes económicos externos, *reducen el número de potenciales participantes y constituyen elementos que facilitan la formación de un acuerdo entre competidores.*



Tabla 4
Agentes económicos participantes en las actividades de Estiba/Desestiba

Empresa
Inversiones Servigran S.A. de C.V.
Servicios técnicos del Pacífico S.A. de C.V (SERVIPACIFIC, S.A. de C.V.)
Compañía Operadora de Servicios Integrales, S.A. de C.V. (COPESI, S.A. de C.V.)
Inversiones Portuarias y de Servicios, S.A. de C.V. (INPORSE, S.A. de C.V.)
Operadora General, S.A. de C.V.
Representaciones Marítimas y Supervisiones, S.A. de C.V. (REMANSUR, S.A. de C.V.)
O&M Mantenimiento y Servicios, S.A. de C.V.
Negocios Portuarios, S.A. de C.V. (NEPOR, S.A. de C.V.)
Operadores Portuarios Salvadoreños S.A de C.V (OPSAL, S.A. de C.V.)
Supervisiones y Controles Integrados, S.A. de C.V. (SYCSA de C.V.)
ESTISAL, S.A. de C.V.
SERPORSAL, S.A. de C.V.
ESPAC, S.A. de C.V.

Fuente: Elaboración Propia sobre la base de datos de CEPA y la Autoridad Marítimo Portuaria (AMP)

VII. Análisis de fondo

103. Corresponde ahora, luego de todos los planteamientos expuestos, examinar los hechos denunciados y toda la documentación recogida en el expediente, y así poder establecer si hay o no práctica anticompetitiva.
104. Tal como se ha expuesto, en la licitación referida los agentes económicos SERPORSAL y ESPAC presentaron ofertas económicas iguales: folio 452 pieza IV y folio 498 pieza VIII, de la parte pública del presente expediente, respectivamente.

Imagen 3
Oferta Económica

Servicios Portuarios Salvadoreños S.A. de C. V. (SERPORSAL)

CARGO	CANTIDAD MINIMA DE PERSONAL REQUERIDO POR CARGO	NIVEL SALARIAL MINIMO MENSUAL (US\$)	CANTIDAD OFERTADA DE TRABAJADORES	SALARIO MENSUAL OFERTADO	SUBTOTAL SALARIO MENSUAL OFERTADO POR CARGO (US\$)
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6) = (4) x (5)
JEFE DE OPERACIONES	1	850	1	850	850
ESTIBADORES	42	210	60	275	13750
OPERADOR DE GRUA DE BUQUE (VINCHERO)	5	510	8	600	4800
OPERADOR DE GRUA DE BUQUE (VINCHERO)	5	300	6	450	2700
CHEQUE DE MUELLE	5	350	8	475	3800
MUELLERO	35	210	45	275	12375
SUPERVISOR DE MUELLE Y ACOPLE	5	500	8	600	4800
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE PRIMA	5	500	9	600	5400
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE SEGUNDA	4	400	5	475	2350
SUPERVISOR DE ABOARDO	4	600	5	700	4200
SUPERVISOR GENERAL	4	725	4	850	3400
ANARRADOR	7	210	7	275	1925
MARINEROS	10	210	10	275	2750
CHEQUES DE FATOS Y BODEGAS, OPERADORES DE BASCULAS Y CONTROLES DE BANDAS TRANSPORTADORAS	16	220	15	300	4500
PEONES DE BODEGA	10	210	10	275	2750
TOTAL	165	Σ (3)	194	Σ (6)	71250

INDICE CALCULADO: 367.2680
INDICE OFERTADO 367.2680

hh
[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

Imagen 4 Oferta Económica

Empresa Salvadoreña Portuaria de Acajutla, S.A. de C.V. (ESPAC)

