

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las ocho horas y treinta minutos del doce de septiembre de dos mil dieciocho.

1. El presente procedimiento se instruyó de oficio a partir de los indicios encontrados en las actuaciones previas, referencia interna SC-035-O/AP/NR-2015, iniciadas por esta Superintendencia con motivo de una nota remitida por el Director de Adquisiciones y Contrataciones Institucional –DACI– del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública –MJSP–, en la cual dio a conocer ciertas anomalías detectadas en el procedimiento de licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominado: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana”, en específico, en las ofertas presentadas por dos sociedades constructoras, que podrían constituir prácticas anticompetitivas tipificadas en la Ley de Competencia (en adelante LC).
2. Y es que el MJSP, por medio de carta recibida el 25 de agosto de 2015, remitió información sobre similitudes advertidas en los organigramas de trabajo contenidos en las ofertas técnicas formuladas por dos sociedades que participaron en la licitación relacionada, a partir de las cuales, a su criterio, se deducirían supuestos indicios de un acuerdo entre ambas empresas, lo cual es contrario a lo establecido en el inciso final del Art. 26 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP).
3. En concreto, las referidas actuaciones revelaron indicios suficientes de la existencia de prácticas anticompetitivas entre competidores, específicamente, la modalidad establecida en el artículo 25, letra c) de la LC, que habría sido cometida por las sociedades Constructora Gaitán, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse CONSGA, S. A. de C. V. o Constructora Gaitán, S. A. de C. V. -en



adelante, **Constructora Gaitán-**; y Perforaciones Villatoro Vásquez, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Perforaciones Vivas, S. A. de C. V. -en adelante, **Perforaciones Vivas-**; motivo por el cual se instruyó el presente procedimiento por medio de la resolución de fecha 29 de septiembre de 2017 a fin de investigar si los agentes económicos en alusión incurrieron en la conducta prohibida por la LC.

4. En ese sentido, habiéndose estudiado y analizado toda la documentación presentada y requerida a las sociedades investigadas y demás intervinientes, así como la prueba producida, corresponde en esta fase procedimental efectuar el análisis técnico, jurídico y económico de competencia correspondiente, para emitir la resolución final respectiva, a partir de los siguientes considerandos:

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS

5. Tal como se señaló en el apartado anterior, en la resolución emitida el 29 de septiembre de 2017, el Superintendente de Competencia ordenó instruir este procedimiento de investigación por existir indicios que señalaban la infracción del artículo 25, letra c) de la LC, por parte de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, en específico de la modalidad consistente en “Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes”.
6. En dicha resolución se otorgó a las sociedades investigadas un plazo de treinta días para que presentaran las alegaciones, documentos e información que estimaran convenientes para hacer valer su defensa, señalaran los hechos que pretendían probar y propusieran los medios probatorios pertinentes. Asimismo, se requirió determinada información a los agentes económicos instruidos y al DACI del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública -MJSP-, y se declaró como reservada la

información contenida en el expediente hasta su completa finalización, es decir, hasta que no existiera ninguna diligencia administrativa que realizar, no pudiendo exceder el plazo máximo estipulado en el art. 20 de la Ley de Acceso a la Información Pública -LAIP-.

7. Con fecha 19 de octubre de 2017, Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, por medio de sus respectivos escritos, presentaron la información requerida en el auto de instrucción aludido.
8. El 26 de octubre de 2017, el DACI del MJSP presentó parte de la información requerida en el auto de instrucción en referencia.
9. El 6 de noviembre de 2017 fueron presentados los escritos de alegatos de defensa por parte de los abogados siguientes: Jaime Tulio Aranda Hernández y Cristian José Hernández Delgado, como apoderados de Perforaciones Vivas; y James Morales Melara, como apoderado de Constructora Gaitán. Todos hicieron uso de la audiencia conferida, adjuntaron determinada información, y expusieron una serie de argumentos para desacreditar el auto de instrucción del procedimiento, pidieron, además, que se tuviera por acreditada la calidad en que comparecían, señalando lugar para oír comunicaciones.
10. El 7 de noviembre de 2017, el DACI del MJSP remitió la información faltante, a fin de que se tuviera por cumplido el requerimiento formulado en el auto de instrucción.
11. Por resolución de fecha 13 de noviembre de 2017 el Superintendente de Competencia emitió resolución mediante la cual concedió intervención al apoderado de Constructora Gaitán, se previno a los abogados Jaime Tulio Aranda Hernández y Cristian José Hernández Delgado que en el plazo de 3 días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación de esa resolución, acreditaran en debida forma la personería con la que pretendían actuar en representación de Perforaciones Vivas.



12. El 17 de noviembre de 2017, los abogados Jaime Tulio Aranda Hernández y Cristian José Hernández Delgado evacuaron la prevención antes señalada.
13. Por resolución de fecha 29 de enero de 2018, el Superintendente de Competencia concedió intervención a los apoderados de Perforaciones Vivas; tuvo por recibido el escrito de alegatos de defensa presentado por tales apoderados; declaró sin lugar el argumento de defensa procesal del apoderado de Constructora Gaitán, referido a la ilegalidad de la entrevista realizada a los representantes legales de las sociedades investigadas, en el marco de las actuaciones previas SC-035-0/AP/NR-2015; tuvo por cumplidos los requerimientos iniciales de información detallados en el auto de instrucción, dirigidos a Constructora Gaitán, Perforaciones Vivas y al DACI del MJSP; y se tuvo por incorporados los medios de prueba documental siguientes: (A) los aludidos en el auto de instrucción de fecha 29 de septiembre de 2017 que se encuentran en el disco compacto (CD) que fue entregado a las investigadas en el acto de notificación de dicho auto; (B) los documentos adjuntos a los escritos de defensa presentados por los apoderados de Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán; y (C) los documentos e información presentada por las investigadas y el DACI del MJSP, en virtud del requerimiento de información efectuado en la resolución del auto de instrucción citado.
14. Asimismo, el Superintendente de Competencia abrió a pruebas el procedimiento y declaró sin lugar la prueba documental ofrecida por Perforaciones Vivas, en lo concerniente a solicitar DACI del MJSP copia certificada del expediente completo de la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominada: "Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana", por considerarse innecesaria.
15. En esa misma resolución, además, el Superintendente de Competencia requirió al DACI del MJSP un informe acerca de las licitaciones públicas en las que

Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas habrían participado en el periodo 2011-2017; se citó de oficio a la señora Leydi Yasmín Ventura de Hernández, en adelante señora Ventura de Hernández, y a los señores Luis Edgardo Villatoro Vásquez, en adelante señor Villatoro Vásquez y Jorge Edgardo Hernández Gaitán, en adelante señor Hernández Gaitán, para que, el día 23 de febrero de 2018 en las instalaciones de esta Superintendencia, se les interrogara, por separado, sobre su participación en la licitación pública en referencia, y de cualquier otro tema relacionado con la investigación; tuvo por establecidas las reglas que se aplicarían en el desarrollo del interrogatorio; reiteró la delegación efectuada en el Intendente de Investigaciones de esta Institución para que llevara a cabo la diligencia y resolviera –en el acto– cualquier asunto incidental que surgiera en su desarrollo.

16. Por medio de resolución de fecha 1 de marzo de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió declarar ha lugar las solicitudes planteadas en fechas 21 y 23 de febrero del mismo año, por los señores Villatoro Vásquez, Hernández Gaitán y la señora Ventura de Hernández, de reprogramar el interrogatorio para el cual habían sido citados originalmente, fijándose el día 9 de marzo para realizar dicha diligencia.
17. El 9 de marzo de 2018 se llevó a cabo la diligencia para la que, por segunda vez, fueron citados los señores Villatoro Vásquez, Hernández Gaitán y la señora Ventura de Hernández; siendo interrogados de manera oficiosa y por separado sobre sus respectivas participaciones en la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominada: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana”, así como sobre otros temas relacionados con la investigación por la supuesta comisión de la práctica anticompetitiva tipificada en el art. 25, letra c) de la LC.



18. Por resolución del 20 de marzo de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió requerir a los señores Villatoro Vásquez, Hernández Gaitán y la señora Ventura de Hernández, determinada documentación relacionada con las declaraciones vertidas en la diligencia del 9 de marzo de este año.
19. El 5 de abril de 2018, el señor Hernández Gaitán y la señora Ventura de Hernández evacuaron el requerimiento formulado en la resolución del 20 de marzo de 2018.
20. El 6 de abril de 2018, el abogado Cristian José Hernández Delgado, en carácter de apoderado de Perforaciones Vivas, evacuó el requerimiento formulado a su representada.
21. Por resolución de fecha 27 de abril de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió tener por evacuados los requerimientos formulados en el auto de fecha 20 de marzo de 2018, al señor Hernández Gaitán, en carácter personal y de representante legal de Constructora Gaitán, al señor Villatoro Vásquez, en carácter personal y de representante legal de Perforaciones Vivas, y a la señora Ventura de Hernández, en carácter personal; además, tomó nota de la persona comisionada por parte de Perforaciones Vivas para recibir los actos procedimentales de comunicación, señalada por su apoderado en el escrito de fecha 6 de abril de este año; finalmente, mandó a oír a las investigadas y al DACI del MJSP para que se pronunciaran sobre la propuesta de clasificación de la información y documentos contenidos en este procedimiento, conforme a lo detallado en el apartado II de la parte expositiva de dicha resolución.
22. El 3 de mayo de 2018, el DACI del MJSP evacuó la audiencia conferida, solicitando clasificar como pública la información referente a los procedimientos de licitación pública primera convocatoria, N° LP-14/2014-MJSP-DGME, y segunda convocatoria, N° LP-05/2015-MJSP-DGME.

23. Por resolución del 22 de mayo de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió tener por *evacuada* la audiencia de confidencialidad conferida al DACI del MJSP; calificar como confidencial la certificación del valor de las acciones y monto total de las mismas, aportada por Perforaciones Vivas, por tratarse de información de valor empresarial, comercial u oficial que es de conocimiento exclusivo del agente económico que lo emite; y calificar como no confidencial el resto de la documentación e información incorporada a este expediente por no ser secreta, ni haberse demostrado que se hayan tomado las medidas correspondientes para mantenerla secreta, y porque se trata de documentos sujetos a inscripción en registros públicos.
24. Asimismo, en la anterior decisión, el Superintendente de Competencia resolvió integrar el expediente del procedimiento, quedando conformado por 7 piezas públicas y 1 confidencial; nombró como custodio de la información calificada como confidencial a la Secretaria General de la Superintendencia de Competencia, licenciada Elvira Lorena Duke Chávez; y recordó a las sociedades investigadas que después de dicha integración ya no podía ejecutarse ninguna actividad procedimental de carácter investigativo, quedando siempre a salvo el derecho de vista de las actuaciones que constan en las piezas públicas del expediente, así como los demás derechos de naturaleza procedimental.
25. Por medio de resolución de fecha 8 de junio de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió comunicar al DACI del MJSP el requerimiento formulado en el auto de apertura a pruebas.
26. El 15 de junio de 2018, el DACI del MJSP evacuó el requerimiento formulado.
27. Por auto del 18 de junio de 2018 el Superintendente de Competencia resolvió tener por evacuado el requerimiento formulado al DACI del MJSP, comunicado en virtud del auto de fecha 8 de junio de este año; mandó a oír, previo a su calificación, a dicho funcionario y a las investigadas, por el plazo de cinco días calendario contados



a partir del siguiente a la notificación respectiva de esa resolución, a efecto de que se pronunciaran sobre la propuesta de clasificación de la información presentada en el escrito de fecha 15 de junio de este año.

28. El 25 de junio de 2018, el DACI del MJSP evacuó la audiencia conferida, solicitando que se clasificara como pública la información presentada en su escrito de fecha 15 de junio de este año.
29. Por medio de acto administrativo de fecha 5 de julio de 2018, el Superintendente de Competencia resolvió tener por evacuada la audiencia conferida al DACI del MJSP; clasificándose como no confidencial, o pública, la información incorporada en el escrito de fecha quince de junio de este año, por no ser secreta, ni haberse demostrado que se hayan tomado las medidas correspondientes para mantenerla secreta, y porque se trata de documentos sujetos a inscripción en registros públicos.
30. Asimismo, en la anterior resolución, se actualizó la integración del expediente; se concluyó la fase de investigación del procedimiento en contra de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas; y se remitió a este Consejo Directivo el expediente para la emisión de la resolución final, haciéndole saber que el mismo está conformado por 7 piezas públicas y 1 confidencial, esta última en poder del custodio nombrado según resolución de fecha 22 de mayo de 2018. Finalmente, se reiteró a las sociedades investigadas que luego de la integración del expediente ya no puede ejecutarse ninguna actividad procedimental de carácter investigativo, quedando siempre a salvo el derecho de vista de las actuaciones que constan en el expediente y demás derechos de naturaleza procedimental relacionados.

II. INDICIOS, OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS

31. Una vez expuesta la relación de los hechos, corresponde recapitular los *indicios* que dieron lugar a la instrucción de este procedimiento **(A)**, a partir de los cuales se

erigió el *objeto de la presente investigación (B)*, para después detallar el orden lógico del análisis que seguirá esta resolución *(C)*.

A. INDICIOS QUE SUSTENTARON EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

32. Como se relacionó al inicio de esta resolución, la instrucción de este procedimiento se sustentó con los indicios derivados de las actuaciones previas que se llevaron a cabo en virtud de la información remitida por el DACI del MJSP, a través de la cual se dieron a conocer ciertas anomalías detectadas en el procedimiento de la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominada: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana”; particularmente, en las ofertas presentadas por los agentes económicos Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, los cuales podrían constituir prácticas prohibidas por la LC.
33. En ese sentido, luego de haber revisado el expediente que contiene la licitación en referencia y finalizar las diligencias necesarias a fin de determinar una posible violación a la LC, esta Superintendencia determinó la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas en el marco de la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, cometidas por parte de las sociedades ahora investigadas, los cuales se resumen a continuación, y que, para un mejor orden, se expondrán según la fase de la licitación en la cual fueron identificados:

1. Fase previa la adjudicación:

- a) Ambas investigadas presentarían sus organigramas de ejecución de las obras con similitudes en el formato utilizado;
- b) Ambas investigadas relacionarían personal coincidente en sus ofertas presentadas;

- c) En ambas ofertas presentadas por las investigadas, se nombrarían, como *gerente de proyectos*, a uno de los accionistas de Constructora Gaitán; y, como *maestro de obra*, al representante legal de dicha sociedad;
- d) El notario contratado para la certificación de los documentos agregados a las respectivas ofertas presentadas sería el mismo para ambas investigadas, con coincidencias de fecha y hora de realización; y
- e) Las ofertas técnicas presentadas por ambas investigadas mostrarían coincidencias en el formato y redacción y en errores ortográficos.

2. Fase posterior a la adjudicación:

- a) Ambas investigadas nombrarían al representante legal de Constructora Gaitán como supervisor conjunto en el desarrollo y la ejecución de las obras adjudicadas; y
- b) El representante legal de Constructora Gaitán comparecería a la entrega del proyecto finalizado, adjudicado a su competidor Perforaciones Vivas.

^{34.} A partir de las anteriores circunstancias, esta Superintendencia advirtió elementos suficientes para presumir que las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas se habrían comunicado y coordinado en la etapa previa a la elaboración de sus ofertas económicas en la licitación en cuestión.

^{35.} Lo anterior, se traduciría en la presunción de que esas sociedades habrían renunciado a actuar de forma independiente en la preparación de sus ofertas presentadas, con el objeto de establecer de manera concertada su estrategia comercial, a efectos de resultar adjudicadas en la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME.

36. En razón de lo anterior, se concluyó que existían elementos indiciarios de que los agentes económicos Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas habrían actuado de manera conjunta para manipular y falsear la competencia en el procedimiento de licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, al haber coordinado sus ofertas presentadas. Hechos que se adecuarían a lo establecido en la LC, en su artículo 25 letra c).

B. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

37. Tomando en cuenta los elementos indiciarios antes relacionados, el objeto de la investigación es determinar la existencia o no del supuesto acuerdo anticompetitivo entre las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas para manipular y falsear la competencia en la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, lo cual debe ser analizado a la luz del art. 25 a) de la LC, referido, en este caso, a la fijación o limitación de precios en licitaciones públicas nacionales.

C. ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS

38. En este estado del procedimiento corresponde analizar el fondo de esta investigación. Para ese efecto, y para la adecuada comprensión de la decisión que se adoptará, es preciso, antes que nada, exponer los *argumentos de defensa* alegados por los agentes económicos investigados, incluyendo los relacionados con aspectos jurídicos procedimentales como los vinculados con la supuesta práctica anticompetitiva atribuida (III); luego, se explicarán algunos aspectos relevantes de la licitación en referencia (IV) y del análisis de los acuerdos entre competidores en el Derecho de Competencia (V). Posteriormente, *se analizarán los elementos probatorios* que se encuentran agregados en el expediente, a fin de *determinar si existe o no la práctica anticompetitiva* atribuida (VI), y así concluir con el análisis de la práctica investigada (VII).



III. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LAS SOCIEDADES INVESTIGADAS

- ^{39.} Una parte de los argumentos de defensa planteados por las investigadas tienden a invocar supuestas violaciones de tipo procedimental, mientras que los demás atañen directamente a la práctica anticompetitiva investigada; por ello, el presente apartado se desglosará en el siguiente orden: primero, se expondrán los argumentos planteados respecto de supuestas violaciones de naturaleza procedimental, los cuales ya fueron analizados y resueltos oportunamente en la fase de investigación **(A)**; y, después, se expondrán de manera temática los argumentos defensivos relacionados con los hechos investigados -fondo de la controversia- **(B)**, los cuales serán retomados y resueltos en un apartado posterior, al momento de determinar la existencia o no de la práctica anticompetitiva investigada.

