

Prueba utilizada en investigaciones de prácticas anticompetitivas en El Salvador: criterios de la Sala de lo Contencioso Administrativa 2006-2019

Types of evidence used in anti-cartel investigations in El Salvador: standards established by the Administrative Review Chamber 2006-2019

Lilliam Arrieta de Carsana

Universidad Centroamericana José Simeón Cañas

San Salvador, El Salvador, C.A.

Autor de correspondencia:

lilliam.arrieta@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-4366-0864>

[Presentado: 15/12/2021, Aceptado: 09/02/2022]

RESUMEN

La Ley de Competencia de El Salvador del 2006, prohíbe los carteles entre empresarios u operadores económicos, pero como se trata de acuerdos ilegales, realizados generalmente sin dejar un rastro probatorio material, existe dificultad para probar su realización. Esto ha generado múltiples impugnaciones relacionadas con la falta de contundencia para justificar las sanciones impuestas, en la opinión de las empresas afectadas. Muchas sanciones impuestas por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia han sido impugnadas en sede Contencioso Administrativa, por ser la única jurisdicción ante la cual se podía recurrir durante el periodo cubierto por esta investigación. La metodología empleada en el presente artículo, consistió en el análisis de la totalidad de las resoluciones en casos de carteles sancionados por la autoridad de competencia, para extraer los elementos probatorios que han permitido condenar; y en un segundo lugar, examinar los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para determinar si han confirmado la legalidad de las decisiones de la autoridad de competencia o si han establecido su ilegalidad. El hallazgo más relevante de este estudio y que puede servir para que los operadores económicos orienten sus actuaciones en el marco de la Ley de Competencia, es que la legalidad de todas las sanciones impuestas en casos de carteles ha sido confirmada.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, pruebas, evidencias, empresarios, contencioso administrativo.

ABSTRACT

The Competition Law of El Salvador of 2006 prohibits cartels between businessmen or economic operators, but since they are illegal agreements, generally carried out without leaving a material evidence trail, there is difficulty in proving their realization. This has generated multiple challenges related to the lack of forcefulness to justify the sanctions imposed, in the opinion of the affected companies. Many sanctions imposed by the Board of Directors of the Superintendency of Competition have been challenged in Contentious-Administrative proceedings, as it was the only jurisdiction before which appeals could be made during the period covered by this investigation. The methodology used in this article consisted of the analysis of all the resolutions in cases of cartels sanctioned by the competition authority, to extract the evidence that has allowed convicting; and in a second place, to examine the rulings of the Contentious Chamber of the Supreme Court of Justice of El Salvador to determine if they have confirmed the legality of the decisions of the competition authority or if they have established their illegality. The most relevant finding of this study, which can help economic operators to guide their actions within the framework of the Competition Law, is that the legality of all sanctions imposed in cartel cases has been confirmed.

Keywords: Anticompetitive practices, proof, evidence, undertakings, administrative jurisdiction.

INTRODUCCIÓN

A finales del 2020, se encontraban en el repositorio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, 33 sentencias pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador (SCA) en juicios incoados en contra de alguna de las autoridades de la Superintendencia de Competencia (SC), en su mayoría el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia (CDSC) al cual le corresponde decidir y sancionar en los casos de prácticas anticompetitivas.

Menos de la mitad son sentencias pronunciadas por la SCA en juicios contenciosos administrativos en contra sanciones impuestas por el Consejo Directivo de la SC en casos de prácticas anticompetitivas: 8 se refieren a infracciones del art. 25 de la Ley de Competencia (LC) el cual prohíbe los acuerdos entre competidores y 6 se refieren a infracciones del art. 30 de la LC el cual prohíbe el abuso de posición dominante. A la fecha del cierre de este estudio, el CDSC aún no ha sancionado casos relacionados con acuerdos entre no competidores prohibidos por el art. 26 de la LC, por lo que no existe jurisprudencia de la SCA al respecto.

El análisis de la jurisprudencia de la SCA permite detectar algunos hallazgos importantes, como puede ser la falta de conocimiento sobre las prohibiciones de la Ley de Competencia, la falta de entendimiento respecto de los elementos probatorios que se recaban en estas investigaciones, por parte de los agentes económicos y/o sus abogados, así como la falta de conocimiento de la jurisprudencia en la materia, puesto que el análisis de casos permite concluir que los empresarios u operadores económicos siguen “tropezando con la misma prueba” o cometiendo las mismas infracciones a la LC, a pesar de ser una norma con prácticamente 15 años de vigencia.

MATERIALES Y MÉTODOS

A nivel metodológico, se identificó la jurisprudencia existente, se clasificó por conductas sancionadas y se sistematizaron los criterios jurisprudenciales que permitieron llegar a los hallazgos y conclusiones que se presentan en este estudio. Al analizar la relevancia para el tema bajo análisis, se constató que únicamente las sentencias sobre acuerdos entre competidores aportaban desarrollo sobre los criterios de la SCA respecto de la legalidad de la prueba utilizada por el CDSC en los casos de carteles sancionados en los primeros 15 años de vigencia de la LC.