CARGO	CANTIDAD MINIMA DE PERSONAL REQUERIDO POR CARGO	NEVEL SALARIAL MINIMO MENSUAL (US\$)	CANTIDAD OFERTADA DE TRABAJADORES	SALARIO MENSUAL OFERTADO	SUBTOTAL SALARIO MENSUAL OFERTADO POR CARGO (US\$)
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6) = (4)x(5)
JEFE DE OPERACIONES	1	850	1	850	850
ESTIMADORES	42	210	50	275	13750
OPERADOR DE GRUA DE BLOQUE MANCHERO	6	500	8	600	4800
OPERADOR DE GRUA DE BLOQUE MANCHERO	8	300	6	450	2700
CHEQUE DE MUELLE	8	350	8	475	3800
MUELLEIRO	36	210	46	275	12715
SUPERVISOR DE MUELLE Y ACCPLE	8	500	8	600	4800
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE PRIM	8	400	9	600	5400
OPERADOR DE EQUIPO PORTUARIO DE SEOL	4	400	0	475	2520
SUPERVISOR DE ABORDO	4	630	8	700	4200
SUPERVISOR GENERAL	4	725	4	850	3400
MANIADOR	7	210	7	275	1925
MARNEROS	10	210	10	275	2750
CHEQUES DE PATOS Y BODEGAS, OPERADORES DE BASCULAS Y CONTROLES DE BANDAS TRANSPORTADORAS	18	250	18	300	4800
PECOS DE BODEGA	10	210	10	275	2750
TOTAL	166	2 (4)	194.00	2 (5)	71250.00

INDICE CALCULADO 357.2680
INDICE OFERTADO 357.2680

105. A partir de lo anterior, se comprueba que las empresas bajo investigación ofertaron idéntico número de trabajadores y salario mensual, lo que dio como resultado que ambas ofertaran un índice salarial idéntico de 367.2680.

106. Habiéndose demostrado lo anterior, es necesario efectuar un análisis técnico, jurídico y económico que permita determinar si existe una justificación para dicha igualdad o si dicho comportamiento es el resultado de un acuerdo orquestado entre los oferentes, del tipo establecido en el artículo 25 literal c) de la Ley de Competencia.

107. Para ello, tal como recomienda la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), es necesario "(...) buscar evidencia, tales como patrones extra-

ños de presentación de ofertas o de precios o algo que el proveedor diga o haga”¹²; también, identificar “ciertos patrones y prácticas de licitación que parecen no corresponder a un mercado competitivo y apuntan hacia la posibilidad de que exista manipulación”. La referida guía aconseja buscar señales en todos los documentos que se presentan y recomienda considerar como elemento sugerente de colusión: “Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos”, así como considera cuando “los competidores presentan ofertas idénticas (...)”¹³.

108. En este punto, es pertinente señalar que, en el presente caso, además de que el *índice salarial fue exactamente igual* para ambas empresas, también lo fue igual en sus componentes, es decir, en la forma como fue estimado. En efecto, *existió identidad en el número de trabajadores y los salarios mínimos mensuales ofertados, para cada una de las categorías de trabajadores solicitados por CEPA*. Tal como se muestra en las tablas siguientes, dichos elementos fueron coincidentes entre las empresas investigadas, elementos que a su vez fueron diferentes de los requerimientos mínimos establecidos por CEPA y de aquéllos presentados por el resto de participantes en la licitación.



¹² OECD (2009): “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas”. Febrero

¹³ OECD op. Cit.

Tabla 5
Cantidad de trabajadores ofertada
Cuadro Comparativo

	SERPORSAL	ESPAC	ESTISAL	OPSAL	Mínimo Requerido
Jefe de operaciones	1	1	1	1	1
Estibadores	50	50	50	42	42
Operadores de grúa de buque (winchero)	8	8	6	9	6
Operador de grúa de buque (winchero)	6	6	6	2	6
Cheque de muelle	8	8	6	13	6
Muellero	45	45	40	42	36
Supervisor de muelle y acople	8	8	6	6	6
Operador de equipo portuario de primera	9	9	8	9	8
Operador de equipo portuario de segunda	6	6	4	4	4
Supervisor de abordó	6	6	4	7	4
Supervisor general	4	4	4	4	4
Amarrador	7	7	7	7	7
Marineros	10	10	10	10	10
Cheques de patios y bodegas, operadores de básculas y controles de bandas transportadoras	16	16	16	16	16
Peones de bodega	10	10	10	10	10
Total	194	194	178	182	166

Fuente: Elaboración propia sobre la base de información contenida en el expediente

Lh

[Signature]

[Signature]

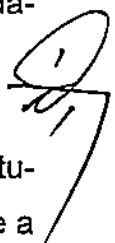
Tabla 6
Salario Mensual Ofertado
Cuadro Comparativo