A. SUPUESTOS VICIOS JURÍDICOS O ILEGALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

- ^{40.} Es importante iniciar este punto aclarando que únicamente Constructora Gaitán alegó aspectos de carácter procedimental en el escrito de defensa del 6 de noviembre de 2017.
- ^{41.} En dicho escrito, el apoderado de Constructora Gaitán alegó que las entrevistas que se realizaron en el marco de las actuaciones previas SC-035-O/AP/NR-2015 eran ilegales, pues aseguró que ni el representante legal de su poderdante, ni el de Perforaciones Vivas fueron notificados del inicio de ese procedimiento, y que tales declaraciones debieron tomarse en una audiencia en la que se garantizaran sus derechos fundamentales, principalmente, el de defensa, en la que también debieron ser acompañados por sus apoderados.
- ^{42.} De igual manera, argumentó que tales declaraciones debieron rendirse una vez instruida la investigación iniciada en contra de su representada, ya que con dichas entrevistas "...acredita la Superintendencia que supuestamente pude [sic] haber

acuerdo o convenio entre ambos, sirviendo ellas como indicios, y en toda práctica de medio probatorios tiene que existir mediación, contradicción; donde tiene que estar presenten [sic] tanto el infractor como su defensa o apoderado. Por lo que dichos testimonios o entrevistas carecen de valor”.

43. Respecto de tales planteamientos, es importante destacar que fueron resueltos en la fase de investigación, mediante el acto administrativo de fecha 29 de enero de 2018, quedando pendientes de resolver solo aquellos alegatos que guardan relación directa con la parte medular del objeto investigado, los cuales fueron esgrimidos por ambas investigadas.

B. ALEGATOS RELACIONADOS CON LA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA ATRIBUIDA A LAS INVESTIGADAS

44. Respecto de los argumentos relacionados con la práctica investigada, en este apartado se iniciará haciendo alusión a los alegatos planteados por el apoderado de Constructora Gaitán (1), para luego hacer referencia a los expuestos por los apoderados de Perforaciones Vivas (2).

1. Constructora Gaitán

45. El apoderado de Constructora Gaitán aseveró que las prácticas anticompetitivas que se dan en el marco de las licitaciones públicas son aquellas que se realizan repetitiva o reiteradamente, en donde dos o más competidores se ponen de acuerdo para participar en un sin número de licitaciones públicas, y que, en todas o en la mayoría, resulta ganador el que realiza la obra; sin embargo, asevera que en la licitación en cuestión ha sido la única en la que su representada “ha coincidido” en participar con Perforaciones Vivas.
46. Por otra parte, el referido profesional afirmó que, si existiera un acuerdo o comunicación entre Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas para participar en



todas las licitaciones en las que una de ellas participó, entonces constaría que ambas habrían participado en la primera convocatoria de la licitación pública en alusión, que antecedió a la ahora cuestionada, lo cual no fue así.

47. Asimismo, aseguró que las prácticas anticompetitivas conllevan a constituir un “monopolio”, en donde una misma sociedad, empresa o persona de cualquier naturaleza es la que domina, establece los precios, participa y se le adjudican todas las licitaciones o proyectos; pero, para el caso de su representada, alega que únicamente ha participado en dos o tres licitaciones y que la cuestionada fue la primera que se le adjudicó desde que fue constituida como sociedad.
48. Finalmente, y con relación al personal coincidente en las ofertas de ambas sociedades, el abogado de Constructora Gaitán alegó que la arquitecta Ventura de Hernández, además de ser accionista de esa sociedad, ha prestado servicios profesionales a otras empresas que participan en licitaciones públicas, razón por la que ella y el resto del personal coincidente aparecen incluidos en esos organigramas; además, aseguró que esa coincidencia se debe a que “no todos van a ganar la licitación sino una de ellas”, y que “solo los contratan cuando una de las Sociedades se le adjudica una licitación, única y exclusivamente para una obra determinada, es decir, no son empleados permanentes de ninguna [s]ociedad, sino que trabajan una [sic] empresa o [s]ociedad únicamente para la ejecución de una obra”.
49. Lo anterior, según el apoderado de Constructora Gaitán, “no significa que hay un acuerdo previo a la licitación de ambas sociedades o posterior a ella, o que exista una relación y vínculos entre ambas Sociedades competidoras en el marco de dicha licitación denominada como segunda convocatoria”, ni que se haya “propiciado un entendimiento mutuo, previa a la presentación de la respectiva oferta; ya que estas son suposiciones, presunciones”.

2. Perforaciones Vivas

50. Los apoderados de Perforaciones Vivas, por escrito de fecha 6 de noviembre de 2017, plantearon sus argumentos para redargüir la práctica anticompetitiva atribuida, alegando, en primer lugar, que de conformidad con el art. 25 letra a) de la LC, "el verbo rector que sirve de base para la tipificación de la conducta es 'fijación o limitación' y que en el presente caso no existe identidad de precios, ya que los precios ofertados por cada una de las investigadas fue distinto y que la licitación fue adjudicada de manera parcial".
51. En segundo lugar, insistieron en que los elementos para que se constituya un acuerdo entre competidores son la existencia de un acuerdo entre competidores y que este sea anticompetitivo, y que, para el presente caso, únicamente se cuenta con similitud de formatos, personal repetido en las ofertas, mismo notario, coincidencias en la redacción de las ofertas, supervisor conjunto en los proyectos y misma persona que entrega la obra, perdiéndose de vista el contenido medular de la norma que es la "limitación o fijación". Asimismo, argumentaron que el precio de la licitación lo fijó la misma administración -el MJSP-.
52. En tercer lugar, los abogados de Perforaciones Vivas adujeron que con la imputación en contra de su representada se violan los principios de responsabilidad en materia sancionatoria, legalidad y tipicidad. Para fundamentar la supuesta violación al primero de esos principios, responsabilidad en materia sancionatoria, dichos apoderados argumentaron que toda sanción requiere la preexistencia de un título de imputación de responsabilidad, que puede perfilarse como dolo, culpa o negligencia, y que las sanciones basadas en responsabilidad objetiva son lesivas de la presunción de inocencia. Por lo anterior, adujeron que la regla *per se* utilizada por la autoridad para sustentar la existencia de una práctica anticompetitiva debe ser analizada con base en las anteriores premisas.



53. Respecto del resto de principios presuntamente violentados, legalidad y tipicidad, los referidos profesionales argumentaron que “la conducta sancionada no encaja en el tipo contenido en la norma”, porque no ha existido fijación o limitación de precios, y que “la prueba utilizada como base de la resolución sancionatoria, no fue capaz de establecer un nexo de culpabilidad entre la conducta realizada y la intencionalidad de [su] representada”.
54. En cuarto lugar, los abogados de Perforaciones Vivas argumentaron que un acuerdo entre competidores es prohibido en sí mismo porque anula los incentivos para la eficiencia económica, reduciendo el bienestar de los consumidores por el incremento de precios y la restricción de cantidades, pero que, en el caso de su representada, además de que no incurrió en acuerdo alguno con Constructora Gaitán, ha beneficiado al consumidor por haber ofertado el precio más bajo para el proyecto de La Hachadura, el cual le fue adjudicado.
55. En quinto lugar, los abogados en alusión pidieron que la declaración rendida el 29 de agosto de 2017 por el representante legal de Perforaciones Vivas, en el marco de las actuaciones previas en referencia, se tome en todo su contexto y no solo en lo que afecte a su representada, pues aseguran que el declarante afirmó que quería todo el proyecto y no solo el de La Hachadura; y que no había acordado precios, ni parcialidad del proyecto con nadie.
56. Finalmente, con relación al nombramiento del personal coincidente con el de Constructora Gaitán, los referidos profesionales expusieron que ello se debió a que fueron escogidas las personas idóneas para realizar el proyecto, sin buscar únicamente ganar, sino cumplir de la manera más excepcional lo propuesto en la oferta, en razón del prestigio empresarial de su representada.
57. En todo caso, aseguraron que Perforaciones Vivas no puede impedir que otras empresas proponga personal similar al de ella, debido a que ese personal no es de planta, sino contratado eventualmente para la realización de proyectos en

específico. Lo único que su poderdante puede controlar, señalaron, es el precio que se propuso para realizar el proyecto, y que, tal como puede apreciarse en el listado de proyectos adjudicados y contratados, Perforaciones Vivas nunca había participado con la empresa Constructora Gaitán; por lo tanto, insistieron, “no existe ninguna relación económica en el tiempo ni concierto de voluntades”.

58. En definitiva, los apoderados de Perforaciones Vivas cuestionaron que a su representada se le haya imputado la presunta comisión de un acuerdo, pues aseguran que los precios ofertados por esta no fueron los mismos respecto de cada frontera; por tanto, alegan que “el haber ofertado con valores tan distinto [sic] las tres competidoras y que se ganara partido el proyecto, da a entender contundentemente que no hubo acuerdo alguno, sino como lo dijo el Ingeniero Luis Edgardo Villatoro Vásquez, él quería ganarle todo a las otras y por eso estableció el precio que perforaciones vivas, S.A. DE C.V. hizo para todo, sin saber o acordar precio con ninguna de las demás”.

IV. SOBRE LA LICITACIÓN PÚBLICA SEGUNDA CONVOCATORIA No. LP-05/2015-MJSP-DGME, RELACIONADA CON LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

59. En virtud de que la supuesta práctica anticompetitiva investigada se habría producido en el marco de un procedimiento de compras públicas, es necesario aludir a algunos aspectos contenidos en las bases de la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominada: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana”.
60. En consecuencia, en este apartado, primero, se explicarán los antecedentes de la licitación en segunda convocatoria, a efectos de conocer los motivos por los cuales se declaró desierta en primera convocatoria, es decir, la licitación pública N° LP-



14/2014-MJSP (A); luego, se destacarán los aspectos relevantes de las bases de licitación que rigieron el procedimiento de licitación en cuestión (B); y se finalizará con el desarrollo y adjudicación del procedimiento (C).

A. ANTECEDENTES

61. Previo a describir las características de los servicios licitados en el procedimiento en cuestión, es pertinente mencionar que la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, segunda convocatoria, se llevó a cabo en el año 2015, en virtud de haberse declarado desierta la licitación pública N°. LP-14/2014-MJSP, denominada: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Depto. de Chalatenango; La Hachadura, Depto. de Ahuachapán y San Cristóbal, Depto. de Santa Ana”, en el año 2014.
62. Según consta en la resolución ministerial de fecha 18 de diciembre de 2014¹, las razones por las cuales se declaró desierta la licitación del 2014 fue porque “ninguna de las sociedades participantes clasificó técnicamente para ejecutar de forma aceptable las obras”, y porque una de ellas² presentó una oferta que “no se encuentra acorde a los precios de mercado y supera la estimación presupuestaria aprobada para ejecutar dicho proyecto”; por dichos motivos, la comisión evaluadora recomendó que se declarara desierta y se promoviera una segunda convocatoria.
63. Dicha resolución fue notificada a los participantes de ese procedimiento, las sociedades CR Consulting and Representation, S. A. de C. V., en adelante CR Consulting; Constructora Gaitán, e Inconstbir, S. A. de C. V. Cabe señalar que en esta misma resolución se reveló el monto presupuestario que el MJSP tenía destinado para la licitación (US\$ 92,000), específicamente, cuando se fundamentó que la oferta presentada por CR Consulting superaba en un 60% el presupuesto destinado para la contratación de los servicios licitados.

¹ Contendida en folios 5 al 9 de la pieza pública 3 del presente expediente.

² CR Consulting and Representation S. A. de C.V.

64. Cabe mencionar que el mismo monto presupuestario fue designado para la segunda convocatoria de la licitación³.
65. En virtud de lo anterior, el MJSP procedió a realizar la segunda convocatoria en el año 2015, y fue así que el 10 de abril de ese año publicó el aviso de la convocatoria⁴, la consecuente venta de las bases de la licitación, y el 13 y 14 de abril de ese mismo año realizó el registro de los participantes a la misma.

B. ASPECTOS RELEVANTES DE LAS BASES DE LA LICITACIÓN

66. A continuación, se presentan algunos aspectos contenidos en las bases de licitación en referencia, que ayudarán a contextualizar los hechos analizados en este procedimiento.

1. Objeto de la licitación

67. La licitación en estudio tenía por objeto la contratación de los servicios de desmontajes, demoliciones, procesos de construcción, excavaciones, compactaciones, albañilería y otras actividades asociadas, para la mejora de las instalaciones de tres puestos fronterizos.
68. El alcance del trabajo debía incluir los materiales, dirección, mano de obra, herramientas, equipo, transporte y cualquier servicio que fuera necesario para realizar la construcción e instalación de estructuras, tal como consta en las especificaciones contenidas en las bases. Para tales efectos, el ofertante debía sufragar todos los costos relacionados con la preparación y presentación de las ofertas, independientemente de los resultados del procedimiento.

³ Folio 20 de la pieza pública 3 del presente expediente.

⁴ Folio 202 de la pieza pública 3 del presente expediente.



69. Los trabajos de mejoras de las instalaciones se ejecutarían en tres fronteras en específico, siendo estas las que se detallan a continuación:

Cuadro N.º 1

Fronteras a mejorar en la Licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME

Frontera	Ubicación
El Poy	Chalatenango
La Hachadura	Ahuachapán
San Cristóbal	Santa Ana

Fuente: Elaboración propia con base en información contenida en el expediente.

2. Condiciones generales

70. En el contenido de las bases de la licitación en estudio, se especificaron las condiciones generales a las que los ofertantes debían someterse, entre ellas, se mencionan: a) visitas de campo; b) obligaciones y responsabilidad del contratista; c) residente de obra del contratista; d) bitácoras; e) de la presentación de las ofertas; f) del contenido de las mismas; y g) sobre el sistema de evaluación y adjudicación. A continuación, se realizará una síntesis del contenido de cada una de ellas:

a) De las visitas de campo

71. Como parte de las actividades previas a la presentación de las ofertas en la licitación aludida, era necesario que toda persona natural o jurídica interesada en participar asistiera a una visita de campo, con la finalidad de evaluar y constatar el estado actual del terreno, las condiciones generales y ubicación de las instalaciones, y para evacuar cualquier duda. Para cada visita se señaló fecha, hora y lugar, especificando que no se realizarían visitas diferentes a las programadas⁵.

⁵ Folio 157 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

72. Las bases especificaban claramente que “El Representante de la Persona Natural o Jurídica, que asista a la visita de campo, deberá presentar **NOTA DE AUTORIZACIÓN** por parte de la Sociedad o Persona Natural; autorizándolo para dicha visita de campo, éste deberá **PORTAR SELLO DE LA EMPRESA PARTICIPANTE**, para poder registrarse en un Cuadro de Control de Visita de Campo, el cual **FIRMARÁ Y SELLARÁ** en representación de su Empresa o Persona Natural”.
73. A los asistentes a la visita de campo programada se les entregaría una constancia, la cual debía ser anexada en la respectiva oferta a presentar; en caso de que el interesado no se presentara a la visita programada y, por ende, no anexara la constancia respectiva en la oferta presentada, sería penalizado con un 10% menos en la evaluación total. Las fechas de las visitas programadas se detallan a continuación:

Cuadro N.º 2
Programación de visitas de campo
para la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME

Frontera	Fecha
La Hachadura	20 de abril de 2015
San Cristóbal	20 de abril de 2015
El Poy	22 de abril de 2015

Fuente: Elaboración propia con base en la información contenida en el expediente de licitación.

b) De las obligaciones y responsabilidades del contratista

74. Entre los principales aspectos, se hacía referencia a las cesiones y transferencias, en las que se prohibía al contratista ceder, subarrendar, adjudicar, vender,

traspasar, o de cualquier otra manera, disponer del contrato, en todo o en parte o de su derecho, a favor de una persona natural o jurídica⁶.

75. En caso de que el contratista cediera sus derechos u obligaciones derivados del contrato en beneficio de sus acreedores o terceros, sería causal de terminación del contrato y se haría efectiva la fianza de fiel cumplimiento⁷.
76. En cuanto a los subcontratos, se permitía al contratista celebrarlos sin que, por tal hecho, se librara de las responsabilidades contractuales adquiridas, de tal forma que los subcontratistas carecerían de derecho alguno contra el Ministerio. Únicamente las actividades accesorias o complementarias de la construcción podían subcontratarse, **previa autorización por escrito del contratante**⁸ (el resaltado es propio).
77. En otras palabras, el contratista debía someter a “no objeción del Contratante cada Subcontrato”, y presentar evidencia de que el subcontratista tenía la capacidad para ejecutar el trabajo y garantizar el pago a su favor⁹.
78. Por otra parte, era un requisito indispensable que las empresas descargaran las bases de licitación en el sitio electrónico www.comprasal.gob.sv y registrar sus datos ahí. En caso de descargarlas debían comunicarse con el técnico responsable del procedimiento para verificar que el registro se hubiese realizado de manera correcta, ya que solo se evaluarían las ofertas de las empresas debidamente registradas en dicho sitio.

⁶ Folio 169 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

⁷ Folio 160 de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

⁸ Folio 169 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

⁹ Ídem.

c) Sobre el residente de obra del contratista

- ^{79.} Otro requisito indispensable era que el contratista tenía que nombrar a un “Residente de obra” que debía ser un ingeniero civil o arquitecto capacitado con pleno conocimiento del proyecto y documentos contractuales; este debía permanecer en la obra todo el tiempo y tendría la autoridad suficiente para actuar en nombre del contratista durante el curso del trabajo¹⁰.
- ^{80.} El contratista debía mantener al residente propuesto en su oferta, caso contrario debía presentar la hoja de vida del profesional candidato sustituto para aprobación. En caso de ser removido debía notificarlo por escrito al MJSP, con copia a la Dirección General de Migración y Extranjería -DGME-, en un plazo no mayor a 7 días hábiles previos a la sustitución¹¹.

d) Sobre las bitácoras

- ^{81.} Una vez adjudicada la licitación, la comunicación en el proyecto se realiza a través de un sistema de bitácoras, el cual podría ser utilizado solamente por los representantes autorizados por el contratante, el administrador del contrato y el contratista. La bitácora debía permanecer en la oficina del residente¹².

e) De la presentación de las ofertas

- ^{82.} El oferente debía acreditar si participaría como persona natural o jurídica. En cualquier caso, debía presentar dos sobres: el N° 1 debía contener la documentación legal y financiera, y el N° 2 la oferta técnica y económica¹³.

¹⁰ Folio 160 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

¹¹ Ídem.

¹² Folio 161 de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

¹³ Folio 173 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.