La jurisprudencia analizada abarca únicamente los casos resueltos por la SCA de la Corte Suprema de Justicia, único tribunal existente en El Salvador en materia contencioso administrativa entre el 1 de enero de 2006, fecha de entrada en vigencia de la LC, hasta el 31 de enero de 2019, antes de que entraran a funcionar los nuevos tribunales y la cámara de la jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador (Decreto Legislativo, 2017). Toda la jurisprudencia analizada se encuentra disponible en el repositorio de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

RESULTADOS

A pesar de que los elementos probatorios usados para sancionar carteles, bajo la primera ley de competencia de El Salvador, han sido polémicos y han generado muchas impugnaciones, la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, quien fuera el único tribunal en esta materia hasta el 2019, confirmó todas las sanciones impuestas a los empresarios/operadores económicos, validando el uso de pruebas de naturaleza esencialmente económica, basada en una serie de indicios y presunciones que analizados bajo la sana crítica, se consideraron suficientemente contundentes y

legales para cada caso en concreto; sin embargo, dado que actualmente se han creado tribunales y cámaras que conocen en materia contencioso administrativa en El Salvador que ahora podrán conocer también impugnaciones en contra de las decisiones de la autoridad de competencia nacional, habrá que esperar analizar si mantienen el mismo criterio, así como considerar que los casos siempre podrán llegar a la SCA, por ser el tribunal de cierre en esta materia a nivel nacional.

DISCUSIÓN

Consideraciones sobre los medios de prueba en investigaciones sobre prácticas anticompetitivas

En derecho de competencia en distintas latitudes y, en especial, en países donde estas leyes son jóvenes, como en el caso de El Salvador, la naturaleza de la prueba utilizada para sancionar a los empresarios u operadores económicos es uno de los puntos que tiende a ser más polémico, porque se trata de elementos probatorios distintos a los que se ocupan en casos civiles o mercantiles donde se usan pruebas más tradicionales, como contratos y documentos. A continuación, se exponen elementos que tienden a justificar el tipo de prueba usada en los procesos de investigación de conductas anticompetitivas, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia; para concluir, con el estándar probatorio que la Sala de lo Contencioso de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha reconocido legal en un periodo de 15 años, en los que fue la única autoridad judicial competente para revisar las decisiones de la autoridad de competencia nacional.

Doctrina y jurisprudencia comparada

En un proceso constitucionalmente configurado las pruebas analizadas por el juez o autoridad administrativa sancionatoria es lo único que permite condenar o absolver. Lo ideal es encontrar el “revólver humeante” o cualquier otro tipo de prueba directa y contundente que permita llegar a la verdad, aunque en distintos ámbitos se haga uso de distintos medios de prueba dependiendo de la conducta que se investiga, como por ejemplo, en materia civil y penal.

Uno de los campos en los cuales es más complejo recabar prueba contundente (como el del revólver humeante) es en las investigaciones de prácticas anticompetitivas; sobre todo, luego de varios años de implementación de la normativa de defensa de la competencia, ya que con el paso del tiempo los agentes económicos se vuelven más sofisticados y expertos en no dejar prueba directa ni “rastros de migajas” que los incrimine. En las investigaciones de prácticas anticompetitivas, el art. 45 de la LC establece que la prueba obtenida se analizará con base en la sana crítica, pero en ninguna parte de la LC o su reglamento (RLC) se hace referencia a medios de prueba. No obstante ello, algunas disposiciones de este último desarrollan criterios orientadores para la valoración de la existencia de prácticas anticompetitivas o de acciones constitutivas de abuso de posición dominante en los arts. 12, 13 y 17 del RLC.

A partir de la entrada en vigencia de la LC, el tema probatorio fue desarrollado por primera vez de forma detallada, en el expediente SC-021-D/PS/NR-2010 resuelto el 1 de noviembre de 2011, en el cual se investigó a dos proveedoras de alimentos, participantes en una licitación pública. En este caso, el CDSC estableció que si bien existe una amplia gama de pruebas que pueden utilizarse para demostrar la existencia de un cartel, en la mayoría de ellos es muy difícil obtener prueba directa que demuestre a través de documentos, declaraciones de sus partícipes o testigos que se ha celebrado un acuerdo anticompetitivo.

En esta resolución se hizo referencia al documento de la OCDE, “Sancionando Carteles sin Prueba Directa” (2007), en el que se reconoce que en las investigaciones de carteles es necesario utilizar lo que se denomina prueba indirecta o circunstancial, como la existencia de comunicaciones entre agentes rivales o de conductas que faciliten la celebración y mantenimiento de un acuerdo y evidencia de tipo económico, como incrementos simultáneos de precios sin una razón que pueda deducirse del mercado, patrones sospechosos en las ofertas en licitaciones públicas, beneficios anormalmente altos y/o una estructura de mercado oligopólica, que por sí solos no comprueban directamente la existencia de un acuerdo, pero sí aportan elementos que analizados en conjunto y de forma sistemática permiten deducir que tal conducta se ha producido.