	SERPORSAL	ESPAC	ESTISAL	OPSAL	Salario Mínimo requerido
Jefe de operaciones	950	950	1000	1500	850
Estibadores	275	275	290	360	210
Operadores de grúa de buque (winchero)	600	600	900	900	500
Operador de grúa de buque (winchero)	450	450	600	600	300
Cheque de muelle	475	475	500	500	350
Muellerero	275	275	290	360	210
Supervisor de muelle y acople	600	600	700	600	500
Operador de equipo portuario de primera	600	600	700	700	500
Operador de equipo portuario de segunda	475	475	600	600	400
Supervisor de abordó	700	700	750	700	630
Supervisor general	850	850	850	900	725
Amarrador	275	275	260	360	210
Marineros	275	275	270	360	210
Cheques de patios y bodegas, operadores de básculas y controles de bandas transportadoras	300	300	270	400	250
Peones de bodega	275	275	260	360	210
Total	7375	7375	8240	9200	6055

Fuente: Elaboración propia sobre la base de información contenida en el expediente

109. Tal como se observa, las empresas para poder presentar índices salariales iguales, coincidieron en un total de 30 variables, por lo que resulta poco creíble que dos empresas independientes pudiesen haber llegado exactamente al mismo resultado, a menos que fuese producto de un acuerdo entre los mismos.

110. Conviene aclarar que la igualdad en cada uno de los 30 elementos referidos, es decir, número de trabajadores y salario mensual para cada una de las categorías solicitadas por CEPA, era la única forma matemáticamente posible para que ambos índices salariales fueran idénticos. Una sola variación mínima en cualquiera de las 30 variables referidas hubiese podido generar un cambio en el índice salarial.
111. Además, durante el proceso de licitación, *se encontraron una serie de elementos coincidentes en el accionar de ambas empresas*, que contribuyen a apoyar la hipótesis que la igualdad en las ofertas es producto de una actuación conjunta y coordinada.
112. En primer lugar, ambas empresas autorizaron al licenciado Jorge Luis Galdámez De la O, para que en nombre de las sociedades presentara ofertas para la licitación LP-25/2010 y para que firmara todos los documentos que fueran necesarios y requeridos para dicho proceso: acta número 2 extendida a las trece horas del día veintisiete de abril del dos mil diez de la Junta Directiva de SERPORSAL (pieza IV folio 3 de la parte pública del presente expediente) y el acta número 2, extendida a las dieciséis horas del día veintisiete de abril del dos mil diez de la Junta Directiva de ESPAC (pieza VIII folio 3 del presente expediente).
113. Consecuencia de lo anterior, existe concomitancia en el día y hora en que ambas empresas efectuaron diversos trámites bajo los oficios del señor Jorge Luis Galdámez De la O., tal como se detalla a continuación:
- En la pieza III folios 11 y 12 del presente expediente se encuentran las solicitudes de devolución de fianzas recibida con fecha seis de enero de dos mil once a las catorce cincuenta horas.
 - En la pieza III folios 58 y 61 del presente expediente se encuentran las fianzas bancarias emitidas por el Banco Hipotecario el día nueve de julio del año dos mil diez, a las quince horas y treinta minutos.



114. Adicionalmente, la OECD¹⁴ sugiere, en el referido manual, la búsqueda de "referencias sobre reuniones o eventos en los que los proveedores podrían tener oportunidad de discutir precios (...)" En ese sentido, se han identificado al menos dos ocasiones en las que los oferentes se reunieron.
115. Primero, según consta en el cuadro de recepción de ofertas agregado en el folio 243 de la pieza II de la parte pública del presente expediente, ambas empresas se presentaron al lugar de recepción de ofertas exactamente a la misma hora (08:20 A.M. del once de mayo de dos mil diez). Si bien, la recepción de ofertas requiere que todos los participantes estén presentes el mismo día en un periodo determinado, las empresas investigadas se presentaron en tiempos idénticos no coincidiendo con ninguna otra de las participantes.
116. Segundo, se encontró evidencia de una ocasión en la que ambas empresas socializaron, según consta en los folios 80 y siguientes en la "Memoria de Labores" de SERPORSAL, se establece que en noviembre 2010 se efectuó el convivio familiar denominado "1^{er} Encuentro de Trabajadores Portuarios", en el cual participaron las empresas ESPAC, SERPORSAL y ESTISAL a pesar que dicho evento aludido fue posterior a la elaboración de las ofertas, demuestran una cercanía entre ambas empresas.
117. Y, tercero, se encontró evidencia que ambas empresas contrataron al mismo auditor externo, el señor José Mario García Meléndez, quien certificó y dictaminó los estados financieros para su correspondiente depósito en el Registro de Comercio, según consta en los folios 142-160 y 165 -184 de la pieza nueve del presente expediente. Además, dichos estados financieros fueron autenticados por el mismo abogado, el señor Jorge Luis Galdámez de la O, según folios 162 y 185 y de la misma pieza.
118. Finalmente, no puede dejarse de mencionar el hecho que desde su constitución ambas empresas reflejan datos iguales. En efecto, según consta en la pieza I, folios 54