- ⁸³. Dicha documentación debía ser presentada el 6 de mayo de 2015, debidamente numerada, asegurada, firmada y rubricada por el representante legal de la empresa y con sello de la sociedad, de lo contrario no se aceptarían reclamos por documentación presentada¹⁴.
- ⁸⁴. En caso de que la oferta fuera presentada por una persona distinta al representante legal, esta debía “presentar **NOTA DE AUTORIZACIÓN** firmada y sellada por el Representante Legal de la misma y **FOTOCOPIA DE LA CREDENCIAL**”, debido a que solo la persona acreditada podía anotar a la empresa y estampar el sello de la empresa, entre otros aspectos¹⁵.

f) Del contenido de las ofertas

- ⁸⁵. A los efectos de este apartado, es necesario mencionar que la oferta económica debía contener el formato de oferta según el anexo proporcionado, y el detalle del monto ofertado con el Impuesto a la Transferencia de Bienes Muebles y a la Prestación de Servicios (IVA); mientras que la oferta técnica debía incluir, entre otros, el organigrama para la ejecución de las obras; programación del proyecto; experiencia de la empresa ofertante; la garantía de mantenimiento de la oferta; y carta firmada por el representante legal del monto total ofertado (según anexo proporcionado)¹⁶.

g) Sobre la evaluación de las ofertas y la adjudicación

- ⁸⁶. El sistema de evaluación de ofertas fue establecido con base al cien por ciento, los cuales se distribuían así: evaluación técnica (60%), evaluación financiera (10%) y la evaluación económica (30%).

¹⁴ Folio 177 de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

¹⁵ Folio 178 de la pieza pública 3 del presente procedimiento

¹⁶ Folio 173 vuelto y 174 de la pieza pública 3 del presente procedimiento

87. De tal forma que la adjudicación y contratación se realizaría con el oferente que presentara el mayor puntaje acumulado en las evaluaciones técnica, económica y financiera¹⁷. La adjudicación podía ser total o parcial por cada ítem siempre que se respetara lo establecido en las bases y la estimación presupuestaria¹⁸.

C. DESARROLLO Y RESULTADOS DE LA LICITACIÓN

88. La descarga de las bases de licitación en el sitio web de COMPRASAL la efectuaron 14 sociedades¹⁹. No obstante, a las visitas de campo, sólo asistieron 5 sociedades en 2 de las fronteras y 4 en una, tal como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro N.º 3
Sociedades asistentes a las visitas de campo en las fronteras
de la Licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME

Frontera San Cristóbal ²⁰	Frontera La Hachadura ²¹	Frontera El Poy ²²
Perforaciones Vivas	Perforaciones Vivas	Perforaciones Vivas
Constructora Gaitán	Constructora Gaitán	Constructora Gaitán
Inconstbir S.A. de C.V.	Inconstbir S.A. de C.V.	Inconstbir S.A. de C.V.
C.R. Consulting	C.R. Consulting	C.R. Consulting
Coindel S.A. de C.V.	Coindel S.A. de C.V.	-----

Fuente: Elaboración propia con base en la información contenida en los folios 206-210 de la pieza pública 3 del expediente.

89. Posterior a la visita de campo, y antes de la presentación de las ofertas, se realizó una adenda a las bases de licitación. Las modificaciones fueron notificadas a las

¹⁷ Folio 158 de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

¹⁸ Folio 180 vuelto de la pieza pública 3 del presente procedimiento.

¹⁹ El detalle de todas las sociedades consta a folio 207 y 208 de la pieza pública 3 del presente expediente.

²⁰ Folio 207 de la pieza pública 3 del presente expediente.

²¹ Folio 208 de la pieza pública 3 del presente expediente.

²² Folio 210 de la pieza pública 3 del presente expediente.

empresas participantes a través de correo electrónico en donde se copió a todas²³, y a algunas se les entregó copia física.

90. Luego de ello, se llevó a cabo la apertura de las ofertas presentadas. En este acto solamente asistieron 3 empresas²⁴, que fueron Perforaciones Vivas, Constructora Gaitán, y C.R. Consulting.
91. El Titular del MJSP, tomando en cuenta la recomendación de la comisión evaluadora de ofertas, adjudicó de forma parcial, según el siguiente detalle²⁵:

Cuadro N.º 4
Sociedades adjudicadas en el procedimiento de licitación
No. LP-05/2015-MJSP-DGME

Ítem	Empresa	Monto de la adjudicación
A. Frontera El Poy, departamento de Chalatenango	Constructora Gaitán	\$34,764.64
B. Frontera La Hachadura, departamento de Ahuachapán	Perforaciones Vivas	\$32,303.28
C. Frontera San Cristóbal, departamento de Santa Ana	Constructora Gaitán	\$17,959.56
Monto total		\$85,027.48

Fuente: Elaboración propia con base en la información contenida en el expediente de la licitación.

92. Cabe señalar que no se presentó recurso de revisión ni hubo modificación a la resolución de adjudicación. La orden de inicio del proyecto entró en vigencia desde

²³ Folio 239 de la pieza pública 3 del presente expediente.

²⁴ Folio 249 de la pieza pública 3 del presente expediente.

²⁵ Folio 185 de la pieza pública 5 del presente expediente.

el 10 de agosto del 2015 para las tres fronteras²⁶. Posteriormente, cada administrador del contrato remitió las respectivas bitácoras de seguimiento, y finalmente se elaboraron las respectivas actas de recepción definitiva de los proyectos.

V. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

- ⁹³. En atención a la naturaleza de las prácticas anticompetitivas investigadas -acuerdos entre competidores-, es pertinente dedicar un apartado que concierna a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales tomados en cuenta para el análisis de dichas conductas. Para ello, cabe recordar que las conductas investigadas en este procedimiento, supuestamente cometidas por parte de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, se circunscriben a las prácticas tipificadas en la letra c) del artículo 25 de la LC.
- ⁹⁴. Así, será necesario exponer, en primer lugar, ciertas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las modalidades de configuración de este tipo de acuerdos entre competidores y la forma en que se examinan a nivel internacional y nacional, así como el sistema de valoración probatoria establecido **(A)**; para luego detallar los alcances específicos de las modalidades que son objeto de decisión en la presente resolución, a saber: la fijación o limitación de precios en subastas o procedimientos de licitaciones públicas, conocidos como acuerdos colusorios entre oferentes **(B)**. Finalmente, se identificarán algunos factores reconocidos por la doctrina y la LC que facilitan la materialización de esta modalidad de prácticas anticompetitivas **(C)**.

²⁶ Folios 273-275 de la pieza pública 5 del expediente.

A. TEORÍA Y JURISPRUDENCIA DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES

- ⁹⁵. En este apartado corresponde aludir a lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han señalado respecto de la configuración de los acuerdos entre competidores (1); la regla de análisis de este tipo de acuerdos bajo la regla per se (2); y la valoración de los elementos probatorios de conformidad con la sana crítica (3).

1. La configuración de los acuerdos entre competidores según su objeto en la LC

- ⁹⁶. Los acuerdos anticompetitivos en el marco del Derecho de Competencia constituyen un eje central en la defensa de la competencia, alrededor del cual figuran una serie de posibles modalidades que han sido tratadas por la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional, existiendo un consenso en que 'las prácticas colusorias horizontales' son las conductas *más perjudiciales* para la competencia debido a su capacidad de distorsionar y reducir los incentivos que impulsan la actuación independiente en el mercado, perjudicando la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.
- ⁹⁷. A nivel teórico, estas prácticas son denominadas de muchas formas, tales como: cártel²⁷, acuerdo colusorio²⁸, prácticas colusorias horizontales, concertación²⁹, prácticas absolutas etc., e involucran para su configuración medios formales o informales de colusión o coordinación, como: acuerdos, pactos, convenios,

²⁷ El Glosario de Términos de Competencia, actualizado por esta Superintendencia en el año 2009, define como 'cártel' aquel "acuerdo entre agentes económicos que participan en el mismo mercado, con el objeto de fijar políticas conjuntas en cuanto a precios, cantidades de producción y división del mercado." Para este y otros conceptos ver: www.sc.gob.sv/site/pages.php?Id=805.

²⁸ El Glosario de Términos de Competencia define como '*acuerdo colusorio*' "todo concierto de voluntades (pacto o convenio) mediante el cual agentes económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir, impedir o limitar la competencia".

²⁹ El Glosario de Términos de Competencia define como '*concertación*' la "coordinación entre agentes económicos para limitar, impedir o restringir la competencia o el acceso al mercado a cualquier otro agente económico".

contratos, o formas de colaboración o concertación entre dos o más agentes económicos, *para no competir en un mercado determinado, con la intención de maximizar sus rentas o utilidades a niveles supra-competitivos*³⁰; sin embargo, independientemente de su forma de configuración y de las modalidades que adopten, los acuerdos entre competidores son prohibidos **en sí mismos** en razón de su objeto: falsear las reglas de juego del mercado, a través de la anulación del proceso competitivo, eliminando los incentivos para la eficiencia económica y reduciendo el bienestar de los consumidores, *principalmente*, a través del incremento de precios y/o la restricción en las cantidades ofrecidas³¹.

98. Los acuerdos entre competidores se refieren a conductas colectivas materializadas entre dos o más agentes económicos que participan en un mismo eslabón de la cadena de valor de un bien o servicio, y que son independientes entre sí; es decir, que no poseen vínculo o relación societaria o administrativa que pueda conferir un control o poder de decisión de una sobre la otra.
99. En nuestra legislación, los acuerdos entre competidores están tipificados en el Art. 25 de la LC; sin embargo, esta práctica prohibida -al igual que las restantes- debe ser entendida de manera sistemática y armónica con el resto del articulado de dicha ley, así como con su objeto. En el Art. 1, inc. 1° de la LC se establece que el objeto de la ley es promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas, las cuales, *“manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico (...)”*. El inciso 2° de dicho precepto agrega: **“Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores,**

³⁰ Las rentas monopólicas o supra-competitivas son aquellos beneficios que uno o varios agentes económicos obtienen en un mercado a partir de la influencia que estos ejercen sobre el precio (poder de mercado); es decir, que no son precio-aceptantes como lo supone el modelo de competencia perfecta, sino que fijan el precio por encima del nivel competitivo. Esta capacidad suele estar ligada a la existencia de monopolios y oligopolios. Sin embargo, en el caso de las prácticas colusorias, las empresas *emulan* dicho poder al decidir de forma conjunta coordinarse o adoptar un acuerdo entre sí, con el objeto de manipular el precio. Es bajo estas situaciones, en las cuales se reduce el bienestar social, y cuando la teoría económica establece la necesidad de corregirlas mediante la regulación y el control del ejercicio abusivo del poder de mercado por parte de empresas. Esto se logra a través de la política de defensa de la competencia.

³¹ También se puede mencionar la disminución en la calidad de los bienes o servicios ofrecidos; la limitada variedad y accesibilidad de los mismos, y/o el rezago de la innovación o desarrollo que permita la generación de valores agregados.



así como **los actos** entre competidores y no competidores **cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico**, en los términos y condiciones establecidos en la presente ley” (resaltado propio).

- ¹⁰⁰. A partir de lo anterior es pertinente señalar que las prácticas anticompetitivas del art. 25 de la LC se fundamentan en la premisa de que su objeto es *limitar, restringir o impedir la competencia* y, por ello, *son prohibidas* independientemente de las formas -explícitas o implícitas- en que se adopten. Este espíritu de la norma no responde a un criterio antojadizo o subjetivo, sino que se mantiene en línea con la doctrina y jurisprudencia que alimenta el Derecho de Competencia y que, tal como se expondrá más adelante, se relaciona con la regla de análisis de estas conductas, que no exige justificación alguna para su comprobación.
- ¹⁰¹. Es importante mencionar que, dentro del ámbito de los acuerdos prohibidos, este Consejo Directivo está al tanto de los cuestionamientos acerca del alcance del término “acuerdo”. Lo cierto es que, aun cuando el legislador salvadoreño no lo define taxativamente, el término *no puede interpretarse literalmente*, ya que los sujetos que incurrir en estas prácticas ilegales procurarán adoptarlas a través de formas que no sean fácilmente identificadas como tales, en aras de no dejar rastro, siendo el reto para las autoridades de competencia “revelar lo encubierto”, determinando –por medio de la sana crítica- si la conducta en el mercado es o no producto de una colusión³².
- ¹⁰². Desde esta perspectiva, debe entenderse que cuando la LC alude a “acuerdos”, su connotación está orientada al objeto pernicioso referido en su art. 1, de tal manera que su configuración no se reduce a un significado simplista del término, sino que permite entender la conducta prohibida dentro de otras figuras, como: *pactos, convenios, contratos o actos entre competidores*.

³² Traducción propia EU Competition Law, Jones & Sufrin, 4° edición. Oxford University Press.

103. Y es que, en el contexto del Derecho de Competencia, la noción de acuerdo está referida a la “coincidencia de voluntades”, la cual, más que a revestimientos formales, alude a la voluntad de las partes; por ello, en el marco del art. 25 de la LC, la acepción correcta del término es “acuerdo de voluntades” y no “acuerdo-contrato”. Bajo ese entendido, se advierte que la voluntad de las partes puede adoptarse a través de diversas formas, explícitas o implícitas. Será entonces explícita cuando sea expresa, por ejemplo, cuando se manifiesta verbalmente por escrito o por signos inequívocos; será implícita cuando se refleja en una serie de hechos o actos que la presupongan o que permitan presumirla.
104. En consecuencia, el concepto de acuerdo del art. 25 de la LC incorpora una variedad de formas de configuración. Como punto de partida, incluye aquellas manifestadas a través de pactos, convenios o contratos adoptados colectivamente entre competidores; y, a su vez, incluye formas de concertación en donde no se advierte un consentimiento formal sino implícito de los competidores, es decir, que la voluntad se infiere a partir de comportamientos que no pueden ser explicados razonablemente sobre bases técnicas, económicas y jurídicas distintas a la existencia de un acuerdo³³, y que lejos de que estos se interpreten como una adaptación válida a las estrategias de sus rivales, se adecúan al ámbito prohibido por la LC: prácticas realizadas entre competidores que restrinjan, limitan o impidan la competencia.

³³ Esta interpretación se hace a la luz de la sana crítica junto con el análisis de otros elementos adicionales. Entre estos elementos pueden mencionarse los factores estructurales y de competencia en el mercado (Ej. barreras a la entrada, sistemas de distribución, elasticidad de la demanda, estructura de costos similares, etc.), los cuales, por sí solos, no son suficientes para inferir que determinadas conductas son producto de una concertación; sin embargo, al ser valoradas en conjunto con el análisis sobre la razonabilidad del comportamiento de los competidores, la autoridad puede concluir una coordinación ilícita entre competidores. Estos elementos fueron denominados por William E. Kovacic, en 2003, como “*plus factors*” o factores adicionales, los cuales buscan robustecer la conclusión de que no existe otra explicación económica más plausible que la existencia de una colusión tácita. Entre estos pueden mencionarse los siguientes: la existencia de un motivo racional que incentive un comportamiento colectivo; acciones contrarias a los propios intereses de algunos competidores, salvo que visto de manera colectiva, el resultado sea beneficioso para todos; decisiones o estrategias de mercado irracionales; evidencias de comunicación o contacto entre algunos o todos los competidores; costumbres o usos que faciliten la colusión a través de gremiales o asociaciones; factores de desempeño y márgenes de ganancia; etc. Estos elementos requieren un análisis caso a caso. Al respecto, también puede leerse el considerando V.C., sobre los elementos facilitadores para la existencia de acuerdos entre competidores.

- ¹⁰⁵. En ese sentido, este CD es del criterio que, *independientemente de las formas en que se materialicen los acuerdos tipificados en el artículo 25 de la LC, en razón de su objeto -claramente establecido en el art. 1 de la LC-, estas conductas pueden y deben ser conocidas e investigadas por la Superintendencia de Competencia, a fin de cumplir con su mandato de Ley*, pues, tal como se indicó anteriormente, no solo se constituyen como las más dañinas, sino *las más difíciles de comprobar*, ya que los infractores buscarán adoptarlas de forma oculta, al tratarse de conductas prohibidas por la ley, procurando dejar los menores rastros probatorios o evidencias posibles de su materialización.
- ¹⁰⁶. La doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional no han ignorado esta dificultad, cada vez más común, relacionada con el carácter oculto de los acuerdos entre competidores. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha reconocido que **“las prácticas anticompetitivas son conductas de difícil comprobación**, pues obviamente 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. De ahí la necesidad de que el legislador deba **prever las circunstancias de tiempo y forma en las cuales las referidas prácticas pueden desarrollarse, con el objeto de diseñar e implementar los mecanismos y las vías mediante las cuales la Superintendencia de Competencia pueda procurar de manera efectiva por la libre competencia y competencia de los mercados**”³⁴ (negritas son para resaltar).
- ¹⁰⁷. Complementariamente a lo anterior, la misma Sala agrega que “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”³⁵.

³⁴ Sentencias de Amparo 16-2009 y 206-2012, de fechas 13-VII-2011 y 24-X-2014, respectivamente.

³⁵ Sentencia de Amparo 206-2012, de fecha 24-X-2014.

- ¹⁰⁸. Por su cuenta, la jurisprudencia europea ha atribuido un valor probatorio a los factores que propician los acuerdos colusorios, cuando ellos, en conjunto con otros elementos, constituyan “la única explicación posible para aquella conducta”³⁶.

2. El análisis de los acuerdos entre competidores bajo la regla *per se*

- ¹⁰⁹. Tal como se explicó en el numeral anterior, los acuerdos entre competidores han sido reconocidos como evidentemente perniciosos para la competencia y, en ese sentido, al dar lectura al Título III de la LC es factible colegir que las conductas tipificadas en el art. 25 de la LC están prohibidas de forma absoluta *-contrario sensu* de las prácticas tipificadas en los Arts. 26 y 30 de la misma, en las que el legislador sí se decantó por un análisis caso a caso, según sus características y los efectos desplegados en el mercado-.
- ¹¹⁰. Al señalar que son prohibidas “de manera absoluta”, se quiere decir que no admiten justificación ni razón alguna para no ser sancionadas, una vez hayan sido comprobadas. Lo anterior, aun cuando estas infracciones no hayan sido ejecutadas, es decir, que no hayan surtido sus efectos o logrado su propósito. A esta ilicitud absoluta es a lo que se refiere la doctrina y jurisprudencia como regla de ilegalidad “*per se*”, bajo la cual los acuerdos colusorios han sido analizados tradicionalmente.
- ¹¹¹. La regla *per se* equivale a una ‘presunción de derecho’ que no admite prueba en contrario de que una conducta determinada es ilegal, y se utiliza, entre otros, para “*analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales [en sí mismos]*”³⁷.