Sin embargo, en el caso citado, no se sancionó porque no se logró probar que los agentes investigados hubieran cometido la práctica anticompetitiva tipificada en el art. 25/C de la LC. Durante el procedimiento, los agentes pudieron dar algunas justificaciones para el aumento de los precios. La conducta de los agentes también demostró que estaban activamente tratando de ganar la licitación por separado, lo cual es un indicador de que no eran parte de una estrategia colusiva conjunta, sino de que cada uno “actuó en búsqueda individual de su propio beneficio”. De forma complementaria, una de las empresas investigadas demostró que su negocio dependía en gran medida de esta licitación, por lo que carecía de los incentivos para coludirse. (Arrieta, 2016).

Más recientemente, en 2015, el tema probatorio se abordó en “Las Aseguradoras” de forma más detallada que en los casos previamente sancionados por el CDSC, probablemente para reforzar la fundamentación de la sanción de un acuerdo tácito. En este caso, el CDSC estableció la dificultad probatoria derivada de la ilicitud de los carteles y las tácticas empleadas por los operadores económicos -en su mayoría empresarios- para disimularlos o esconderlos. También estableció la importancia de la prueba circunstancial, indiciaria o indirecta, su admisibilidad en sede penal, así como en materia de defensa de la competencia y un detallado análisis del método de interpretación utilizado, que obliga a considerar la prueba como un conjunto de elementos que permiten concluir que se ha cometido o no una conducta prohibida por la LC, a partir de los criterios siguientes:

“Entender la exigencia de prueba directa sobre un ilícito como una regla infalible precedente a una eventual sanción, conduciría irrazonablemente a debilitar la potestad sancionadora estatal, dejándola a merced de la astucia e ingenio delictivo o infractor de algunos en perjuicio de una gran mayoría, a favor de quienes son instaurados los procesos investigativos y sancionadores del Estado.

(...) el órgano decisor debe enfocarse en las circunstancias que configuran el caso, esto es, atender a las pruebas indirectas como medio probatorio para acreditar casos de prácticas anticompetitivas implícitas evitando así la insuficiencia de las leyes de competencia frente a las sofisticadas modalidades que los acuerdos anticompetitivos han ido adoptando ”.

La jurisprudencia constitucional también ha reconocido esta particularidad y la relativa autonomía en materia probatoria en los casos de acuerdos anticompetitivos, puesto que en el proceso de amparo 206-2012, resuelto a finales de 2014, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia estableció que:

“De lo anteriormente reseñado, se colige que las prácticas anticompetitivas son conductas de difícil comprobación, pues los agentes económicos involucrados cometen este tipo de ilícitos en el anonimato, sin dejar constancia de su realización por algún medio escrito u otro que sea tangible.

En este tipo de investigaciones —se insiste—, difícilmente puede contarse con prueba tangible o material de la que pueda establecerse de manera directa la conducta anticompetitiva, por lo que el ente regulador debe auxiliarse de la prueba por indicios o evidencias indirectas para comenzar sus indagaciones y, en caso de tener fuertes sospechas de la comisión de tal ilícito, proceder a constatar por otros medios los hechos que se le atribuyen a determinado agente económico”.

Este estándar probatorio ya había sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en 2011, en el amparo 16-2009 del 13 de julio de 2011, donde el tribunal manifestó criterios esencialmente idénticos a los expresados en 2014.

Entre los elementos que se consideran para comprobar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, la doctrina señala generalmente los siguientes:

- 1) La existencia de algún tipo de comunicación previa (Page, 2009): Por ejemplo, reuniones de trabajo o privadas, sesiones de asociaciones de empresarios, avisos públicos y anticipados de precios e intercambios de información (FTC, 2000), que crean la oportunidad de coludir (Motta, 2004).
- 2) Otros elementos, como la comprobación de un incentivo para coludir, la existencia de contactos u oportunidades para intercambiar información, la realización de acciones idénticas en forma simultánea, la posibilidad que la conducta solo sea provechosa en caso de llevarse a cabo en forma conjunta o como parte de una colusión también suman a los indicios de que existe o ha existido un acuerdo anticompetitivo (Hay, 2006).
- 3) También tiene que existir una serie de elementos adicionales o plus factors que permiten establecer que la única razón que explica la conducta investigada es la existencia de un acuerdo anticompetitivo, que en algunos casos, también incluye las prácticas facilitadoras. Estos pueden ser de diverso tipo, genéricos o específicos al caso investigado. Entre los ejemplos más comunes, desarrollados esencialmente por la literatura norteamericana, pueden mencionarse las siguientes clasificaciones (Kovacic, 2011):
 - i. Coincidencias extremas o fenómenos inexplicables: es posible y creíble que en algún momento todos los operadores de forma independiente suban sus precios al mismo tiempo y en proporciones iguales; hasta puede ser posible que actuando de forma independiente lleguen a precios idénticos, en casos de costos productivos iguales o precios habitualmente cobrados por un producto o servicio: v.g. US \$1.00 o US \$100. No es creíble y es muy poco probable que todos los operadores económicos decidan cobrar al mismo tiempo US \$43.55 o US \$52.50 de forma independiente. Estadísticamente es tan poco probable que se considera imposible.
 - ii. Conductas contraproducentes o aparentemente contrarias a los intereses de los operadores económicos, salvo en presencia de un acuerdo anticompetitivo: operadores económicos que invierten en ampliar su capacidad, pero la mantienen subempleada o

contraída durante un largo periodo de tiempo, evitando aumentar su cuota de mercado; operadores económicos que están produciendo un excedente de su oferta, pero se niegan a aplicar incentivos para vender más como descuentos a sus clientes o cambios de directrices internas a vendedores, indicando que se enfoquen en mantener el precio de venta alto, más que en intentar aumentar cantidades. En los 3 casos, en ausencia de rivalidad o intentos por expandir sus ventas para incrementar sus rentas, la existencia de un acuerdo anticompetitivo permite generar rentas monopólicas aun en presencia de precios elevados y sin tener que competir.