¹⁴ OECD Op.Cit

y 93 del presente expediente, ambas sociedades se constituyeron el 11 de abril del dos mil diez y fueron inscritas el 14 de abril del mismo año; además ambas escrituras fueron otorgadas ante el mismo notario, Jorge Luis Galdámez de la O. También, ambas empresas fueron constituidas con 150 accionistas (habiéndose comprobado que no son los mismos accionistas) e igual número de acciones, en el municipio de Acajutla, y sus capitales sociales fueron \$40,500. La finalidad de ambas sociedades es idéntica: dedicarse a los servicios generales y técnicos relacionados con la industria portuaria, cuyas administraciones son por junta directiva.

119. Como se puede observar de lo expuesto anteriormente, el accionar conjunto de ambas empresas no corresponde al comportamiento de empresas que buscan competir la una con la otra, *sino que desde su creación fueron fundadas de forma conjunta poco antes de la realización de la licitación en la que habrían presentado las ofertas acordadas; por ello, la igualdad de las ofertas es otra de las acciones comunes efectuadas por las empresas investigadas: no es razonable económicamente imputarlas a actuaciones libres e independientes.*
120. Para robustecer lo concluido, corresponde en este momento evaluar las declaraciones recibidas durante el plazo probatorio efectuado en el presente procedimiento sancionador.
121. Así, en la declaración vertida por el señor José Luis Álvarez, representante legal de ESPAC S.A. de C.V., –incorporada en el folio 270 de la pieza I de la parte pública de este expediente–, se observa que, con relación a la licitación pública en comento, cuando se le preguntó si existían accionistas en común entre ambas sociedades, que: *"La misma CEPA las involucra en la misma actividad, aunque son individuales utilizan las mismas herramientas, todo es idéntico porque los servicios así lo exigen".* Se le preguntó además: *"¿Cómo era el índice en comparación con las otras empresas adjudicadas?"*, a lo que él respondió que: *"Con ESTISAL no tenían mucha relación, pero con SERPORSAL tenían que repartir los trabajadores, tuvieron similitudes porque por tratarse de dos empresas encontraron un financiero que les iba a ayudar,*

les iba a rebajar, por eso coincidieron, la experiencia fue tremenda por el tiempo no pudieron andar buscando, si ahí tenían todo."

122. Por su parte, en la declaración vertida por el señor Rafael Angel Castaneda Lobato, representante legal de SERPORSAL S.A. de C.V., –incorporada en el folio 272 de la pieza I de la parte pública de este expediente–, se observa que se le preguntó si le llamó la atención que ESPAC tuvo un índice salarial igual y ESTISAL un índice distinto (la otra empresa que fue adjudicada con el contrato), a lo que él respondió: *"Que sí, pero hay muchas cosas que el trabajador no sabe, menos de la Ley de Competencia a ese momento, que solo se meten por el ánimo de trabajar, y que en esa fecha no tenían información sobre las labores de la Superintendencia."*
123. Conviene resaltar, entonces, que el señor José Luis Álvarez, representante legal de ESPAC, claramente reconoció en su declaración que las ofertas fueron hechas por un mismo financiero y que incluso tuvieron que repartir trabajadores. A su vez, el señor Rafael Angel Castaneda Lobato, representante legal de SERPORSAL, abiertamente reconoció en su declaración desconocimiento de la Ley de Competencia.
124. Finalmente, *hay que mencionar que en ambas declaraciones no se encuentra ninguna argumentación económica o técnica que permita justificar la igualdad de los índices salariales presentados.*
125. En resumen, el análisis de las condiciones de presentación de las ofertas, los hechos coincidentes en ambas empresas y los testimonios recopilados, permiten aseverar que la igualdad de los índices salariales no es más que el resultado lógico de empresas que fueron, desde su constitución, creadas de forma conjunta para participar en la licitación efectuada por CEPA, en la cual era factible que ambas empresas fuesen seleccionadas, dado que las bases establecían que serían contratadas un total de tres agentes económicos para la prestación del servicio.