³⁶ Ver caso Ahlstrom OY y otros V. Commission, Casos C 89, 104, 114, 116-117 y 125-129/85 [1993], párrafos 70, 71 y 126. Y ver también JONES, ALISON, “Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism”, en: European Competition Law Review 14 (6) (1993). RODGER, BARRY. “Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly”, en: European Competition Law Review 1, 1995, pág. 24.

³⁷ Miranda Londoño, Alfonso, “Anotaciones sobre el derecho anti monopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica, disponible en el enlace: <http://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-regimen-general-de-la-libre-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>. 1997.



112. En el ámbito internacional (doctrinal y jurisprudencial) se ha reconocido este sistema de análisis para los acuerdos entre competidores. Por ejemplo, la American Bar Association (Asociación Nacional de Abogados de los Estados Unidos de América) retoma jurisprudencia declarada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, la cual establece que "...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 mayor análisis. Bajo la regla per se, una restricción se presumirá irrazonable, 'sin elaborar una investigación para precisar el daño causado o la excusa comercial para su uso'"³⁸ (traducción propia).
113. De igual forma, la Red Internacional de Competencia (International Competition Network o ICN), en el documento titulado "Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective institutions, effective penalties" (Definiendo Conductas de Carteles de Núcleo Duro: Instituciones Efectivas. Sanciones Efectivas), califica a los acuerdos horizontales como "las más reprochables violaciones al Derecho de Competencia", y añade que "en muchas jurisdicciones los cárteles de núcleo duro 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 aducir una justificación de eficiencia"³⁹ (traducción propia).
114. En el documento titulado "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors" (Guía Antimonopolio para Colaboraciones entre Competidores) se establece que "los tipos de acuerdos que siempre o casi siempre tienden a elevar precios o a reducir la producción son ilegales per se. Una vez identificados estos

³⁸ American Bar Association, "Antitrust Law Developments (Sixth)" Volumen 1., Chicago, 2007.

³⁹ International Competition Network, "Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective institutions, effective penalties", Building Blocks for effective Anti-Cartel Regimes, vol. 1, 4th Conferencia Anual, Bonn, Alemania, 6-8 Junio de 2005.

acuerdos por las agencias, son considerados ilegales *per se*. Los tipos de acuerdos que han sido considerados como ilegales *per se* incluyen acuerdos entre competidores para fijar precios o producción, ofertas colusorias en licitaciones, o repartir o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o rutas de comercio. Los tribunales presumen concluyentemente que dichos acuerdos, una vez identificados, son ilegales, sin indagar en sus propósitos de negocio, daños a la competencia, beneficios pro-competitivos, o los efectos competitivos en general. El Departamento de Justicia procesa penalmente a los participantes en los acuerdos de cárteles intrínsecamente nocivos⁴⁰ (traducción propia).

- ^{115.} Es importante acotar que no obstante algunos países han limitado la aplicación de la regla *per se* para ciertos tipos de acuerdos denominados “de núcleo duro”, incorporando algunas excepciones o separaciones a esta regla⁴¹, en nuestro país, a la fecha, el sistema de análisis *per se* implementado por la SC para las conductas prohibidas del Art. 25 de la LC no considera *ninguna exclusión ni condición* para su aplicación.
- ^{116.} Bajo esta línea, la ‘jurisprudencia’ de competencia emitida por este CD -en apego a la LC y su reglamento- respalda la adopción de la regla *per se* al analizar las prácticas anticompetitivas contenidas en el artículo 25 de la LC, pues estas, a diferencia de las dos restantes tipos prohibidos –prácticas entre no competidores (Art. 26 de la LC) y abuso de la posición dominante (Art. 30 de la LC)-, no requieren de ninguna otra consideración (económica, financiera, comercial, legal, etc.) más que su comprobación para concebirse como ilícitas; es decir, son ilegales con independencia de los motivos que las justifiquen y el alcance de sus efectos.

⁴⁰ Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, abril de 2000.

⁴¹ Tales excepciones se fundamentan en la premisa de que ciertos acuerdos podrían tener un efecto económico *redimible* que las justifique, pudiendo oponerse una excepción a su prohibición. No obstante, este efecto positivo se encuentra vinculado a un bienestar general de la sociedad y, en algunos casos, no se contempla para el caso de que los involucrados sean competidores. Ejemplo de algunos de estos son: los acuerdos de investigación y desarrollo, los de transferencia de tecnología, y los acuerdos de distribución.



117. Para una mayor ilustración pueden consultarse los procedimientos referencia: SC-005-O-NR-2008⁴², SC-031-D/PS/R-2010⁴³, SC-014-O/PS/R-2012⁴⁴, SC-017-O/PS/R-2010⁴⁵ y SC-012-O/PS/R-2013⁴⁶, en los cuales se estableció que los acuerdos entre competidores son prohibidos independientemente de si fueron o no ejecutados, y si produjeron o no efectos; así como que tampoco requieren de una posición dominante, ni que aceptan justificaciones económicas de ninguna índole.
118. De igual manera, la jurisprudencia contencioso administrativa de la SCA de la CSJ también ha optado por reconocer la validez de la regla *per se* como herramienta de

⁴² En el expediente SC-005-O-NR-2008 (MOL, S. A. de C. V. y HARISA, S. A. de C. V.) consta que el Consejo Directivo afirmó 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”; lo cual fue ratificado al momento de resolverse el recurso de revisión, cuando esa autoridad expuso 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**”

⁴³ En el caso SC-031-D/PS/R-2010, esta autoridad determinó que agentes económicos que operaban – desestibando y estibando– en las instalaciones del puerto de Acajutla cometieron la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra c) de la LC, al haber adoptado un acuerdo en las ofertas por los servicios portuarios en la licitación CEPA LP 25/2010, denominada: 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 su resolución final se estableció que para efectuar el análisis de las prácticas anticompetitivas de carácter horizontal se utiliza la regla *per se* y “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”.

⁴⁴ En el expediente SC-014-O/PS/R-2012 se conoció sobre la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia, al haber adoptado –dos sociedades– un acuerdo para fijar los precios ofertados en la licitación pública por invitación LPI-09/2011, denominada: “Servicio de alquiler de grúas para el desmontaje y montaje de Equipos Electromecánicos de ANDA a nivel nacional”. En su resolución final se estableció que “Para efectuar el análisis de dichas prácticas se utiliza la regla *per se*, esto implica que dichos acuerdos son considerados indiscutiblemente anticompetitivos, por lo que **no es necesario determinar la existencia de posición dominante o estimar los efectos en el mercado**; además, la LC no reconoce justificaciones de eficiencia que puedan ser argumentadas por los miembros del acuerdo”.

⁴⁵ En el caso SC-017-O/PS/R-2010 se conoció del acuerdo entre ciertas empresas de telefonía que publicaron un acuerdo de tarifas de precios para determinado servicio (Art. 25 letra ‘a’ de la LC), el cual fue sancionado mediante resolución emitida el 19 de diciembre de 2011 por el Consejo Directivo, que dejó claro que este tipo de acuerdos entre competidores se entienden prohibidos **sin necesidad de analizar el daño o efectos causados**, luego de afirmarse que “basta con que la conducta ejecutada, analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, [...] es suficiente el daño potencial que se pueda causar, sin que existan daños concretos”.

⁴⁶ En el expediente SC-012-O/PS/R-2013, se conoció sobre las prácticas anticompetitivas descritas en el art. 25 letras c) y d) de la LC, al haber acordado tres sociedades de seguros de personas manipular las ofertas y repartirse las licitaciones públicas I-2008, I-2009, I-2010 y I-2011, convocadas por AFP Crecer y AFP Confía, para contratar el Seguro de Invalidez y Supervivencia de sus afiliados, lo cual fue sancionado mediante resolución emitida el 17 de abril de 2015, por el Consejo Directivo. En tal resolución se estableció que “ (...) es importante recordar que para la infracción comprobada en este expediente (acuerdo anticompetitivo), el criterio del daño causado no se constituye como una condición para comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva investigada, en virtud de lo apuntado en el apartado (...) relativo a la regla *per se*, la cual establece que **los acuerdos entre competidores son sancionables independientemente de que sus efectos hayan sido o no desplegados o logrados**; ello, por el mismo hecho de que se les reconoce como perniciosos y como los más dañinos a la economía entre todas las prácticas anticompetitivas prohibidas”.

análisis para los acuerdos anticompetitivos entre competidores. Ejemplo de ello son las sentencias emitidas en los casos 464-2007⁴⁷ y 447-2007⁴⁸, en los cuales se enfatizó que se trata de acuerdos prohibidos por la ley y sancionables con independencia de su propósito o efectos en la realidad.

119. En otros pronunciamientos más recientes, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sido enfática en afirmar que “[...] en materia de Derecho de Competencia, la denominada regla *per se* es una forma de analizar los acuerdos anticompetitivos entre competidores, mediante la cual, para tener por demostrada y sancionar la comisión de este tipo de prácticas ilícitas, **el aplicador únicamente debe constatar la adopción de uno de los acuerdos tipificados en el artículo 25 de la Ley de Competencia, Sin que ello implique que deba probar los efectos producidos por las infracciones [...]** Al tratarse de prácticas a través de las cuales los competidores realizan un ‘fraude’ al mercado [...], **el tratamiento legal de estas conductas suele ser bastante drástico.** Por lo que [...] **son rigurosamente perseguidas y sancionadas sin mayor indagación sobre sus efectos, debido a que su único objeto es restringir la competencia.** Para su declaración de ilegalidad no se requiere cuantificar los efectos perjudiciales de la práctica o si la misma produjo los efectos esperados por los infractores” ⁴⁹ (texto original no está resaltado).

120. Asimismo, en otro pronunciamiento dicha Sala reiteró la validez y procedencia de la regla *per se* implícita en la LC, entendiendo que los acuerdos anticompetitivos se

⁴⁷ En sentencia dictada con fecha 17/09/2010, en el proceso Contencioso Administrativo 464-2007, la Sala respectiva expuso: “El solo 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 [...] de ahí que [el acuerdo entre competidores para fijar precios] sea una conducta sancionada *per se* por el legislador”.

⁴⁸ En sentencia dictada con fecha 14/06/2011, en el proceso Contencioso Administrativo 447-2007, la Sala respectiva expuso que “aun cuando la demandante señala que el acuerdo sancionado por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia no se hizo efectivo, -punto que desvirtuó la autoridad demandada—, un acuerdo entre competidores, **con el solo hecho de ser publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es suficiente para generar un efecto nocivo 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”.

⁴⁹ Sentencia emitida en el proceso contencioso administrativo 5-2009, con fecha 23/5/2017.

ubican en el rango de infracciones de peligro abstracto, es decir, que no requieren que sea demostrado su impacto negativo sobre la competencia del mercado, pues presuponen por sí mismas un peligro para el normal desarrollo de esta. Así, concluyó que “el legislador no estableció que la Superintendencia de Competencia deba probar los efectos producidos por las infracciones descritas en el artículo 25 de la Ley de Competencia; es decir, basta probar, con diferentes medios, la conducta atribuida a los agentes económicos investigados para ser sancionados [...] atendiendo [...] la técnica de tipificación de infracciones de peligro abstracto [...] (que protegen intereses colectivos o difusos) [...] para el caso la libre competencia, que en el fondo se busca proteger los intereses de los consumidores: patrimonio”⁵⁰.

3. Sistema de valoración de la prueba en la LC: Sana crítica

- ¹²¹. Tal como se señaló en el apartado anterior, comprobada la existencia del acuerdo, pacto, colusión o concertación entre competidores para fijar precios, limitar la producción, manipular licitaciones o repartirse el mercado, este se presume por sí mismo contrario a la competencia.
- ¹²². Ahora bien, como es necesario que la autoridad de competencia compruebe la existencia de esta conducta anticompetitiva, es decir, la adopción de esa “coincidencia de voluntades”, para ello, el CD de esta institución debe analizar todos los elementos probatorios incorporados en la investigación, a partir de la sana crítica. Dicho sistema de valoración de la prueba tiene fundamento expreso en el artículo 45, inciso 3°, de la LC.
- ¹²³. Con relación a la valoración de la prueba, Vicente Gimeno Sendra⁵¹ ha expresado que la finalidad de esta consiste en el “...convencimiento del juzgador sobre la verdad o falsedad de determinadas afirmaciones discutidas en el proceso”.

⁵⁰ Sentencia emitida en el proceso contencioso administrativo 252-2009, con fecha 3/3/2016.

⁵¹ Citado por Rommel Ismael Sandoval, en “Aspectos generales sobre el régimen de la prueba en el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil”, por publicado en la revista de La Escuela de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, Año 3, Numero 5, febrero 2008.

- ^{124.} Por su parte, Hugo Alsina⁵² agrega lo siguiente: “Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio”.
- ^{125.} Bajo el sistema de la sana crítica, el juez, tribunal o autoridad no está vinculado a determinadas normas que, de manera previa, atribuyan valores probatorios específicos o que regulen un cierto número necesario de pruebas; sino que estos fallan (resuelven) razonadamente y en el plazo prescrito por la ley, según las reglas de la lógica, el sentido común y la propia apreciación psicológica de los hechos introducidos al proceso o procedimiento, a través de los diferentes medios de prueba. Todo lo anterior significa, como lo ha sostenido la SCA de la CSJ, que en el sistema de la sana crítica “la prueba debe ser examinada de forma integral, esto es, esto significa que el análisis de cada elemento probatorio no debe realizarse de forma aislada, sino en conjunto con el resto de elementos incorporados en el procedimiento” (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 23-V-2017, Ref. 334-2008).
- ^{126.} Por lo tanto, con base en este sistema, todos los medios probatorios recopilados durante la tramitación del procedimiento deben ser examinados de manera integral, y en el acto administrativo que resuelva deberán constar aquellos elementos que – luego de haber sido analizados en su conjunto– serán consecuentes y coherentes con el objeto de la investigación, llevando a determinar, en el caso en concreto, si ha existido o no ese concierto de voluntades entre dos o más competidores para limitar o restringir la competencia; luego de ello no habrá más que concluir que la mera adopción del acuerdo, pacto, colusión o concertación, supone, por sí misma, una vulneración a la competencia, en virtud de la regla *per se*.

⁵² Citado por Joel González Castillo en la revista: La Fundamentación de las Sentencias y la Sana Crítica”, Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N°1, pp. 93 - 107 [2006].

B. ALCANCE DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES EN EL MARCO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS

- ^{127.} Los acuerdos denominados “licitaciones colusorias entre oferentes” ocurren cuando dos o más agentes económicos deciden manipular uno o varios procedimientos para la adquisición o contratación de bienes o servicios demandados por entidades públicas o privadas⁵³, a través del falseamiento al proceso competitivo inherente de estos concursos; ello, con la finalidad de obtener la adjudicación concertada, favoreciendo a uno o varios de los miembros del cartel, y así repartirse las ganancias del mercado.
- ^{128.} En los procedimientos de compras públicas, por lo general, se tiene como principal objetivo que el Estado pueda obtener -a través de la competencia- mejores productos o servicios a precios más convenientes, garantizando, así, el uso racional y eficiente de sus recursos financieros. Bajo esta lógica, la manipulación de estos procedimientos a través de acuerdos colusorios resulta *especialmente dañina*, pues desvía recursos no solo de los contratantes (instituciones del Estado), sino de los contribuyentes (ciudadanos) que con sus aportaciones generan los recursos financieros para sufragar estas adquisiciones y contrataciones, traduciéndose además de en un despilfarro de los fondos públicos del Estado, en una anulación de los beneficios de la competencia, al incrementar los precios de los bienes o servicios contratados.
- ^{129.} Así entendidos, los acuerdos anticompetitivos en el contexto de los procedimientos de contrataciones deben analizarse a partir de su objeto, que es falsear la competencia *por el mercado*, es decir, que en lugar de que los competidores rivalicen entre sí para obtener la adjudicación del concurso, estos deciden aliarse para no hacerlo y, en su lugar, conciertan sus ofertas de forma tal que los resultados del procedimiento coincidan con lo acordado previamente por los involucrados.

⁵³ Esta modalidad de acuerdos entre competidores no se limita únicamente a procedimientos de compras en la esfera pública, sino privada. Asimismo, incluye diversas formas de adquisición o contratación entre las cuales destacan las subastas, la licitación o concurso público, la libre gestión y la contratación directa).

- ^{130.} En virtud de su objeto, es difícil definir una única fórmula a través de la cual se concreten estos acuerdos, ya que pueden abarcar un solo procedimiento de contratación o varios; involucrar un mismo bien o servicio licitado o distintos; y ocurrir en concursos convocados por diferentes sujetos contratantes o por el mismo.
- ^{131.} Cabe destacar que esta modalidad no exige que todos los oferentes del procedimiento estén involucrados en la confabulación; basta con que dos de ellos lo estén para constituir una conducta contraria a la competencia. Asimismo, no se limita a ser ejecutada únicamente por agentes económicos que participen como oferentes en estos concursos, sino que también puede involucrar a pasados o potenciales oferentes del bien o servicio licitado que decidan de forma concertada, junto con el resto de miembros del cartel, *abstenerse* de participar en el o los concursos amañados; en ese sentido, los involucrados no necesariamente coincidirán siempre como oferentes a lo largo de dichos procedimientos.
- ^{132.} Y es que, dependiendo del esquema de manipulación adoptado por los cartelistas y su complejidad, así podrá ser el número de procedimientos y de participantes involucrados en el ilícito. Entre las formas o esquemas de manipulación⁵⁴ pueden mencionarse los siguientes:

⁵⁴ Acerca del tema consultar: *Detectando y previniendo ofertas colusorias en las compras públicas*, 1a. ed. 2010; y el Manual de *Competencia y Compras públicas, Promoviendo procesos competitivos para una mayor eficiencia en el gasto público*, 1a. ed. 2011, ambos publicados por la Superintendencia de Competencia, El Salvador. Disponibles en sitio web: www.sc.gob.sv.