- iii. Comportamientos del mercado inexplicables: hay reducción del costo de un insumo, pero los precios se mantienen altos y durante un periodo prolongado los operadores obtienen ganancias exorbitantes o las cuotas de mercado entre los operadores económicos se mantienen estables durante un periodo prolongado, indicando que no hay rivalidad o competencia entre ellos. Los precios supracompetitivos son difíciles de mantener durante periodos prolongados en condiciones de competencia.
- iv. Estructuras de mercado muy favorables a la colusión, como por ejemplo, un mercado oligopólico de producto, con barreras de entrada altas y poca elasticidad de la demanda, que permite que en casos de colusión, salvo que uno de los participantes haga trampa, el acuerdo sea sostenible y rentable por mucho tiempo.
- v. Existencia de mecanismos de monitoreo, seguimiento y ejecución del acuerdo.

En la casuística resuelta por la Corte Suprema de los EE.UU. (2006), en el caso *Bell Atlantic Corp. et al.; Petitioners; William Twombly et al.*, entre los *plus factors*, se ha exigido la comprobación de un incentivo para coludir, la existencia de contactos u oportunidades para intercambiar información, la realización de acciones idénticas en forma simultánea, la posibilidad que la conducta solo sea provechosa en caso de llevarse a cabo en forma conjunta o como parte de una colusión.

En el derecho comparado sobresale la experiencia mexicana donde, ante la complejidad, y en algunas ocasiones la cuasi imposibilidad, de encontrar evidencia directa sobre los carteles o acuerdos anticompetitivos, es ampliamente reconocido que el uso de evidencia indirecta resulta fundamental para la detección y sanción de estas conductas por parte de las agencias de competencia. Hay distintos tipos de prueba indirecta o indiciaria, que han sido reconocidos por las agencias de competencia y los tribunales como válidas para demostrar la existencia de carteles; por ejemplo, en un caso de 2015, Amparo 453/2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México confirmó el uso de modelos económicos para la comprobación de la existencia de un acuerdo entre competidores, en el cual se estableció que:

“(...) es válido que la Comisión Federal de Competencia acuda de manera primordial a la integración de pruebas indirectas o circunstanciales, para tener por demostradas esas prácticas, probanzas que, administradas, pueden conducir al acreditamiento del acto sancionado por la ley”.

Actualmente, es ampliamente reconocido que dada la ilicitud de los pactos colusivos y los esfuerzos empleados por los agentes económicos para esconderlos, es muy difícil encontrar prueba directa (OCDE, 2007); por ejemplo, muchos empresarios u operadores económicos tienden a realizar acuerdos de forma oral (Hay, 2006), evitando dejar rastros de papel de la conducta, ocupan celulares descartables y correos

electrónicos privados, utilizan computadoras portables que conservan en sus domicilios, realizan las reuniones en lugares aislados, entre otros. (Kaplow, 2011)

En virtud de esta particularidad, se ha llegado a una aceptación bastante generalizada de la prueba indirecta para sancionar casos de competencia, ya que muchas veces es el único tipo de prueba que hay, sin perjuicio del deber que tiene la SC de buscar prueba directa a través de diferentes mecanismos, como por ejemplo, un allanamiento sorpresivo o un programa de clemencia bien implementado (Hay, 2006).

Por otra parte, respecto de las conductas que deben comprobarse también hay bastante consenso que establece que la autoridad de competencia debe demostrar que hay una conducta paralela que indica que ha habido un acuerdo entre los operadores económicos y que la conducta investigada no puede justificarse como un comportamiento independiente (Gutiérrez Rodríguez, 2009). Es decir que, deben probarse los extremos de la conducta sancionable que permitan establecer que ha existido una manifestación consciente de voluntades para coludir y así distinguir los acuerdos de los casos de mero paralelismo, a través de todos los medios probatorios admisibles, analizados a través de la sana crítica.

La SCA de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha reconocido esta particularidad de las investigaciones de prácticas anticompetitivas y en todos los casos resueltos hasta inicios de 2019, determinó que las sanciones impuestas a través de las pruebas recabadas por el CDSC en los casos de carteles eran legales, tal como se explica a continuación.

Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre sanciones impuestas por el CDSC en casos de acuerdos entre competidores

En El Salvador hubo varios casos en los que debido al desconocimiento inicial de la normativa de competencia, al descuido de los operadores económicos y sus abogados, a testimonios de los mismos empresarios investigados, así como a ciertos documentos recabados en las investigaciones —a veces aportados por los mismos sujetos investigados— o durante los allanamientos, se ha recabado prueba directa que ha permitido establecer la existencia de acuerdos colusivos. Sin embargo, en su mayoría, las conductas ilícitas han sido probadas por un conjunto de indicios y/o prueba indirecta que considerada conjuntamente ha permitido llegar a conclusión de que existe un acuerdo anticompetitivo prohibido por la LC.

En el 100 % de los casos analizados para este estudio, la SCA ha determinado que: 1) Ha sido legal la determinación de la existencia de un acuerdo por medio de prueba recabada, aun la exclusivamente indiciaria y que 2) ha sido legal la sanción impuesta. Respecto de la pericia técnica de la SCA para pronunciarse sobre la legalidad de las sanciones impuestas por el CDSC, hay que precisar que la doctrina no es pacífica y que en países como los EE.UU. se cuestiona la competencia de los jueces para conocer, entender en toda su extensión y sancionar los casos de competencia, o como en el presente caso, pronunciarse sobre su legalidad (Baye & Wright, 2011). No obstante ello, dado que hasta enero de 2019, la SCA de la Corte Suprema de Justicia era el único tribunal con competencia para conocer sobre la legalidad de las actuaciones del CDSC, se ha recopilado y analizado la jurisprudencia existente. A continuación, se presenta un resumen de cada caso, en el orden en el que fueron sancionados por el CDSC.

i) Puestos de bolsa

El primer caso investigado y sancionado por la Superintendencia de Competencia (2007) inició de oficio, ya que varias corredoras de bolsa de productos agrícolas, publicaron un acuerdo en prensa escrita por medio del cual informaban que a partir de una determinada fecha cobrarían tarifas o precios mínimos comunes para una serie de servicios de intermediación bursátil. Dicha publicación, junto a declaraciones de testigos y confesiones de los operadores económicos constituyeron el acervo probatorio que utilizó la Superintendencia para sancionar por un acuerdo de fijación de precios prohibido por el literal a del art. 25 de la Ley de Competencia.

Varios de los empresarios sancionados impugnaron la resolución de la superintendencia en sede Contenciosa alegando que “ya que se ha presumido la prueba y no ha sido establecida por la parte demandada, no habiéndose comprobado que el hecho ocurrió, ni quiénes fueron los afectados”.

En el juicio contencioso administrativo, la SCA (2007) determinó que este tipo de conducta no requerían probar el daño por lo que:

“En consecuencia, 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, porque son susceptibles de incrementar el poder de mercado de los agentes económicos, acarreando consecuencias negativas en los precios de los servicios o productos, afectando así la competencia y a terceros. De ahí que sea una conducta sancionada per se por el legislador.

(...) 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”.

ii) Harineras

En 2008, los dos únicos molinos de harina de El Salvador fueron sancionados por un acuerdo de reparto de mercado prohibido por el art. 25 de la LC, literal d). Este es el único caso en el cual se ha obtenido prueba mediante la realización de un allanamiento durante el cual se secuestraron documentos físicos y electrónicos que comprobaron la existencia del acuerdo para repartirse el mercado de la harina de trigo en cuotas del 45 % y 55 % del mercado respectivamente. En este caso, la SC (2007) inició investigando por 3 conductas prohibidas por el art. 25 de la LC, pero al final solo se sancionó por 1 de ellas en la que encontraron prueba directa.

Los demandantes impugnaron la decisión del CDSC alegando que la gran mayoría de las pruebas en que se basó la autoridad demandada fueron pruebas construidas por ellos mismos, no tratándose de pruebas contundentes, pertinentes y conducentes para probar lo que se investigaba. Asimismo, que la supuesta infracción de compartir mercado la fundamentaron en una gran cantidad de presunciones, en virtud de las cuales no puede establecerse una sanción, ya que ni siquiera se trató de presunciones.

El caso tuvo una serie de incidentes, incluyendo un proceso de amparo incoado por el Superintendente de Competencia de la época, en contra de la primera sentencia pronunciada por la SCA respecto de este

caso. No obstante, para los fines que interesan a este estudio jurisprudencial, en la sentencia final de la SCA por medio de la cual se decidió si era o no legal la sanción impuesta por el CDSC, el tribunal consideró que a través de la sana crítica usada en los procedimientos de la SC, se realiza una valoración sistemática de un conjunto de pruebas y, que en el caso bajo análisis, se habían tomado en consideración testimonios, información comercial, documentación recabada y análisis de conductas en el mercado, que habían permitido concluir que no existía rivalidad o competencia entre los 2 molinos de harina; es decir, que en el periodo de tiempo durante el cual fueron investigadas no hacían nada para tratar de quitarse clientela o de incrementar su cuota de mercado, lo cual se reflejaba en la existencia de participaciones estables de mercado en los últimos años y existencia de mecanismos de compensación por transgredir la cuota o participación de cada uno.