VIII. Conclusión final y sanción

A. Conclusión final

126. A partir de todo el análisis de la licitación en referencia, así como de la documentación e información agregada al expediente, este Consejo Directivo considera que existe prueba que indica que las sociedades SERPORSAL y ESPAC cometieron la práctica anticompetitiva prohibida en el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia.
127. Por lo anterior, corresponde en este apartado exponer las razones dirigidas a determinar las sanciones respectivas por la comisión de tal ilícito.

B. Análisis de los criterios para cuantificar la multa a imponer

1. Gravedad

128. Al Tomar en cuenta los factores que la Superintendencia de Competencia ha expuesto en esta resolución, es dable afirmar que los acuerdos entre competidores son considerados como prácticas anticompetitivas graves, a consecuencia de los efectos negativos que este tipo de conductas ejercen sobre la eficiencia económica de los mercados.
129. Así, en este procedimiento se ha demostrado que SERPORSAL y ESPAC adoptaron un acuerdo entre competidores al presentar ofertas económicas iguales, en el proceso de licitación "CEPA LP 25/2010: *Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010*". En ese sentido, la conducta que en este acto se sanciona debe calificarse como grave.
- 
- 
- 

130. Ahora bien, es necesario referirse a los demás criterios que establece el artículo 37 de la Ley de Competencia para la imposición de sanciones, a fin de efectuar un análisis integral que permita una estimación apropiada del monto a ser impuesto.

2. Daño y dimensiones del mercado

131. En un mercado en condiciones de competencia, los consumidores tienen la libertad de elegir entre diversas opciones de bienes y servicios con diferentes calidades y precios. Esto les permite escoger aquella opción que en términos de calidad y precio satisfaga mejor sus necesidades. En el caso particular de un acuerdo entre competidores en licitaciones públicas, se afecta la eficiencia en la asignación de los recursos del Estado al limitar dicha libertad de elección.

132. En el presente caso, la práctica ilegal realizada por SERPORSAL y ESPAC distorsionó las condiciones de competencia que debieron observarse en la licitación "*CEPA LP 25/2010: Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010*", al afectar la libertad de elección de la institución de decidir aquella empresa (o empresas) que pudiese prestarle el servicio con la mejor calidad y el menor precio posible.

133. Por lo tanto, para el establecimiento de la multa, es necesario dimensionar económicamente los recursos que fueron distorsionados por el acuerdo. Según consta en la pieza II de este expediente, folio 371, el valor de los recursos públicos estimados a colocar asciende a US\$2, 499,985.90 dólares.

134. Sin embargo, al atender el hecho que CEPA adjudicó el servicio licitado a tres empresas y que, por tanto, el monto global estimado de la licitación contiene los pagos a realizar a las tres empresas adjudicadas en función del trabajo efectuado y acorde a la lista de precios a pagar por CEPA, en este caso el monto a considerarse para la estimación de la multa pertinente se representa como una proporción del total del monto licitado (66% del mismo).

3. Efecto sobre terceros

135 En el presente expediente, se observa que el acuerdo anticompetitivo celebrado entre SERPORSAL y ESPAC se ha desarrollado en perjuicio del Estado, no obstante, al ser este el administrador de recursos provenientes de los ciudadanos salvadoreños a través de los impuestos, se produce un perjuicio indirecto sobre toda la población. Además, se ha producido perjuicio en resto de competidores participantes en la licitación ahora analizada.

136 Por otro lado, es importante mencionar que dadas las condiciones especiales de las licitaciones públicas, en las cuales una vez adjudicada el licitante no tiene otra opción más que lo ofertado por el ganador, se vuelve relevante que la competencia *ex ante* sea efectiva, de tal forma que el precio obtenido por los servicios portuarios, sea el más bajo posible. Dicha competencia *ex ante* se perjudica ante la presencia de un acuerdo anticompetitivo en licitaciones y, en el presente caso, la Administración Pública habría pagado a los agentes adjudicados salarios más altos, dado que el índice salarial pudo ser *menor* si la licitación hubiese sido desarrollada bajo condiciones de competencia.