- Rotación del ganador: los competidores acuerdan manipular consecutivamente un conjunto o grupo de procedimientos, a efectos de que se adjudique a cada uno de los coludidos. De esta manera, al resultar adjudicada la oferta ganadora de manera rotatoria entre todos los involucrados del cartel, se garantiza que todos ganen al menos una vez y, por tanto, resulta innecesario un reparto posterior de las ganancias.
- Propuestas complementarias o ficticias: los competidores acuerdan presentar ofertas o propuestas *inacceptables* que no tienen ninguna posibilidad de ganar. Esto con el objeto de aparentar una competencia genuina. También se conocen como posturas encubiertas, de resguardo, complementarias, simbólicas o de cortesía. Algunos ejemplos de estas son aquellas en las cuales se oferta un precio artificialmente elevado, siendo muy factible su descarte al estar por encima del precio acordado como “ganador”; o las que incluyen en su oferta términos difícilmente aceptables por el contratante.
- Supresión de propuestas: los competidores, una vez acordado quién será el ganador, deciden abstenerse de participar en la licitación, o retiran la oferta ya presentada; todo con el objeto de favorecer al previamente designado.
- Reparto de mercados: los competidores acuerdan no competir por determinados clientes o en determinadas zonas geográficas; así, los coludidos se reparten los clientes o territorios, según el criterio de asignación que determinen previamente, ya sea por tamaño, tipo, segmento, etc.

133. La doctrina internacional⁵⁵ coincide en reconocer estos diversos esquemas de manipulación a través de los cuales se busca alterar el resultado de estos concursos. También las autoridades dedicadas a la defensa de la competencia a nivel internacional han reconocido estas formas de falseamiento dentro de la figura

⁵⁵ Ver, por ejemplo, los *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas* de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2009).

de la licitación colusoria entre oferentes⁵⁶, pues la complejidad y nivel de sofisticación que se ha llegado a advertir en este tipo de infracciones requiere la consideración de una serie de acciones y/u omisiones implementadas dentro de los procedimientos de licitación por parte de un grupo de competidores, con el objeto de manipular las resultas exitosamente, es decir, impunemente.

- ^{134.} En la LC, esta modalidad de acuerdos se encuentra tipificada en la letra c) de su Art. 25, que establece la prohibición de fijar o limitar los precios en las subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente la identifiquen como tal en la documentación presentada para tales efectos.
- ^{135.} Los acuerdos de fijación de precios, en muchas ocasiones, suelen complementarse con otras modalidades de manipulación que aseguren la efectividad del cartel, tales como la fijación de otras condiciones de las ofertas distintas al precio (ej.: plazos de ejecución, características técnicas, calidad de los productos, condiciones de suministro, etc.), y/o la fijación o limitación de las cantidades ofertadas. En ese sentido, la manipulación de la competencia puede manifestarse cuando los coludidos acuerdan, entre otras opciones, fijar los precios, comisiones o descuentos ofertados o fijar las cantidades mínimas o máximas de participación.
- ^{136.} Doctrinariamente, la fijación del precio alude a acciones de limitar, establecer o aumentar los precios, pero, en general, se refiere a *maniobras tendientes a la alteración no natural del precio*, las cuales pueden manifestarse a través de varias formas, por ejemplo: "(...) de forma directa o mediante mecanismos indirectos como descuentos y rebajas, listas de precios e intercambio de información entre empresas que permita fijarlos, entre distribuidores o sobre inversores"⁵⁷.

⁵⁶ Por ejemplo, la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, Comisión Nacional de la Competencia de España, en cuyas páginas 35-37 desarrolla una explicación de las posibles modalidades que adoptan las colusiones en las licitaciones.

⁵⁷ DE LA CUESTA, Paz; *Derecho Penal Económico*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza - Argentina, 2003, p.131. citado por Jorge Omar Mostajo Barrios en su artículo "Prácticas anticompetitivas y derecho de la



137. En el marco de las licitaciones o procedimientos de compras, “los competidores se ponen de acuerdo con anterioridad a la licitación sobre quién va a ganarla y a qué precio, contradiciendo así la finalidad misma de la convocatoria de la licitación, que no es otra que la adquisición de bienes o servicios a los precios y en las condiciones más favorables”⁵⁸.
138. En ese sentido, los acuerdos colusorios en las licitaciones se perfeccionan *previo* al momento en que los involucrados presentan sus ofertas o propuestas para participar del concurso, pues la manipulación anticompetitiva se materializa sobre alguna(s) o todas las condiciones ofertadas por los agentes económicos coludidos; y las circunstancias o hechos que surjan con posterioridad a la presentación de las ofertas, hasta la adjudicación del concurso, serán producto del arreglo previo entre los partícipes del acuerdo, independientemente de que hayan logrado o no su cometido.
139. En otras palabras, *los resultados de un acuerdo anticompetitivo en los procedimientos de compras no son susceptibles de influir en la ilicitud de la conducta* y, por ende, se entienden siempre como prohibidas. Y es que el éxito que pueda o no obtenerse de la colusión es irrelevante en materia de acuerdos anticompetitivos, tal como se expuso anteriormente, donde se explicó la ilicitud de esta conducta independientemente de que los efectos de la infracción hayan surgido o no a la realidad; es decir, independientemente de que la adjudicación haya sido conforme a la voluntad del cartel o no.
140. Respecto de la comprobación de esta modalidad de acuerdos, es importante mencionar que el art. 12 del RLC establece los *criterios orientadores para valorar la existencia* de los tipos establecidos en el art. 25 de la LC y, entre estos, para el caso en concreto, pueden destacarse los que se encuentran en los literales siguientes:

competencia en Bolivia”, publicado por la Comisión de Competencia de la Comisión Europea en el Boletín Latinoamericano de Competencia No. 32-extra de junio 2012.

⁵⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 30 de abril 2012, TD/B/C.I./CLP/L.4, Ley tipo de defensa de la competencia 2012, Capítulo III revisado, página 9.

e) que el mercado se comporte de tal manera que **no pueda ser explicado razonablemente sobre bases técnicas, económicas y jurídicas distintas a la existencia de una de las prácticas mencionadas en el art. 25 de la LC**; f) que los presuntos infractores **hayan sostenido** reuniones y/u **otras formas de comunicación**; e i) que los presuntos infractores **actúen con negligencia evidente en las presentación de ofertas, presentar ofertas** inusualmente similares o **sin fundamento económico**, o que de las circunstancias del caso se deduzca la existencia de un patrón atípico de precios, de ofertas ganadoras, asignación geográfica o de clientela entre las ofertas presentadas, en los casos a que hace referencia la letra c) del art. 25 de la LC (negritas son para resaltar).

- ^{141.} Cabe señalar que la aplicación de estos criterios no es exhaustiva, por lo que el CD de esta Superintendencia podrá estimar su valoración y pertinencia; todo, debidamente fundamentado.
- ^{142.} Un aspecto adicional en la valoración de estos acuerdos para alterar las ofertas presentadas en un concurso es que las resultas del mismo se acompañen de alguna forma de “compensación” a los aparentes “perdedores”, tales como: la subcontratación posterior de partes del contrato principal con los oferentes “perdedores”; pagos posteriores a los demás miembros del cártel; rotar la calidad de “ganador” entre los miembros del cártel, a efectos de que el acuerdo se constituya en un ganar-ganar para todos los involucrados, evitando, a su vez, cualquier sospecha sobre la existencia de un ilícito; entre otros. Sin embargo, cabe señalar que estas formas de resarcimiento aplican caso a caso, y no se constituyen como una condición *sine qua non* para la sanción del mismo.
- ^{143.} En el caso que nos ocupa, se investiga la posible existencia de un acuerdo para fijar precios en la licitación pública, segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, convocada por el MJSP, entre las sociedades Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán.



C. ELEMENTOS FACILITADORES PARA LA EXISTENCIA DE ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES

144. La teoría económica ha reconocido que existen algunas condiciones estructurales o características propias del mercado que pueden incidir en la concreción de conductas anticompetitivas, debido a que facilitan, promueven, coadyuvan o incentivan a que los agentes económicos puedan actuar de determinada forma⁵⁹. En ese sentido, tales elementos brindan señales de los mercados en los cuales podrían estarse materializando o llegar a ocurrir una infracción anticompetitiva.
145. Es así que en el Derecho de Competencia se ha logrado un consenso en enlistar factores, los cuales, al concurrir en un mercado determinado, si bien no implican categóricamente la existencia de una práctica prohibida, pueden advertir sobre la facilidad de su concreción real o potencial en un mercado determinado⁶⁰. El análisis conjunto de estos factores no es automático, ni aislado, sino que deben ser valorados en su conjunto caso por caso. A continuación, se detallan algunos de los elementos facilitadores reconocidos para la existencia de un posible acuerdo entre competidores en el marco de un procedimiento de compras:

⁵⁹ Esta noción inició con la visión tradicional del paradigma Estructura-conducta-desempeño (ECD) planteado en la década de los treinta, que argumenta que la conducta y el desempeño de las empresas son resultado de la estructura del mercado. Esta visión fue posteriormente desplazada en la década de los setenta por un enfoque de eficiencia en la cual se planteaba que esta relación ECD no era mecánica ni unidireccional. En particular, la nueva visión ECD postula que la conducta de las empresas afecta en forma determinante su estructura y esta, a su vez, influye en su desempeño. La principal diferencia con el enfoque tradicional sugiere que las altas utilidades y la concentración de la industria pueden provenir también de una mayor eficiencia de las empresas o bien del *establecimiento de barreras estratégicas por parte de los operadores establecidos*. De esta manera, el comportamiento de las empresas sería consistente tanto con escenarios de colusión como de competencia, aunque deben analizarse caso por caso según la situación relevante para cada empresa e industria (Más al respecto ver *Organización Industrial para la estrategia empresarial*, 2º edición, J. Tarziján, R. Paredes, Pearson, México 2006).

⁶⁰ Fuentes internacionales reconocidas se han pronunciado sobre la existencia de estas condiciones que, en principio, podrían facilitar la coordinación entre competidores. Por ejemplo, el documento: "A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy" ("Un Marco para el Diseño y la Implementación de una Ley y Política de Competencia"), elaborado por el Banco Mundial y la Organización para el Crecimiento y desarrollo Económico OCDE. También, el documento: "Condiciones de Mercado que Facilitan la Colusión entre Empresas", elaborado por la Autoridad Catalana de Competencia.

- *Reducido número de oferentes*: un mercado con características oligopólicas, en el cual existe un reducido número de competidores, tendrá más facilidad e incentivos para que los agentes económicos participantes coludan, debido a que la ganancia obtenida será repartida entre menos empresas y la coordinación-vigilancia entre los agentes económicos será más factible y menos costosa. Esto se replica en el marco de los procedimientos de licitaciones o subastas en los cuales participan un pequeño número de empresas.
- *Homogeneidad en los productos o servicios*: mientras más parecido sea el producto o servicio ofrecido por las empresas, más fácil será establecer un acuerdo entre los competidores de dicho mercado y, por tanto, el monitoreo de su cumplimiento, pues la fiscalización se limitará al bien homogéneo entre los competidores.
- *Simetría de tamaño entre empresas*: la semejanza entre las empresas oferentes de un mismo producto o servicio creará el escenario propicio para un cartel, pues una estructura similar en tamaño, capacidad instalada, ingresos, costos, tipo de cliente, etc., facilita que los posibles candidatos para la colusión tengan los mismos incentivos para restringir o limitar la competencia.
- *Trasparencia en la información de mercado*: esta transparencia propicia el monitoreo entre empresas competidoras, en cuanto a distintas variables, tales como: precios, clientes, tipo de servicio, calidad, etc., por lo que resultará fácil la vigilancia con o sin consentimiento del otro competidor. En el marco de procedimientos de contrataciones públicas puede ser un factor determinante previo a la elaboración de ofertas por parte de los potenciales competidores, por ejemplo, en los casos en que la institución convocante genere una predictibilidad en las variables de competencia que permita a los oferentes coludir en sus propuestas o tener una referencia que les facilite hacerlo.



- *Barreras a la entrada*: altas barreras de entrada a un mercado pueden favorecer acuerdos entre competidores, al impedir o dificultar el ingreso de nuevos competidores al mismo, reforzando de esa manera el poder de un cartel establecido o generando los incentivos para crear uno, en razón de la “estabilidad” de los participantes en el mercado. En el marco de los concursos públicos estas barreras pueden devenir de los requisitos establecidos en los pliegos o bases de la licitación elaborados por la institución convocante, los cuales reducen la probabilidad de oferentes distintos a los mismos de siempre, propiciando una familiarización y regularidad en los participantes del procedimiento.
- *Vínculos o elementos comunes*: las sociedades participantes pueden poseer relaciones o nexos que faciliten o propicien la comunicación y coordinación entre los competidores. Estos vínculos pueden ser de naturaleza consanguínea, de amistad, y/o laboral, entre otros, que implican un riesgo a la independencia en el actuar de los competidores⁶¹. En el marco de procedimientos de licitación en donde existe un número reducido de oferentes, los vínculos pueden constituirse un aspecto clave en la anulación de la rivalidad y en la confluencia de intereses comunes que incentiven un posible acuerdo o concertación de voluntades con un fin anticompetitivo.
- *Intercambios de información*: este elemento se relaciona con algunos de los anteriores al constituirse, en ocasiones, un medio para concretar la colusión entre oferentes. Los intercambios de información habilitan a los competidores conocer de antemano aquellas variables relevantes que permitan coordinar sus estrategias para efectos de fijar las ofertas; en ese sentido, en muchas jurisdicciones son considerados indicios automáticos de la existencia de carteles.

⁶¹ Tales vínculos excluyen aquellos referidos a nexos de propiedad (e.g. vínculos accionarios) o vínculos por administración (e.g. miembros comunes en juntas directivas), los cuales se utilizan para determinar la existencia de un control de un agente económico competidor sobre otro.

VI. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA INVESTIGADA

- ^{146.} Para realizar el análisis de la práctica investigada es necesario exponer los elementos acreditados en el expediente que guardan relación con el objeto de la investigación y de este pronunciamiento **(A)**; para, posteriormente, derivar las valoraciones que se estimen procedentes a la luz de la sana crítica, de conformidad al art. 45, inc.3°, de la LC, y así concluir si se ha logrado o no determinar la existencia de la práctica anticompetitiva investigada por parte de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas en la licitación en comentario **(B)**.

A. HECHOS ACREDITADOS

- ^{147.} Consta en la documentación del expediente de la licitación pública, segunda convocatoria⁶², remitida por la DACI del MJSP, una serie de eventos o situaciones en las que intervinieron los agentes económicos investigados que son de interés para el análisis de la práctica objeto de este procedimiento. Estas eventualidades han sido analizadas tomando en consideración, en gran medida, las declaraciones rendidas por los representantes legales de las sociedades investigadas y por la señora Ventura de Hernández, accionista de la sociedad Constructora Gaitán⁶³, así como la información requerida a lo largo de la investigación instruida en contra de esas sociedades.
- ^{148.} Para efectos del análisis de una posible colusión entre oferentes, se estima conveniente iniciar con los hechos acreditados relacionados con las vinculaciones advertidas entre las investigadas (1); luego, exponer los elementos probatorios recabados ordenados en cinco etapas claves que se identificaron en el

⁶² Expediente de la licitación pública N° LP-05/2015-MJSP-DGME, agregado de folios 1 al 261; del 1 al 406; y del 1 al 385; de las piezas públicas 3, 4 y 5, respectivamente, de este procedimiento.

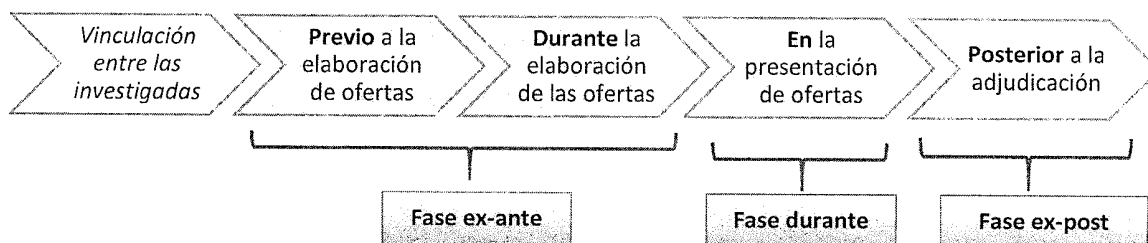
⁶³ Declaraciones rendidas por la señora Leydi Yasmin Ventura de Hernández, como persona natural y, en razón de los cargos desempeñados en el desarrollo de la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, y por los señores Luis Edgardo Villatoro Vásquez y Jorge Edgardo Hernández Gaitán, ambos en su carácter personal y, además, en carácter de representantes legales de las respectivas sociedades Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán, el día 9 de marzo de 2018, contenidas en DVD a folio 249 de la pieza pública 7.



procedimiento de contratación pública: la etapa previa a la elaboración de las ofertas (2); durante la elaboración de las ofertas (3); en las ofertas presentadas (4); al momento de presentarlas (5); y, finalmente, en la etapa posterior a la adjudicación (6). Para una mejor ilustración, se muestra el esquema siguiente:

Esquema 1

Orden de exposición de los hechos acreditados según fases de la licitación



Fuente: Elaboración propia

- ¹⁴⁹. La lógica de exponer los hechos acreditados bajo este orden responde al objetivo de identificar el momento en que *la competencia* surge en los procedimientos de contratación pública. En función de este momento es que, para el caso, se distinguen tres fases importantes para el análisis: la fase *ex-ante* que marca el estado *previo a la presentación de las ofertas*, momento en el cual los oferentes preparan sus ofertas y tienen los incentivos para rivalizar a fin de resultar ganadores de la licitación⁶⁴; la fase *durante*, que es el momento en que los competidores presentan sus ofertas, a partir del cual la competencia por el mercado desaparece hasta la próxima licitación; y, por último, la fase *ex-post* a la presentación de las ofertas, es decir, el momento posterior que incluye la adjudicación, firma del contrato y la ejecución de este último.

⁶⁴ *La Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública de La Autoritat Catalana de la Competència (2010)*, indica que en estos casos la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato administrativo en el que concurren diversos operadores con diferentes ofertas de precio, calidad y características. Por este motivo, es especialmente relevante que el procedimiento de licitación sea el más competitivo posible ya que, en caso de que se introduzcan elementos de distorsión, sus consecuencias persistirán durante toda la vida del contrato público.