La SCA estableció textualmente que *“es preciso advertir que la conclusión alcanzada no lo fue exclusivamente a través de pruebas directas, sino por medio de indicios. Los indicios, siempre y cuando sean plurales, concordantes e inequívocos, pueden conducir a dar por establecido un hecho. La parte actora simplemente se ha limitado a cuestionar que la prueba indiciaria no es suficiente para establecer los hechos, pero no ha analizado la prueba directa considerada por la autoridad administrativa que determinó la práctica anticompetitiva, es decir, no ha controvertido las pruebas; de ahí que esta Sala toma en cuenta la prueba, en conjunto tanto directa como indiciaria que condujeron a demostrar la existencia del acuerdo anticompetitivo”*¹.

iii) Agencias de viaje

En 2009, la SC sancionó a 4 agencias de viaje por coludirse en una licitación pública, ya que se detectó que a pesar de tener estructuras de funcionamiento completamente diferentes, distintos costos operativos, tamaño y cantidad de empleados, las ofertas económicas en una serie de licitaciones públicas eran idénticas al centavo exacto. Estos precios de dos cifras y centavos eran absolutamente idénticos y muy difícilmente establecidos de forma autónoma por cada agencia de viaje, ya que no se trataba de cifras redondas, sino de cantidades muy específicas, como, por ejemplo, US \$39.55 o US \$56.50 cobradas por cada agencia, por los mismos servicios. Al ser interrogadas, si bien los operadores investigados alegaron que cada agencia de viaje había llegado a tarifas idénticas, de forma independiente y sin llevar a cabo un acuerdo, ninguna pudo explicar cómo habían establecido los montos en cuestión en base a sus costos operativos y otros indicadores financieros.

Varias de las agencias de viajes impugnaron la decisión del CDSJ ante la SCA alegando que el CDSC presumió una conducta prohibida a partir de meras coincidencias; que no existió un acuerdo, sino que los precios fueron fijados de forma unilateral e independiente y que el ente sancionador no estableció el dolo de la conducta.

La SCA determinó que la decisión del CDSC era legal, ya que tomó en cuenta que existió una coincidencia idéntica de precios en múltiples procesos licitatorios a lo largo de varios años, la cual era demasiado exacta para que existiera alguna probabilidad de que los precios fueran fruto de una decisión individual. También consideró que existía una ausencia de explicación técnica y económica razonable para explicar la identidad de precios a partir de costos y estructuras de funcionamiento muy distintas. Finalmente, concluyó **que existían una serie de indicios plurales, concordantes e inequívocos, todos en el sentido de que la identidad de precios no podía ser fruto más que un acuerdo.**

¹ La SCA estableció textualmente que *“Debido a la naturaleza de los hechos, es preciso advertir que la conclusión alcanzada no lo fue exclusivamente a través de pruebas directas, sino por medio de indicios. Los indicios, siempre y cuando sean plurales, concordantes e inequívocos, pueden conducir a dar por establecido un hecho”*.

iv) Telefonía móvil

En 2011, el CDSC sancionó a varias empresas de telefonía móvil, en un caso muy similar al de los operadores de bolsa, mencionado anteriormente. El caso también inició de oficio ante la publicación de un anuncio en prensa escrita por medio del cual varias empresas de telefonía móvil informaban al público en general que a partir de una determinada fecha cobrarían al unísono la tarifa más alta por minuto de llamada de fijo a móvil autorizada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET).

Luego de iniciar el procedimiento de oficio, la SC encontró que además del anuncio publicado, existían cartas de notificación de las tarifas enviadas por los distintos agentes de telefonía a la SIGET, cuyo texto hasta el más pequeño detalle era idéntico, así como también contratos para la suscripción de servicios con idéntico formato. Estos elementos sirvieron para determinar la existencia de una conducta conjunta para fijar precios que los agentes económicos no pudieron desvirtuar durante la investigación.

En este caso existieron varios juicios contenciosos administrativos. En uno de ellos, los agentes económicos sancionados alegaron que los elementos probatorios tomados en cuenta por la SC no permitían llegar a la conclusión de que había existido un acuerdo para fijar precios, ya que la publicación en el periódico constituía una mera comunicación al público y ni siquiera podía calificarse como indicio. También alegaron que la identidad de los contratos de “el que llama paga” o de las cartas que sirvieron para comunicar al ente regulador la decisión de adoptar una determinada tarifa, podían considerarse prueba de un acuerdo anticompetitivo.

Respecto de esa demanda, la SCA concluyó que *“El ejercicio intelectual y racional sobre el nivel de constatación que aportan los elementos probatorios analizados por la Superintendencia permiten establecer que entre los agentes económicos sancionados existió un concierto de voluntades para fijar como precio común por cada minuto de llamada de telefonía móvil el monto más alto autorizado por la SIGET”*.