4. Duración de la práctica

137 Se considera que la duración de la práctica debe calcularse abarcando el tiempo en el cual se extendieron los efectos provocados por la conducta ilegal. Así, cuando se trata de acuerdos anticompetitivos prohibidos por la letra c) del artículo 25 de la Ley de Competencia, se advierte que la duración de los efectos de la conducta ilícita se configura a partir de la fecha en que se presentó la oferta hasta la fecha en que finaliza el contrato administrativo que se suscribió en la licitación respectiva.

138 Para la presente investigación, y tal como consta a folios 10 y siguientes de la pieza I de la parte confidencial de este expediente, en la cláusula octava del contrato administrativo que suscribió ESPAC el día veinticinco de 2010 se establece que: "el plazo

será a partir de las cero horas del uno de julio de 2010 hasta las veinticuatro horas del treinta y uno de diciembre de 2010”.

139. Por su parte, tal como consta a folios 39 y siguientes de la pieza I de la parte confidencial de este expediente, en la cláusula octava del contrato administrativo que suscribió SERPORSAL el día veinticinco de mayo de 2010 se establece que: *“el plazo será a partir de las cero horas del uno de julio de 2010 hasta las veinticuatro horas del treinta y uno de diciembre de 2010”.*

140. No obstante lo anterior, hay que destacar que ambos contratos administrativos mencionados fueron prorrogados a ESPAC y SERPORSAL los días seis y siete de diciembre de 2010, respectivamente, en los que se hizo constar que: *“se ratifica la prórroga contractual para el período comprendido del 1 de enero al 30 de junio de 2011”*, tal como consta a folios 2 y 8 de la pieza confidencial número I.

141. En razón de lo señalado, puede sostenerse que, respecto a dicha licitación, la práctica tuvo una duración de un año comprendido entre el 01 de julio de 2010 hasta el 30 de junio de 2011.

5. Reincidencia

142. Tal como se expuso anteriormente, en este procedimiento se ha verificado que SERPORSAL y ESPAC cometieron la práctica anticompetitiva que provoca la imposición de sanción pecuniaria. Sin embargo, del examen de los archivos de esta Superintendencia se observa que ésta es la primera ocasión en que esta institución ha determinado que los referidos agentes económicos han cometido una práctica anticompetitiva.

143. Por lo tanto, la reincidencia no es uno de los aspectos a considerar para imponer la sanción en el presente caso.

Lch

C. Multa

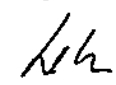
144. En aras de dar cumplimiento a los postulados anteriormente expuestos, es necesario imponer una multa cuyo monto no exceda el límite razonable que viene dado por la gravedad de la infracción, el daño causado, efectos sobre terceros y duración de la práctica. Además, es necesario que la sanción económica a imponer no sea de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados.

145. En el presente caso, pues, este Consejo Directivo estima que, por la adopción de un acuerdo anticompetitivo entre competidores, prohibido por el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia, en la licitación pública *"CEPA LP 25/2010: Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010"*, es procedente imponer:

146. A ESPAC una multa de DIECIOCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHETA CENTAVOS (\$3,655.80)

147. A SERPORSAL una multa de DIECIOCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHETA CENTAVOS (\$3,655.80)

148. Por otra parte, el artículo 158 letra "j" de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, dispone que: "La institución inhabilitará para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de uno a cinco años según la gravedad de la falta, al contratista que incurra en alguna de las conductas siguientes: j) Haber sido sancionado de conformidad al Art. 25 letra c) de la Ley de Competencia".



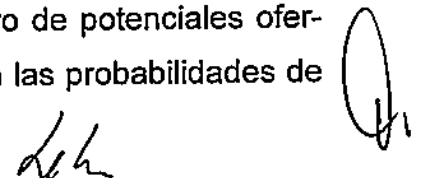
149. Según lo dispuesto en los artículos 156, 157 y 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, para la imposición de la sanción administrativa señalada, debe instruirse un procedimiento previo ante el titular de la institución que realizó el procedimiento de contratación en que se desarrollaron las prácticas anticompetitivas.
150. Por tal motivo, se considera procedente comunicar esta resolución al Director Ejecutivo de la COMISIÓN EJECUTIVA PORTUARIA AUTONOMA (CEPA), para los efectos y acciones administrativas correspondientes.