¹⁵⁰. Los elementos acreditados que se expondrán a continuación se despliegan a lo largo de las tres fases explicadas anteriormente, a excepción del primero, el cual se relaciona con las mismas investigadas:

1. Hechos acreditados en relación con la vinculación entre las investigadas

- ¹⁵¹. Para efectos del análisis de una posible colusión entre oferentes, es relevante considerar cualquier tipo de vínculo o relación preexistente entre las empresas, que haya facilitado el intercambio de información relevante. Al respecto, se han evidenciado ciertas vinculaciones laborales, familiares y de amistad entre los accionistas de las sociedades investigadas.
- ¹⁵². Así, en la documentación agregada al expediente⁶⁵ se evidenció que Constructora Gaitán está conformada por los socios siguientes: Jorge Edgardo Hernández Gaitán, con un 60% de las acciones, y Leydi Yasmín Ventura de Hernández, con un 40% de las mismas. Dichos accionistas, además de ser cónyuges, según consta en sus documentos únicos de identidad⁶⁶, trabajan de forma conjunta para Constructora Gaitán.
- ¹⁵³. De conformidad con las declaraciones rendidas, la señora Ventura de Hernández funge como administradora, gerente de proyectos y prepara licitaciones; mientras que el señor Hernández Gaitán ejerce funciones de representante legal y de maestro de obra en los proyectos adjudicados.
- ¹⁵⁴. Por su parte, Perforaciones Vivas está conformada por dos socios⁶⁷: Luis Edgardo Villatoro Vásquez, con un 60 % de las acciones y Héctor Manuel Villatoro Vásquez con un 40% de las mismas. Según la declaración del primero, ambos son hermanos,

⁶⁵ Consta a folio 150 de la pieza pública 4 del expediente.

⁶⁶ Constan a folios 246 y 247 de la pieza pública 7 del expediente.

⁶⁷ Consta a folio 345 de la pieza pública 4 del expediente.



pero es este quien tiene la representación legal de la sociedad, lo cual también consta en la credencial del representante legal vigente⁶⁸.

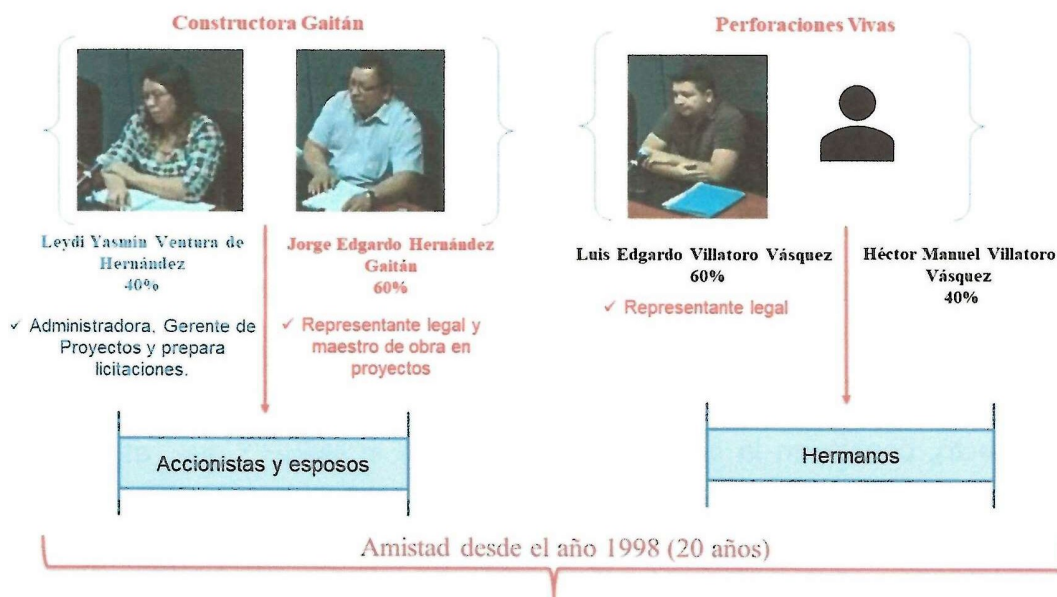
155. Ahora bien, en cuanto a las vinculaciones de amistad, en su declaración, el señor Hernández Gaitán manifestó que conoce al señor Villatoro Vásquez, ya que *“son amigos desde niños, desde jóvenes somos amigos”*, y que ha establecido relaciones comerciales con Perforaciones Vivas porque *“ha trabajado para ellos por subcontratos en varias ocasiones cuando han tenido proyectos”*.
156. Así mismo, el señor Villatoro Vásquez declaró que conoce a la señora Ventura de Hernández desde 1998, porque *“es hermana del esposo de una prima”*, y que ambos son originarios de Santa Rosa de Lima.
157. La señora Ventura de Hernández declaró que desde el año 2007 trabajó para Perforaciones Vivas, pero no de forma permanente, sino que según las necesidades de la empresa.
158. Al respecto, según la experiencia descrita en el currículum⁶⁹ contenido en la oferta de Constructora Gaitán, consta que la señora Ventura de Hernández trabajó para Perforaciones Vivas como gerente de proyectos en los años 2006 y 2010.
159. En el siguiente esquema se resumen las relaciones acreditadas en el expediente:

⁶⁸ Contenido a folio 341-343 de la pieza pública 4 del expediente.

⁶⁹ Contenido a folio 239 de la pieza pública 4 del expediente.

Esquema 2

Vinculaciones acreditadas entre las sociedades investigadas



Fuente: Elaboración propia con base en la información contenida en el expediente.

160. En suma, queda evidenciado que los accionistas de las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas han mantenido vinculaciones laborales, familiares y de amistad, estas últimas desde hace aproximadamente 20 años.

2. Hechos acreditados en la etapa previa a la elaboración de ofertas

161. Dentro de la fase *ex-ante*, específicamente, previo a la elaboración de las ofertas, se ha acreditado la existencia de comunicaciones entre las sociedades investigadas, las cuales se exponen conforme al siguiente orden: primero, las sostenidas en la convocatoria de la licitación (a); segundo, las concretadas para elaborar las ofertas (b); tercero, las relacionadas con las visitas de campo (c); y, cuarto, aquellas vinculadas con el mutuo conocimiento de las investigadas sobre su participación en la licitación (d).

CAH

JK

H

a) Comunicaciones sostenidas en la convocatoria de la licitación

- ^{162.} Con relación a cómo se enteraron las investigadas de la convocatoria para participar en la licitación N° LP-05/2015-MJSP-DGME, el señor Hernández Gaitán, en carácter de representante legal de Constructora Gaitán, declaró que él participó en la primera convocatoria en el 2014, enterándose de la segunda convocatoria de la licitación a través de COMPRASAL; asimismo, afirmó que su motivación para participar de nueva cuenta fue “[...] *porque ya había participado en la primera, la declararon desierta y hay costos que se requiere en cada licitación [...] uno invierte. Salió la segunda vez, dudé, pero sí interferí [sic] otra vez y volví a participar*”.
- ^{163.} Al respecto, consta en la información remida por el MJSP⁷⁰ que, efectivamente, Constructora Gaitán sí participó en la primera convocatoria, pero no alcanzó el porcentaje mínimo requerido en la evaluación técnica en ninguna de las tres fronteras⁷¹, motivo por el cual no clasificó para ser adjudicada. Dicho resultado se le notificó a través de una nota⁷² y se le adjuntó la resolución del procedimiento LP-14/2014-MJSP-DGME⁷³, en la cual se reveló la asignación presupuestaria del MJSP para dicha licitación.
- ^{164.} Por otra parte, el señor Villatoro Vásquez, representante legal de Perforaciones Vivas, declaró que no recordaba cómo se enteró de la licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, que “*pudo ser por COMPRASAL o por el periódico*”. Asimismo, declaró que analizó el proyecto y decidió, con personal de la oficina, participar y, dado que “*en ese momento estaban bastante atareados, decidimos darle a Leydi [accionista de Constructora Gaitán] que me preparara los documentos, porque sí teníamos bastante trabajo en ese momento*” (el resaltado es propio).

⁷⁰ Consta a folios 160- 304 de la pieza pública 2 del expediente.

⁷¹ Consta a folio 447 de la pieza pública 2 del expediente.

⁷² Consta a folio 462 de la pieza pública 2 del expediente

⁷³ Consta a folio 452- 455 de la pieza pública 2 del expediente.

- ¹⁶⁵. Posterior a las declaraciones vertidas se pidió por escrito al señor Villatoro Vásquez que aclarará si fue él quien originalmente buscó a la señora Ventura de Hernández para participar en esa licitación, o si fue ella quien se lo propuso; y que remitiera aquella documentación, como correos electrónicos, borradores de la oferta, etc., en la que constara que negoció con ella las condiciones del subcontrato. En el escrito presentado el 6 de abril de 2018, el señor Villatoro Vásquez reconfirmó que “fue la señora Ventura de Hernández quien lo contacto (sic) y le propuso la participación”, y que “todo fue carácter verbal por ello no existe documentación” ⁷⁴.
- ¹⁶⁶. Sobre el mismo punto, se preguntó a la señora Ventura de Hernández en qué momento se enteró de que Perforaciones Vivas participaría en esa licitación, y esta declaró que fue “*desde el momento en que salieron las bases, desde que salieron las publicaciones porque nosotros ya habíamos participado una vez [Constructora Gaitán] y la declararon desierta, y de ahí intentamos de nuevo, entonces él también [señor Villatoro] vio las bases y las descargó, también quería participar*”. Asimismo, declaró que el señor Villatoro Vásquez la contactó para elaborar los documentos de Perforaciones Vivas, ya que “con él era el trato directamente”.
- ¹⁶⁷. Por otra parte, y en virtud de que la señora Ventura de Hernández declaró que fue ella, a requerimiento del señor Villatoro Vásquez, quien preparó toda la documentación que debía presentar Perforaciones Vivas en la licitación, se le requirió que presentara cualquier documento o información donde constaran las indicaciones, coordinaciones o entendimientos realizados con el señor Villatoro Vásquez para elaborar los documentos requeridos por este. En escrito presentado el 6 de abril del 2018⁷⁵, la señora Ventura de Hernández indicó que “**no existe ninguna documentación o evidencia que demuestre tal circunstancia, todo se realizaba en persona de manera verbal**” (el resaltado es propio).

⁷⁴ Consta a folio 284 vuelto de la pieza pública 7 del expediente.

⁷⁵ Contenido a folios 280 de la pieza pública 7 del expediente.



- ¹⁶⁸. Además, consta en la consulta de la descarga de bases del procedimiento, contenida en el expediente de la licitación⁷⁶, que el primero que descargó las bases fue Constructora Gaitán, el día “13/04/2015”, a las “10:04:57” horas y un día después lo realizó Perforaciones Vivas, es decir, el día “14/04/2015” a las “14:04:28” horas.
- ¹⁶⁹. En virtud de lo anterior, puede colegirse que las investigadas sostuvieron comunicaciones desde el momento en que se dio a conocer la convocatoria de la licitación, y fue a partir de ese momento en la que ambas tuvieron conocimiento de que participarían en la licitación, e iniciaron los arreglos para la elaboración y presentación de las ofertas.

b) Comunicaciones concretadas para elaborar las ofertas

- ¹⁷⁰. En las declaraciones a las que tantas veces se ha aludido en este apartado, se advierte que existieron acuerdos entre los agentes económicos, previo a la elaboración de las ofertas; entre estos, que el señor Villatoro Vásquez -representante legal de Perforaciones Vivas- daría en subcontrato el proyecto a la señora Ventura de Hernández -accionista de Constructora Gaitán-, en caso de resultar adjudicado.
- ¹⁷¹. Lo anterior, se constata en la declaración testimonial del señor Villatoro Vásquez, cuando expresó⁷⁷ lo siguiente: **“yo le iba a dar un subcontrato y a mí que me quedara algo** y no me quedó nada, solo problemas me han quedado con esto”; además, aseveró que antes él pagaba a la señora Ventura de Hernández por cada documento de licitación que le preparaba debido a su profesión de arquitecta, pero esta vez no fue así **“porque habíamos acordado que le iba a dar el subcontrato”** (el resaltado es propio).

⁷⁶ A folios 204-205 de la pieza pública 3 del expediente.

⁷⁷ Minuto 24:45 de la declaración del señor Villatoro Vásquez

172. También, el señor Villatoro Vásquez admitió que cuando negoció con la señora Ventura de Hernández, esta le manifestó⁷⁸ lo siguiente: "**mire *participemos en este bolado [...] y me da el subcontrato, yo voy a preparar el documento; y yo le dije ok, sólo veamos cuánto...***" (el resaltado es propio).
173. Sobre estos arreglos, la señora Ventura de Hernández expuso que el tipo de relación contractual que se dio en este caso fue "*de palabra, él me llamaba y me decía tengo esta licitación, me mandaban la información entonces yo empezaba a trabajar, yo les iba pidiendo la información que necesitaba, si necesitaba algo, sino yo lo iba armando y ya cuando estaba armado el documento entonces revisaba con ellos lo económico más que todo y ellos definían y donde ellos decía ahí quedaba el monto*".
174. Con lo anterior, queda evidenciado que las investigadas acordaron, previo a la elaboración de las ofertas, lo siguiente: i) Perforaciones Vivas designó a la señora Ventura de Hernández -accionista de Constructora Gaitán-, para que ella elaborara la oferta a presentar en la licitación; ii) Perforaciones Vivas entregaría en subcontrato el proyecto a Constructora Gaitán, en caso de resultar adjudicado; y iii) dos accionistas de sociedades competidoras accedieron a proceder bajo estas condiciones. Dichos acuerdos confirman la comunicación previa que hubo entre ellos para coordinar la elaboración de sus ofertas.

c) Comunicaciones relacionadas con las visitas de campo

175. Al analizar el registro de asistencia a las visitas de campo de las 3 fronteras, se constatan una serie de coincidencias e irregularidades. En primer lugar, en la visita de campo realizada en la Frontera el Poy se comprueba, por una parte, la comparecencia del señor Hernández Gaitán –representante legal de la sociedad Constructora Gaitán-, en nombre de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, portando el sello de su competidor, según se muestra en la imagen 1; y, por otra, el

⁷⁸ Minuto 28:26 de la declaración del señor Villatoro Vásquez.



establecimiento de un mismo número telefónico de contacto para esas mismas dos sociedades.

Imagen 1

Registro de asistencia a la visita de campo en la Frontera El Poy el día 22 de abril de 2015

101009010

MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA/ DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA DGME						
REGISTRO DE ASISTENTES A VISITA DE CAMPO						
LICITACIÓN LP-05/2015-MJSP-DGME "Mejoras en las instalaciones de la DGME en las fronteras: El Poy, dpto. de Chalatenango, La Hachadura, dpto. de Ahuachapán y San Cristóbal, dpto. de Santa Ana" Código contable N° 6211						
FECHA DE LA VISITA: Miércoles 22 de abril de 2015						
FRONTERA EL POY, CHALATENANGO.						
N°	EMPRESA	REPRESENTANTE (Nombre)	FIRMA	TELÉFONO / FAX	CORREO ELECTRÓNICO	SELLO
1	C.R. Consulting And Representación S.A.	Diego Castro		77169678	guscuando@gmail.com	
2	CONSTRUCTORA GAITÁN S.A. DE C.V.	Jorge Gaitán		26604953	CONSTRUCTORA GAITAN E MAIL.COM	
3	INCONSTAR S.A. DE C.V.	Jorge Gaitán		23006687 71444034	inconstar@hotmail.com	
4	Perforaciones Vivas S.A. DE C.V.	Jorge Gaitán		26604953	Perforaciones Vivas@hotmail.com	

Hoja # _____ de _____

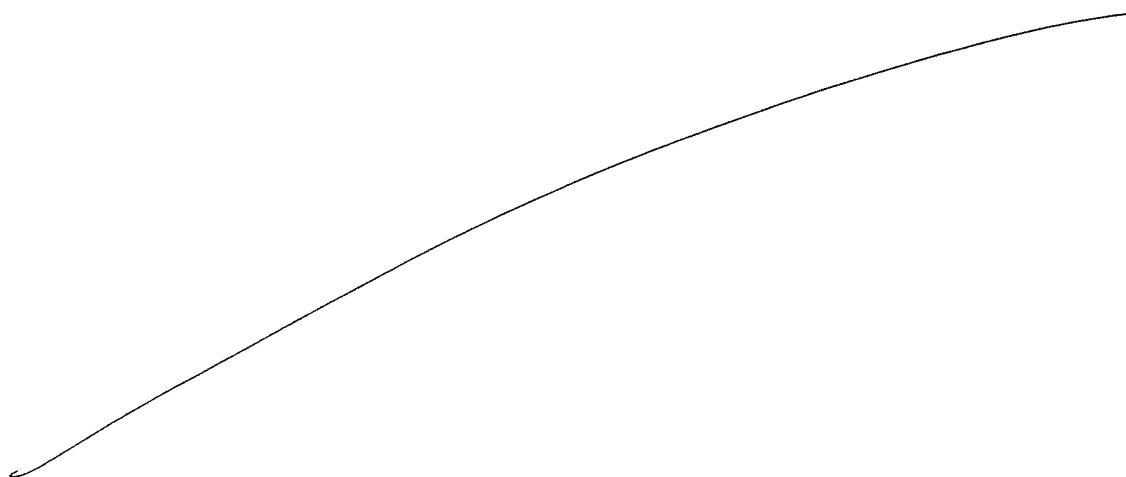
Nota: Marcadas en color las coincidencias advertidas en Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas.

Fuente: Folio 210 de la pieza pública 3 del expediente.

176. Respecto de la comparecencia del señor Hernández Gaitán a la visita de campo en la Frontera El Poy el 22 de abril de 2015, como persona autorizada de las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, es necesario acotar que en su declaración este manifestó lo siguiente: "...íbamos a la visita y la persona que ellos mandaron, hasta donde yo supe se perdieron [sic] [...] pero como en un momento yo siempre trabajé para ellos, yo mantenía un sello de ellos. Y yo consulté al jefe del que iba [sic] de la visita que es el Arq. Stanley si podía inscribir a Vivas en la visita y ellos lo aceptaron, en la Frontera La Hachadura [...] Ellos

me dijeron que sí podía inscribirme, poner a Perforaciones Vivas, poner mi nombre y firmar yo, lo único es que yo andaba el sello de Vivas también” (el resaltado es propio).

177. Ahora bien, llama la atención que el señor Hernández Gaitán intentó justificar que actuó en representación de Perforaciones Vivas afirmando que puso el sello de esta sociedad cuando realizó la visita de campo en la Frontera La Hachadura, por autorización del delegado del MJSP; pero consta en el anterior documento que dicho sello fue puesto en la hoja de visita de la Frontera El Poy, y no de la Hachadura, como lo afirmó.
178. Por otra parte, en cuanto a las visitas de campo realizadas en la frontera La Hachadura y San Cristóbal, en las respectivas hojas de registro⁷⁹ consta que quien asistió en representación de Perforaciones Vivas fue la señora “Mercedes Menjivar” o “Mercedes Menjivar Solis”, y en representación de Constructora Gaitán compareció el señor Hernández Gaitán. Asimismo, consta que, a pesar de que se registraron 2 personas distintas, se colocó *el mismo número telefónico* -el de Constructora Gaitán- para las dos sociedades competidoras, tal como se advierte en las imágenes siguientes:



⁷⁹ Folio 208 de la pieza pública 3 del expediente.