En otro de los juicios contenciosos incoados por un agente económico sancionado distinto, la SCA estableció un criterio muy relevante en materia probatoria en las investigaciones de prácticas anticompetitivas, al establecer que: *“(…) en este punto debe precisarse que encontrar una prueba directa sobre la existencia de acuerdos para fijar precios, es consecuencia más de la inhabilidad del infractor que de la habilidad del instructor. Por lo que, ante la dificultad de que exista prueba directa que permita demostrar hechos relevantes para adoptar una decisión sobre la materia controvertida, resulta necesario utilizar otros mecanismos que, indirectamente, pero no por ello menos contundentes, generen convicción sobre los puntos discutidos”*.

v) Licitación de grúas para la Asociación Nacional de Acueductos y Alcantarillado (ANDA)

En 2013, la Superintendencia de Competencia sancionó a 2 empresas por haber cometido la conducta prohibida en el literal c) del art. 25 de la LC, consistente en coludirse en licitaciones públicas. En este caso en particular, se detectó que en una misma licitación para contratar el servicio de alquiler de grúas a ANDA, la oferta económica de ambos operadores era idéntica: US \$79.10/hora en cualquier zona del país. Aunque ambos operadores sancionados alegaron que habían establecido el precio de forma independiente no pudieron ofrecer una explicación razonable sobre los elementos tomados en cuenta

para fijar su precio. Por otra parte, los agentes investigados evitaron ofertar en las mismas regiones, para no competir y quedarse cada uno con una o varias zonas del país de forma exclusiva. Finalmente, también se estableció que existían otras coincidencias anormales como la identidad de los medios de prueba ofrecidos en el proceso y que había existido la posibilidad de coludir puesto que estos agentes tenían un historial de colaboración previo.

Una de las empresas sancionadas impugnó la legalidad de la sanción impuesta por el CDSC argumentando ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se violó su seguridad jurídica y los principios de legalidad y culpabilidad porque no se determinó el dolo, se incumplió con “los parámetros estipulados en la construcción de la imputación de la práctica anticompetitiva atribuida”, no se establece el nexo causal entre la conducta y el cometimiento de la infracción. Es decir que, en este caso los agentes no se refirieron expresamente a la prueba, sino más bien a las infracciones de peligro abstracto, respecto de las cuales la SCA ha manifestado en reiterada jurisprudencia que tal es el caso de los carteles entre competidores. En el fallo, dicho tribunal estableció que la coincidencia en el precio, en el equipo mínimo ofrecido y otros elementos, como la existencia de mecanismos de colaboración entre ambas empresas, permitían concluir que los *“vínculos y elementos coincidentes precitados comprueba que la igualdad de precios ofertados en la licitación (...) es consecuencia de un acuerdo anticompetitivo”*.

vi) Licitación de servicios portuarios

En 2011, 2 empresas de servicios portuarios que participaron en licitaciones para prestar distintos servicios en el puerto de Acajutla fueron sancionadas por haberse coludido para manipular el resultado de varias licitaciones públicas. Al momento de revisar las ofertas, el personal de la unidad de adquisiciones y contrataciones institucional de la Comisión Ejecutiva Portuario Autónoma (CEPA) detectó que los precios de la oferta económica, así como otros elementos eran idénticos lo que permitía inferir que había existido un acuerdo anticompetitivo para alterar el resultado de la licitación. Las ofertas contenían precios u ofertas económicas idénticas y varios elementos idénticos en las ofertas técnicas; los operadores económicos habían designado a un mismo representante legal para que se encargara de presentar las ofertas; varios de los documentos habían sido autenticados ante el mismo notario y existía una larga tradición de colaboración entre los empresarios investigados, entre otros elementos coincidentes o atípicos en condiciones de competencia, como el intercambio de información.

En el juicio contencioso administrativo, la parte demandante alegó que el CDSC había sancionado con base en meros indicios sin que existiera prueba y que además no había utilizado la sana crítica, así como la ausencia de prueba sobre el dolo o conocimiento previo del ilícito.

Con relación a los elementos de prueba, la SCA determinó que el análisis conjunto de cada elemento, consistente en hechos coincidentes en las condiciones de presentación de las ofertas, testimonios recopilados y vínculos existentes entre los operadores económicos sancionados el CDSC había comprobado que la igualdad de precios ofertados era consecuencia de un acuerdo anticompetitivo. Textualmente, la SCA advirtió *“que la infracción al art. 25 letra c, por parte de la sociedad demandante es el resultado de una deliberada intención para fijar los precios ofertados en la licitación LPI-09-2011, de manera conjunta”* con el segundo agente sancionado.

vii) Aseguradoras

En 2015, la Superintendencia de Competencia sancionó a varias empresas de seguros de personas por considerar que habían infringido los literales a) y d) del art.25 de la LC. al adoptar un esquema de precios y conductas que permitieron manipular las licitaciones para la contratación de seguros de invalidez y sobrevivencia de los afiliados de las administradoras de los fondos de pensión.

La decisión del CDSC fue impugnada en la Sala de lo Contencioso Administrativo ya que los demandantes consideraron que en el proceso no existió prueba directa de las prácticas anticompetitivas y que se les había sancionado únicamente con base en indicios. De forma complementaria argumentaron que no existió ningún acuerdo para fijar precios o repartirse el mercado y que, en todo caso, no debió inferirse la existencia de un acuerdo de tendencias coincidentes o comportamientos paralelos en las licitaciones examinadas. Los representantes de una de las empresas aseguradoras reclamaron de que no había evidencia del acuerdo, ni siquiera un correo electrónico del que pueda inferirse la existencia de un acuerdo; que los informes de los actuarios no fueron valorados; que el intercambio de información entre operadores económicos no está prohibido; que los precios de oferta fueron determinados unilateralmente y, finalmente, que compartir información y adaptar su comportamiento al del competidor es un fin legítimo.