IX. Recomendaciones

151. Conforme el análisis efectuado, se comprobó la existencia de un acuerdo entre competidores en la Licitación Pública "*CEPA LP 25/2010: Contratación de Personas Jurídicas para la Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el periodo comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010*", y sobre la base de las facultades establecidas en el artículo 14 m), este Consejo Directivo considera pertinente emitir recomendaciones relacionadas a las bases de licitación, con el objeto (entre otras cosas) de reducir las probabilidades de colusión en futuros procesos que efectúe CEPA.

A. Sobre el número de potenciales ofertantes

152. Fomentar la participación del mayor número de agentes económicos posibles constituye un mecanismo recomendable para incrementar el número de potenciales ofertantes. Al aumentar el número de participantes, se disminuyen las probabilidades de enfrentarse con un acuerdo horizontal entre los ofertantes.



153. En las bases de licitación asociadas se observa que no existió la posibilidad de participación de agentes económicos externos; por ello, se recomienda no limitar la participación a agentes económicos nacionales.
154. Por lo anterior, se considera necesario que los documentos contengan los apartados correspondientes en los que específicamente se detalle las condiciones que habrá de cumplir cualquiera que esté interesado en participar en el proceso, desglosando los que deberán cumplir las personas naturales, jurídicas o uniones de ofertantes.

B. Sobre la determinación previa del número de empresas a contratar

155. Este Consejo Directivo desconoce el análisis que ha efectuado CEPA mediante el que ha determinado la necesidad de que sean tres empresas las que presten el servicio en el puerto. Se considera que el establecimiento *a priori* de dicho número podría ser un factor que incentivó la concreción del acuerdo sancionado en la presente resolución; por ello, se sugiere efectuar futuras licitaciones sin establecer previamente el número de empresas *que se pretende* contratar y determinar dicho número conforme la capacidad de las empresas que presenten ofertas.

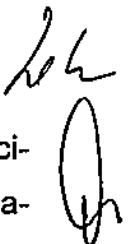
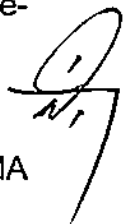
POR TANTO, con base en las razones fácticas, técnicas, jurídicas y económicas expuestas y en los artículos 1, 2, 4, 14 letras a), d) g) y m), 25 letras a), c) y d), 37, 38, 45 y 46 de la Ley de Competencia y artículos 12, 71, 72 y 72-A de su reglamento, 156, 157, 158 letra "j" y 160 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, este Consejo Directivo **RESUELVE**:

- I. Declarar que las sociedades EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE y SERVICIOS PORTUARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE han cometido la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia, al haber adoptado un acuerdo de ofertas por servicios portuarios en la licitación "CEPA LP 25/2010: Contratación de Personas Jurídicas para la



Prestación de Servicios Portuarios en el Puerto de Acajutla, para el período comprendido del 1 de julio al 31 de diciembre del año 2010".

- II. Imponer, en relación con la licitación pública antes referida, las siguientes multas:
- a. A la sociedad EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE una multa de DIECIOCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHETA CENTAVOS (\$3,655.80).
 - b. A la sociedad SERVICIOS PORUTARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, una multa de DIECIOCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON OCHETA CENTAVOS (\$3,655.80).
- III. Conceder a las sociedades EMPRESA SALVADOREÑA PORTUARIA DE ACAJUTLA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE y SERVICIOS PORUTARIOS SALVADOREÑOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE el plazo de ocho días para efectuar el pago correspondiente, los que serán contados a partir del día siguiente al de la fecha en la que quede firme la presente resolución.
- IV. Comunicar a la UACI de la COMISIÓN EJECUTIVA PORTUARIA AUTONOMA (CEPA) la presente decisión para los efectos del artículo 158 de la LACAP.
- V. Recomendar a CEPA:
- a. Establecer la posibilidad de participación de más agentes económicos en licitaciones como la ahora analizada y elaborar, al interior de las respectivas ba-



ses y demás documentos pertinentes, los apartados respectivos que contengan los requisitos a cumplir por los oferentes.

- b. Evitar preestablecer el número de empresas que serán contratadas para la prestación de los servicios, ya que este podría ser un factor que incentivara la concreción de acuerdos.

VI. Notifíquese.