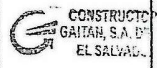

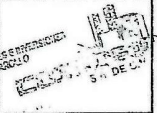
AG

AG

AG

Imagen 2

Registro de asistencia a visita de campo en la Frontera La Hachadura el día 20 de abril de 2015

MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA/ DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA DGME						
REGISTRO DE ASISTENTES A VISITA DE CAMPO						
LICITACIÓN LP-05/2015-MJSP-DGME-"Mejoras en las instalaciones de la DGME en las fronteras: El Poy, dpto. de Chalatenango, La Hachadura, dpto. de Ahuachapán y San Cristóbal, dpto. de Santa Ana". Código contable N° 6211						
FECHA DE LA VISITA: Lunes 20 de abril de 2015						
FRONTERA HACHADURA, AHUACHAPÁN.						
N°	EMPRESA	REPRESENTANTE (Nombre)	FIRMA	TELÉFONO / FAX	CORREO ELECTRÓNICO	
1	INCONSTRIBRE S.A. de C.V.	Sigfredo Megía		71444034 23006657	inconstibro2@hotmail.com	
2	C.R. Consulting Ana Regina Gaitán	Diego Castro		77168678	guscueo@igmail.com	
3	Perforaciones Vivas S.A. de C.V.	Marcades morales Sadiy		26670591 26604953	Perforaciones Vivas@hotmail.com	
4	CONSTRUCTORA GAITÁN S.A. DE C.V.	Ing Jorge Eduardo Hernandez Gaitán		26604953	Constructora Gaitán@gmail.com	
5	COINDEL SA de CV	Ing Roberto Guzmán Mejía		2228-8005 2229-1654	coindel.cv@gmail.com	









0000021P

Nota: Marcadas en color las coincidencias advertidas en Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, y el nombre de la persona que representó a Perforaciones Vivas.

Fuente: Folio 208 de la pieza pública 3 del expediente.

Imagen 3

Registro de asistencia a visita de campo en la Frontera San Cristóbal el día 20 de abril de 2015

 MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA/ DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA DGME REGISTRO DE ASISTENTES A VISITA DE CAMPO LICITACIÓN LP-05/2015-MJSP-DGME-"Mejoras en las instalaciones de la DGME en las fronteras: El Poy, dpto. de Chalatenango, La Hachadura, dpto. de Ahuachapán y San Cristóbal, dpto. de Santa Ana". Código contable N° 6211 FECHA DE LA VISITA: Lunes 20 de abril de 2015						
FRONTERA SAN CRISTÓBAL, SANTA ANA.						
N°	EMPRESA	REPRESENTANTE (Nombre)	FIRMA	TELÉFONO / FAX	CORREO ELECTRÓNICO	SELLO
1	Perforaciones Vivas S.A. DE CV	Mercedes Mejía		26670591 26604757	Perforaciones Vivas@hotmail.com	
2	Constructora Gaitán S.A. DE CV	ING. DIEGO GAITÁN		26604953	Constructora Gaitán@gmail.com	
3	INCONSTAR S.A. DE CV	Sigfredo Mejía		23006657 71444034	inconstar@kbtmail.com	
4	C.R. CONSULTING ASISTENTE REPRESENTATIVO SA DE CV	Diego Castro		77165678	gascos@gmail.com	
5	COINDEL SA DE CV	Roberto Guzmán Mejía		2288005	coindel.cv@gmail.com	

Nota: Marcadas en color las coincidencias advertidas en Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, y el nombre de la persona que representó a Perforaciones Vivas.

Fuente: Folio 207 de la pieza pública 3 del expediente.

179. Respecto a la comparecencia de las personas autorizadas para asistir a las visitas de campo, el señor Villatoro Vásquez afirmó⁸⁰ que quien se encargó de buscar al personal para que asistiera a esas visitas fue la señora Ventura de Hernández, en razón de que **"...había designado a Leydi para hacerlo como subcontrato que [le] preparara todo el documento y si [se] lo daban todo [...] se lo iba a dar por subcontrato también la construcción"** (el resaltado es propio).

⁸⁰ Minuto 9:30 de la declaración del señor Villatoro Vásquez.







- ¹⁸⁰. Ahora bien, en cuanto a la comparecencia de la señora Mercedes Menjivar Solís, cuyo nombre aparecía en el registro de visitas de campo de La Hachadura y San Cristóbal, el señor Villatoro Vásquez declaró no conocerla, ni saber si había trabajado para el proyecto⁸¹.
- ¹⁸¹. Por su parte, la señora Ventura de Hernández declaró⁸² que las visitas de campo las realizan los representantes legales de las sociedades para quienes ella preparó la documentación a presentar en la licitación, pues ella se encargó de lo administrativo; además, especificó que los representantes legales “...*en función de lo que han visto en la visita, ellos deciden qué montos, porque ahí evalúan las condiciones y todo*”; asegurando que, en el caso de Constructora Gaitán, la visita de campo la hizo el señor Hernández Gaitán.
- ¹⁸². Ahora bien, debido a que el señor Villatoro Vásquez declaró que fue la señora Ventura de Hernández quien buscó a las personas encargadas de asistir a las visitas de campo, se le requirió a esta última que indicara el nombre completo de la señora Mercedes Menjivar Solís; además, que presentara copia del documento único de identidad de la misma o cualquier otra documentación que permitiera contactarla -como dirección de correo electrónico, número de teléfono, etc.-.
- ¹⁸³. En escrito presentado el 5 de abril del 2018⁸³, la señora Ventura de Hernández afirmó lo siguiente: **“no puedo presentar la documentación solicitada por ustedes, ya que desconozco de la existencia de esta persona, por lo que no puedo presentar copia del documento único de identidad, ni cualquier otra información de dicha persona que permita contactarla”** (el resaltado es propio).

⁸¹ Minuto 9:25 de la declaración del señor Villatoro Vásquez.

⁸² Minutos 9:20 de la declaración de la señora Ventura de Hernández.

⁸³ Contenido a folio 280 de la pieza pública 7 del expediente.

- ^{184.} Sobre este mismo punto, se preguntó al señor Hernández Gaitán si conocía a “Mercedes Menjivar Solis”, que aparecía en los registros; sin embargo, él respondió lo siguiente: “yo no sé quién es”.
- ^{185.} En ese sentido, se observa que ningún declarante conoce a “Mercedes Menjivar Solis”, aun cuando su nombre aparece en los dos registros de asistencia representando a Perforaciones Vivas y, junto a este, figura un número telefónico que pertenece al de Constructora Gaitán.
- ^{186.} De lo anterior, se constata que para realizar la visita de campo en la Frontera El Poy se sostuvieron comunicaciones entre Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán, ya que el representante de esta última actuó en representación y conforme le indicó su competidor. En relación con las visitas de las otras dos fronteras, se puede afirmar que no existe evidencia de la existencia de la señora “Mercedes Menjivar”; sin embargo, sí consta que la persona que actuó como ella, en representación de Perforaciones Vivas, escribió el número de su competidor -Constructora Gaitán- con una caligrafía que, a simple vista, es muy similar, casi idéntica a la del señor Hernández Gaitán.

d) Comunicaciones relacionadas con el mutuo conocimiento de las investigadas sobre su participación en la licitación

- ^{187.} Respecto al conocimiento previo que tenían las investigadas sobre la participación de ambas en el procedimiento de la licitación, consta en la declaración rendida por la señora Ventura de Hernández que le hizo saber al señor Villatoro Vásquez que aparecería como gerente de proyectos en la oferta presentada por Constructora Gaitán, a lo cual él le habría respondido que no había problema. En virtud de ello, se requirió a la señora Ventura de Hernández que presentara documentación, impresiones de correos electrónicos o cualquier otro tipo de información en la que constara o se evidenciara tal afirmación. Sin embargo, mediante escrito presentado

el 5 de abril del 2018⁸⁴, respondió que “no existe ninguna documentación, impresiones de correo electrónico o cualquier otro tipo de información en la que conste, que le hice del conocimiento al Representante Legal de PERFORACIONES VIVAS, que participaría como gerente de CONSTRUCTORA GAITÁN”.

- ¹⁸⁸. Por otra parte, el señor Hernández Gaitán declaró que sí sabía que su esposa iba como gerente de proyectos de su competidor -Perforaciones Vivas-, y que lo supo desde el momento en que estaba buscado un gerente para incorporarlo en el organigrama, y él le dijo a su esposa lo siguiente: “póngase usted como gerente y si ganan ellos pues que la cambien”.
- ¹⁸⁹. Posteriormente, se requirió a la señora Ventura de Hernández que manifestara si hizo del conocimiento del señor Villatoro Vásquez que Constructora Gaitán también participaría en esa misma licitación, e indicara qué le habría contestado este último al respecto. En el escrito presentado el 5 de abril del 2018⁸⁵, él respondió lo siguiente: **“Efectivamente le hice de su conocimiento que también la CONSTRUCTORA GAITAN participaría de la licitación; contestando este [el señor Villatoro Vásquez] que cada quien participaría individualmente”** (el resaltado es del texto original).
- ¹⁹⁰. En virtud de los elementos vertidos en este procedimiento se comprueba que, previo a la elaboración de las ofertas, las investigadas tuvieron conocimiento de que ambas participarían en el procedimiento de licitación, bajo las condiciones preestablecidas entre ellas.

3. Hechos acreditados durante la elaboración de las ofertas

- ¹⁹¹. En este apartado, ubicado siempre dentro de la fase ex-ante, se presentan las declaraciones testimoniales rendidas en este procedimiento que esclarecen dos

⁸⁴ Contenido a folio 280 de la pieza pública 7 del expediente.

⁸⁵ Contenido a folio 276 de la pieza pública 7 del expediente.

hechos relacionados con la investigación, que son: (a) quién elaboró las ofertas presentadas en la licitación en cuestión; y (b) quién fijó el precio de estas.

a) Sobre quién elaboró las ofertas

- ^{192.} En relación a la elaboración de las ofertas presentadas, se interrogó a las sociedades investigadas sobre la forma en cómo se elaboraron y quiénes tuvieron participación en dicha actividad.
- ^{193.} Al respecto, se preguntó a la señora Ventura de Hernández si ella había participado en la elaboración de la oferta presentada por Perforaciones Vivas, a lo que ella respondió que *“sí, exacto”*. En ese sentido, se le pidió que explicara un poco más sobre en qué consistía la preparación de la oferta o cómo la preparó; ella respondió lo siguiente: *“Pues ahí igual, se revisan las bases para ver qué es lo que están pidiendo, entonces para ver si hay que tramitar solvencias se tramitan, luego ver el personal y de ahí lo económico y empezar a armarlo y darle forma para que ya a la fecha que, que ellos lo soliciten esté todo listo”*.
- ^{194.} Así mismo, se le preguntó si participó en la elaboración de la oferta de Constructora Gaitán, a lo que ella respondió que *“sí”, “yo armé todo el documento, hice lo mismo con Perforaciones Vivas, con la diferencia de que yo no le voy a decir al ingeniero Gaitán lo que lleva Perforaciones Vivas en lo económico, ni a Perforaciones Vivas lo de Gaitán, porque son dos empresas individuales.”*
- ^{195.} Por otra parte, siempre a la señora Ventura de Hernández se le preguntó en qué se diferenciaron las ofertas que fueron presentadas por las investigadas; ella respondió lo siguiente: *“pues cada uno tiene sus documentos personales y de ahí pues los formatos son los mismos que utilizamos, si yo tengo un formato y me piden, por ejemplo, una metodología, entonces yo tengo uno la agarro y esa misma voy modificando”*.



196. Sobre esta respuesta, se le preguntó respecto de cuál había sido el documento que elaboró primero; ella respondió que *“el de Gaitán, porque era el que yo tenía de la vez pasada porque ya había participado una vez, entonces agarré el otro y solo fui modificando información”*. Además, se le preguntó sobre qué empresa le interesaba más que ganara la licitación, y ella respondió que *“realmente yo estaba armando los documentos, entonces por ende tenía que haber sido Gaitán”, “si ganaba Gaitán las ganancias eran para nosotros y si ganaba Perforaciones Vivas yo iba a estar de empleada en ese proyecto”*.
197. Ahora, en cuanto al señor Hernández Gaitán, este declaró lo siguiente: *“Ella [señora Ventura de Hernández] prepara lo mío, cuando personalmente la buscan a ella, yo contrato un arquitecto/ arquitecta para que haga lo de las demás empresas”*. Luego, se le preguntó lo siguiente: *“¿Y en este caso en concreto, contrató a alguien para que hiciera lo de Perforaciones Vivas?”*, a lo que él contestó que *“Así es”, “a la arquitecta Maritza Beatriz”*. En virtud de ello, se le pidió más información sobre esa persona para poder citarla a declarar, y él recalcó que *“solo por Maritza Beatriz la conozco”*, agregando lo siguiente: *“La verdad que fue contratada, para ese, para ese trabajo, de igual manera se han contratados muchos más”*.
198. Posteriormente, al señor Hernández Gaitán se requirió por escrito documentación en la que constara que la “arquitecta Maritza Beatriz” fue quien efectivamente preparó la documentación relacionada con la oferta de Perforaciones Vivas, así como alguna constancia del pago efectuado por sus servicios profesionales.
199. En el escrito presentado el 5 de abril de 2018⁸⁶, el señor Hernández Gaitán respondió que **“no existe ninguna documentación que demuestre que Maritza Beatriz, preparó la documentación relacionada con la oferta de PERFORACIONES VIVAS, así como tampoco existe documentación sobre el pago efectuado por sus servicios profesionales, ya que todo se realizó verbalmente y el pago fue en efectivo, ya que únicamente se requería que**

⁸⁶ Consta a folio 276 de la pieza pública 7 del procedimiento.

prestara colaboración de forma eventual, cuando se le necesitaba, ya que en ese entonces se dedicaba a sus estudios; por lo que se le pagaba por cada trabajo realizado” (el resaltado es del texto original).

- ^{200.} Por último, sobre estos aspectos, el señor Villatoro Vásquez afirmó, durante su declaración, lo siguiente: *“decidimos darle a, a, este Leydi, que me preparara los documentos porque sí teníamos bastante trabajo en ese momento”; “como le di por por... a esta muchacha, Leydi, para que me hiciera el su... la licitación y todo que se encargara ella le dije yo, de hacer eso”; “yo había asignado a Leydi para hacerlo como subcontrato, que me preparara todo el documento”*. Así, se le preguntó directamente sobre quién elaboró la oferta que presentó su empresa en la licitación; él respondió que *“Ella, Leydi Ventura”*.
- ^{201.} En virtud de que el señor Hernández Gaitán declaró que contrató a la “arquitecta Maritza Beatriz” para elaborar los documentos respectivos de la oferta, y que no fue la señora Ventura de Hernández quien la elaboró, se requirió al señor Villatoro Vásquez que confirmara y acreditara con documentos físicos o electrónicos si tuvo contacto o sostuvo reuniones de trabajo con la arquitecta “Maritza Beatriz” para elaborar la licitación en cuestión; o, por el contrario, que ratificara lo manifestado en su declaración (que fue la señora Ventura de Hernández quien realizó la oferta y determinó los precios de su representada).
- ^{202.} En el escrito presentado el 6 de abril del 2018⁸⁷, el señor Villatoro Vásquez afirmó que *“nunca tuvo contacto y menos reuniones con “Maritza Beatriz”, es más ni la conoce, y por ello pide se tenga por ratificado lo expresado en la declaración ya rendida”*.
- ^{203.} Con base en las anteriores declaraciones y explicaciones relacionadas en los escritos en alusión, queda comprobado que quien elaboró las ofertas presentadas

⁸⁷ Contenido a folios 284 de la pieza pública 7 del procedimiento.



por Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas en la licitación en referencia fue la señora Ventura de Hernández.

b) Sobre quién fijó el precio de las ofertas presentadas

- ^{204.} A continuación, se presentarán las declaraciones que esclarecen los nombres de las personas que estuvieron involucradas en la fijación del precio contenido en las ofertas económicas presentadas por ambas sociedades investigadas.
- ^{205.} En relación al monto económico, la señora Ventura de Hernández afirmó lo siguiente: *“El formato ya lo daba la licitación entonces cada uno puso sus precios, yo armo todo el documento y los precios ellos me van diciendo a este póngale tanto a este tanto y ellos definen al final el monto de la oferta”*.
- ^{206.} Se preguntó a la señora Ventura de Hernández quién había establecido el precio contenido en la oferta económica presentado por Constructora Gaitán, a lo que ella respondió que *“el ingeniero Gaitán”* y agregó que *“Como yo solo estaba trabajando en los dos documentos entonces ellos sabían pues, que yo no le iba a dar información del uno al otro, entonces cada uno definió su oferta económica”*.
- ^{207.} Al cuestionar al señor Hernández Gaitán en relación con el precio de la oferta presentada por Constructora Gaitán, este afirmó lo siguiente: *“el precio lo definí yo, ellos me presentan todo lo que han cotizado y yo defino el monto que vamos a presentar para poder licitar”*.
- ^{208.} Mientras que al señor Villatoro Vásquez, en relación con el precio de la oferta presentada por Perforaciones Vivas, se le preguntó si él le había indicado a la señora Ventura de Hernández el precio que iban a ofertar; él respondió que *“no, o sea lo calculamos, de hecho, ella es arquitecto y él [señor Hernández Gaitán] es maestro de obra”*. Al respecto, se le preguntó si lo habían determinado en conjunto, o si había sido ella y respondió que *“ella lo determinó, sí, y ¿cree que ganamos?,*

primero la pregunta es ¿Cree que ganamos y que quede algo?, sí me dijo, ¿Cree que ganamos la licitación si nos vamos con esos precios?, probablemente”.

209. De lo anterior, se comprueba que el precio contenido en la oferta de Constructora Gaitán lo fijó el señor Hernández Gaitán; y el contenido en la oferta de Perforaciones Vivas lo fijó la señora Ventura de Hernández.