En el juicio contencioso administrativo, **la SCA concluyó que el análisis del acervo probatorio permitió determinar que existía un esquema multiconductual para manipular las licitaciones de seguros de invalidez y sobrevivencia entre 2008 y 2011.** Distintas conductas analizadas de forma conjunta por el CDSC permitieron llegar a la única conclusión acertada de la existencia de un acuerdo para fijar precios y repartirse el mercado, entre las aseguradoras sancionadas. Las conductas consistieron en precios idénticos en las ofertas que no pudieron explicarse adecuadamente como fruto de una decisión independiente a pesar de que los operadores sancionados presentaron informes actuariales que tampoco lograron justificarlos, así como intercambios de información y abstenciones de participar en determinadas licitaciones para garantizar la adjudicación a uno de **los empresarios participantes en el esquema.**

CONCLUSIONES

Hasta finales de 2020, la SCA ha conocido varios casos de sanciones impuestas por el CDS con base en prueba directa, como documentos y confesiones, pero también ha resuelto y validado casos sancionados por la autoridad de competencia a partir de prueba indirecta, como la existencia de precios idénticos que no pueden ser explicados con base en costos de producción, ni otras fórmulas económicas válidas a lo largo de varios años y procesos licitatorios.

La SCA ha reconocido la legalidad de pruebas menos directas que un “revólver humeante” en casos de investigaciones de prácticas anticompetitivas, como pueden ser varias coincidencias o conductas que no pueden tener otra explicación lógica más que la realización de una conducta anticompetitiva, como la identidad de precios a partir de diversos costos de producción, sumado a la ausencia de rivalidad o de intentos por conquistar una mayor cuota de mercado, por ejemplo.

La SCA también ha establecido que la prueba indiciaria o prueba indirecta para sancionar casos de prácticas anticompetitivas es legal, siempre y cuando la existencia de la conducta prohibida sea probada a través de varios indicios que sean concordantes e inequívocos, como por ejemplo la presentación de

ofertas técnicas y económicas idénticas, elaboradas por el mismo contador, con los mismos errores de ortografía y presentadas por el mismo apoderado.

Independientemente de que los casos sancionados por la SC hayan ocupado prueba directa, una combinación de prueba directa e indirecta o solo de un conjunto de pruebas indirectas, la SCA ha validado los medios de prueba utilizados por la Superintendencia de Competencia en todos los casos de carteles sancionados hasta la fecha de finalización de este estudio. Finalmente, en las investigaciones de prácticas anticompetitivas, la SCA ha reconocido que la sana crítica permite inferir un hecho no probado a partir del análisis de varios indicios o hechos probados que analizados conjuntamente permiten concluir que ha existido una práctica o acuerdo anticompetitivo.

En un estudio ulterior, se analizarán los criterios de los nuevos tribunales y cámaras que conocen en materia contencioso administrativa en El Salvador, sin perjuicio de reconocer que siempre habrá que tomar en cuenta los casos que lleguen a la SCA, por ser el tribunal de cierre en esta materia a nivel nacional.

REFERENCIAS

Arrieta, L. (2016). *En 10 años de Defensa de la Competencia en El Salvador* (1ra ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad José Matías Delgado. <https://www.ujmd.edu.sv/editorial-delgado-stand-virtual/ciencias-juridicas/diez-anos-dedefensa-de-la-competencia-en-el-salvador>

Baye, M. R., & Wright, J. D. (2011). Is Antitrust too complicated for generalist judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals. *Journal of Law and Economics*, 54(1), 1-24. <https://doi.org/10.1086/652305>

Decreto Legislativo N° 761 de 2017. [Diario Oficial]. Se crean los juzgados de lo contencioso administrativo, los que desarrollarán su función jurisdiccional, según lo establecido en la Constitución de la República y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 20 de septiembre de 2017. <https://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2017/09-septiembre/20-09-2017.pdf>

FTC (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearingsantitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

Gutiérrez Rodríguez, J. D. (2009). Tacit collusion: Theory and caselaw in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, and Panama (1985-2008). *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, 5(5), 307-497. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8151681>

Hay, G. A. (2006). Horizontal agreements: concept and proof. *The Antitrust Bulletin*, 51(4), 877- 914. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=facpub>

Kaplow, L. (2011). *On the meaning of horizontal agreements in competition law*. (Discussion paper N° 691). Harvard Law School. http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_691.pdf

Kovacic, W. E., Marshal, R. C., Marx, L. M., & White, H. L. (2011). Plus Factors and Agreements in Antitrust Law. *Michigan Law Review*, 110(3), 393-436. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1118&context=mlr>

Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.

Organization for economic co-operation and development (2007). *Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement*. OCDE. <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/38704302.pdf>

Page, W. H. (2009). Twombly and communication: the emerging definition of concerted action under the new pleading standards. *Journal of Competition Law and Economics*, 5(3), 439-468. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhp005>