4. Hechos acreditados en relación con las ofertas presentadas

210. Los siguientes elementos se constituyen como el resultado de lo acontecido durante la elaboración de las ofertas. A continuación, se enuncian las irregularidades advertidas en las ofertas que fueron presentadas por las sociedades investigadas, y luego se desarrolla la acreditación de cada uno de ellos:

- a) Ambas sociedades presentaron sus organigramas de ejecución de las obras con similitudes en el formato utilizado y personal coincidente;
- b) Ambas sociedades presentaron similares metodologías de trabajo;
- c) Ambas sociedades usaron los servicios de una misma notaria para la certificación de los documentos agregados a las respectivas ofertas presentadas, las cuales coinciden en la fecha y hora de realización; y
- d) Las ofertas económicas presentadas por ambas sociedades muestran coincidencias en la redacción y errores ortográficos comunes.

a) Similitudes en los organigramas de ejecución de las obras propuestos en las ofertas

211. Consta en las ofertas presentadas por cada una de las investigadas en el procedimiento de licitación en cuestión que estas elaboraron dos organigramas similares⁸⁸, en los que incluyeron a cuatro personas coincidentes en los cargos, así:

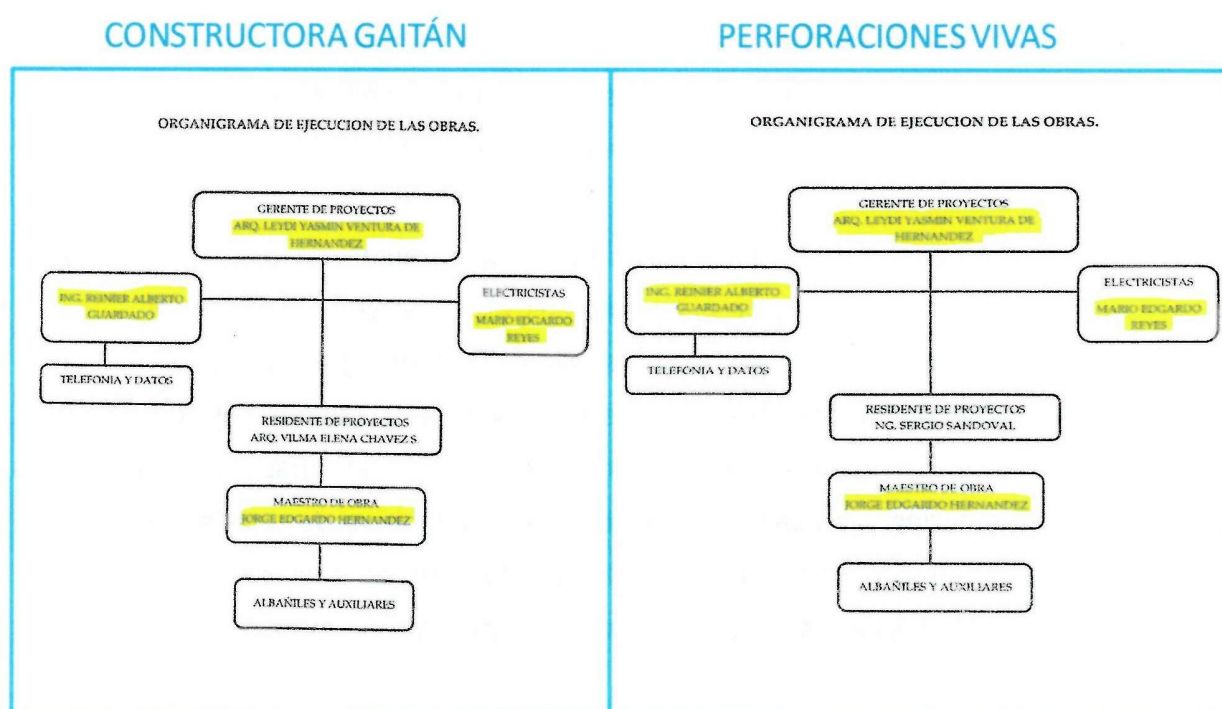
⁸⁸ Consta a folios 238 de la pieza pública 4, el organigrama de Constructora Gaitán y a folios 24 de la pieza pública 5 el de Perforaciones Vivas.



como gerente de proyectos, a la Arq. Leydi Yasmín Ventura de Hernández, quien en apartados anteriores se acreditó que no solo es accionista de Constructora Gaitán sino, también, esposa del representante legal de dicha sociedad –Jorge Edgardo Hernández Gaitán-; como maestro de obra, al señor Hernández Gaitán; como encargado de telefonía y datos, al ingeniero Reinier Alberto Guardado; y como electricista al señor Mario Edgardo Reyes, todos según se muestra en la imagen siguiente:

Imagen 4

Organigramas de ejecución de las obras incluidos en las ofertas presentadas

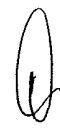


Nota: Marcado en color los nombres y cargos coincidentes en ambos organigramas.

Fuente: Elaboración propia con base en los organigramas contenidos a folios 238 de la pieza pública 4 y 24 de la pieza pública 5.

212. En dichos organigramas también se constata la similitud en el formato utilizado, sin que el MJSP haya establecido alguno para su elaboración.

213. Al respecto, se interrogó a la señora Ventura de Hernández para que explicara quién la había designado como gerente de proyectos en Constructora Gaitán, a lo que ella respondió lo siguiente: *"Ehh nosotros, como le digo armamos el proyecto, el.. los documentos y incluso yo a veces me llama otro amigo que tiene su empresa y me dice mire la puedo poner de gerente de proyectos y yo igual acepto porque, si el proyecto se gana y yo tengo tiempo, yo lo ejecuto con ellos. Pero si el momento que ellos ganan y yo no tengo tiempo, entonces ellos tienen que cambiar su personal"*. Se le preguntó sobre quién había tomado la decisión en Constructora Gaitán, y respondió lo siguiente: *"Eh, los 2, el Gerente y yo, el Representante Legal y yo"*.
214. Además, se le preguntó cuál había sido su interés de aparecer como gerente de proyectos de una empresa que iba a ser competidora de la empresa respecto de la cual ella es accionista, a lo que ella respondió lo siguiente: *"Porque... *tose* era una sola licitación entonces nunca se nos ocurrió que ellos pudieran de... Este... separar los lotes que estaban en la licitación, entonces este, uno puede participar y si, como le decía antes, en el momento si ellos ganaban y yo estaba disponible, yo iba a trabajar con ellos, entonces por eso, para mí no representó ningún problema";* agregó que *"[...] no representó ningún problema, pues por que como le digo, no íbamos a ganar los dos, entonces si yo estaba desocupada yo iba a trabajar con Perforaciones Vivas."*
215. También, se le preguntó si el señor Jorge Edgardo Hernández, que aparece como maestro de obra en los organigramas de ejecución presentados por ambas empresas, era el señor Hernández Gaitán, el otro accionista de Constructora Gaitán, y ella respondió que "No", *"Es hijo de él"*; y agregó lo siguiente: *"si hay proyectos, entonces está con nosotros y si él tiene otro proyecto pues entonces buscamos nosotros a otra persona"*.
216. Finalmente, se preguntó a la señora Ventura de Hernández si el señor Jorge Edgardo Hernández, hijo del otro accionista de Constructora Gaitán, también había participado en algún rol con Perforaciones Vivas y ella respondió que *"mmm no,*



este, él me pidió que pusiera yo el personal y entonces yo lo puse a él mismo, precisamente porque no pensé que generara ningún problema”.

- ^{217.} Por otra parte, al señor Hernández Gaitán se le preguntó si había tenido conocimiento de que su esposa estaba dentro del organigrama de ejecución que había presentado Perforaciones Vivas, y él respondió que “Si”, *“pues yo le dije a ella, póngase de gerente de Vivas, póngase usted como gerente, si Vivas gana, cuando ellos ganen que la sustituyan por otro”.*
- ^{218.} Con lo anterior, queda acreditado que la elaboración de estos organigramas de ejecución de las obras presentados por las investigadas estuvo a cargo de la señora Ventura de Hernández, quien fue la encargada de designar al personal que trabajaría en dichos proyectos bajo la supervisión de su esposo, el señor Hernández Gaitán.

b) Similitudes en las metodologías para la inspección y control de los avances de las obras

- ^{219.} Adicionalmente, consta en la documentación agregada en la oferta técnica, bajo el título “INSPECCIÓN Y CONTROL DE AVANCE (METODO DE LAS TRES FASES)”⁸⁹, que ambas sociedades presentaron un documento cuya redacción y formato, en su mayoría, es idéntica y contiene errores ortográficos y de redacción coincidentes; además, contiene similitudes en aspectos puntuales de la metodología de trabajo, tales como los plazos en el tiempo de ejecución de cada una de las actividades, la procedencia y calidad de los materiales, entre otros, tal como se muestra en la siguiente imagen:

⁸⁹ Consta a folios 79 de la pieza pública 5, el método de Constructora Gaitán, y folios 263 de la pieza pública 4, el de Perforaciones Vivas, ambas del presente expediente.

Imagen 5

Segmento del método de las tres fases incluido en las ofertas presentadas

Perforaciones Vivas

INSPECCION Y CONTROL DE AVANCE (METODO DE LAS TRES FASES).	
FASE DE PREPARATORIAS.	
Actividad: Obras preliminares	
Personal :	
Leydi Yasmín Ventura de Hernández	Residente
Simón Hernández Gaitán	Maestro de Obra ✓
Materiales: Los materiales serán de las calidades exigidas en las especificaciones técnicas; y se suministrarán antes de iniciar las actividades programadas; El almacenamiento de los materiales será en los lugares asignados por la supervisión.	

Constructora Gaitán

INSPECCION Y CONTROL DE AVANCE (METODO DE LAS TRES FASES).	
FASE DE PREPARATORIAS.	
Actividad: Obras preliminares	
Personal :	
Vilma Elena Chávez Saravia	Residente
Jorge Edgardo Hernández Gaitán	Maestro de Obra
Materiales: Los materiales serán de las calidades exigidas en las especificaciones técnicas; y se suministrarán antes de iniciar las actividades programadas; El almacenamiento de los materiales será en los lugares asignados por la supervisión.	

Fuente: Elaboración propia con base en los folios 79 de la pieza pública 5, donde consta el método de Constructora Gaitán, y folios 263 de la pieza pública 4, donde consta el de Perforaciones Vivas.

220. Asimismo, consta en el documento presentado por Perforaciones Vivas que el señor Simón Hernández Gaitán ejecutaría el cargo de maestro de obra, y la señora Ventura de Hernández sería la residente; mientras que en el caso de Constructora Gaitán aparece el señor Jorge Hernández Gaitán como maestro de obra y la señora Vilma Chávez como residente.

221. También se comprobó que el señor Simón Hernández Gaitán aparece en las bitácoras de las obras reportadas en la Frontera La Hachadura⁹⁰ como maestro de obra y el señor Mauricio Hernández Gaitán como motorista. Al respecto, la señora Ventura de Hernández declaró que ambos “*Son hermanos del ingeniero Gaitán*”.
222. En relación con los párrafos idénticos encontrados, se preguntó al señor Hernández Gaitán a qué se debían esas identidades, y el respondió lo siguiente: “*es un modelo que tenemos en la oficina, prácticamente lo que es mi esposa en ese momento ejerce como profesional haciendo licitaciones a distintas empresas en San Miguel, entre ellas estaba Vivas [...] y como es un modelo que ya se tiene es el mismo que se presenta*”.
223. De lo anterior, se comprueba que la elaboración del documento denominado “Métodos de las tres fases” fue elaborado por la señora Ventura de Hernández, quien designó el personal que trabajaría en los proyectos: en el de Perforaciones Vivas estaría ella como residente, junto con su cuñado, el señor Simón Hernández Gaitán; y en el de Constructora Gaitán trabajaría su esposo como maestro de obras de los proyectos.

c) Similitudes en las certificaciones notariales de los documentos presentados en la oferta

224. Consta en las declaraciones juradas de los representantes legales, incluidas en las ofertas de Constructora Gaitán⁹¹ y Perforaciones Vivas⁹², los siguientes elementos coincidentes: mismo día de emisión, misma hora y ante los oficios del mismo notario, según se observa en la siguiente imagen:

⁹⁰ Consta a folios 146 de la pieza pública 6 del expediente.

⁹¹ Folio 192 de la pieza pública 4 del expediente.

⁹² Folio 383 de la pieza pública 4 del expediente.


Imagen 6

Extractos de las declaraciones juradas de los representantes legales

a) Perforaciones Vivas

FORMATO DECLARACIÓN JURADA

ANEXO No. UNO



Dirección de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública LICITACIÓN PÚBLICA SEGUNDA CONVOCATORIA No. LP-CERO CINCO/DOS MIL QUINCE-MJSP- DGME.

En la ciudad de San Salvador, a las ocho horas del día seis de Mayo de dos mil quince, Ante mí **Hilda Cecilia Donado Torres**, del domicilio de San Miguel comparece el señor **LUIS EDGARDO VILLATORO VASQUEZ** de treinta y siete años de edad, Comerciante, del Domicilio de Santa Rosa de Lima, a quien ahora conozco e identifico con su Documento Único de Identidad número cero un millón doscientos tres mil setecientos cincuenta y seis guion ocho, quien actúa en Calidad de Administrador Único y por Ende Representante Legal de la Sociedad **PERFORACIONES VILLATORO VASQUEZ SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE** que se puede abreviar **PERFORACIONES VIVAS, S.A. DE C.V.** con número de identificación tributaria un mil cuatrocientos dieciséis - veintidós cero tres cero tres - ciento uno - cero del

b) Constructora Gaitán

FORMATO DECLARACIÓN JURADA

ANEXO No. UNO

Dirección de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública LICITACIÓN PÚBLICA SEGUNDA CONVOCATORIA No. LP-CERO CINCO/DOS MIL QUINCE-MJSP- DGME.

En la ciudad de San Miguel, a las ocho horas del día seis de Mayo de dos mil quince, Ante mí **Hilda Cecilia Donado Torres**, Notario, de este domicilio comparece el señor **Jorge Edgardo Hernández Gaitán** de cuarenta y dos años de edad Empleado, de este domicilio, a quien conozco e identifico con su documento personal DUI número cero un millón doscientos sesenta mil trescientos ocho guion cuatro, actuando en carácter de Representante Legal de la Empresa **CONSTRUCTORA GAITAN, S.A. DE C.V.**, de este domicilio, con número de Identificación Tributaria un mil doscientos diecisiete guion doscientos treinta mil cuatrocientos doce mil ciento uno guion ocho, legitimando su personería con el testimonio de Escritura Pública de Constitución

Nota: Marcado en color las coincidencias de fecha, hora y notario en ambas declaraciones juradas.

Fuente: Elaboración propia con base en la documentación agregada al expediente a folios 192 y 383 de la pieza pública 4.

225. La notaria Hilda Cecilia Donado Torres certificó diferentes copias de documentos presentados por las dos investigadas en sus ofertas, tales como: copias de planillas del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, copias de actas de recepción de obras, copias de títulos y documentos personales, entre otros⁹³.

⁹³ Constan a folios 368 y 289-311 de la pieza pública 4; y a folios 35-37 de la pieza pública 5.



d) Similitudes en las ofertas económicas presentadas

226. De la revisión de las ofertas económicas presentadas por ambas investigadas⁹⁴, en las que constan los planes de ofertas para las fronteras El Poy, La Hachadura y San Cristóbal -identificados como anexos No. 10, 11 y 12- respectivamente, se advirtió una significativa cantidad de errores comunes, tales como: errores de redacción, errores ortográficos y cambios en algunos valores que no estaban pre-establecidos en las bases de licitación, ni en los modelos que les fueron propuestos en los respectivos anexos de los planes de oferta del MJSP.
227. En el siguiente cuadro se muestra el total de las coincidencias constatadas en las ofertas presentadas por las investigadas:

Cuadro 5
Número de coincidencias identificadas en las ofertas económicas presentadas por las investigadas

Tipo de coincidencias	Frontera El Poy	Frontera La Hachadura	Frontera San Cristóbal	Total
Formato y redacción	24	33	9	66
Errores ortográficos	10	3	6	19
Total de coincidencias	34	36	15	85

Fuente: Elaboración propia con base en las ofertas presentadas en la licitación en referencia, contenidas a folios 221-236 de la pieza pública 4 (Constructora Gaitán); y a folios 6-22 de la pieza pública 5 (Perforaciones Vivas).

⁹⁴ Consta a folios 221-236 de la pieza pública 4 la oferta económica de Constructora Gaitán; y a folios 6-22 de la pieza pública 5 la oferta económica de Perforaciones Vivas.

228. A manera de ejemplo, se presentan las siguientes imágenes, en donde se constatan coincidencias en formatos y errores, los cuales no derivan del formato brindado por el MJSP:

Imagen 7

Ejemplo de similitudes en las ofertas económicas presentadas por las investigadas que no corresponden al formato original

Constructora Gaitán

ANEXO N°12

LICITACION PUBLICA SEGUNDA CONVOCATORIA No. LP-05/2015-MJSP- DGME

"MEJORAS EN LAS INSTALACIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE MIGRACION Y EXTRANJERIA EN LAS FRONTERAS: EL POY, DEPTO. DE CHALATENANGO; LA HACHADURA DEPTO. DE AHUACHAPAN Y SAN CRISTOBAL, DEPTO. DE SANTA ANA" CODIGO CONTABLE N° 6211

PLAN DE OFERTA FRONTERA SAN CRISTOBAL

N°	PARTIDAS	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO UNITARIO	SUB TOTAL	TOTAL
C-1	SAN CRISTOBAL DEMONTAJES DEMOLICIONES	Y				\$ 342.04

Perforaciones Vivas

ANEXO N°12

LICITACION PUBLICA SEGUNDA CONVOCATORIA No. LP-05/2015-MJSP- DGME

"MEJORAS EN LAS INSTALACIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE MIGRACION Y EXTRANJERIA EN LAS FRONTERAS: EL POY, DEPTO. DE CHALATENANGO; LA HACHADURA DEPTO. DE AHUACHAPAN Y SAN CRISTOBAL, DEPTO. DE SANTA ANA" CODIGO CONTABLE N° 6211

PLAN DE OFERTA FRONTERA SAN CRISTOBAL

N°	PARTIDAS	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO UNITARIO	SUB TOTAL	TOTAL
C-1	SAN CRISTOBAL DEMONTAJES DEMOLICIONES	Y				\$ 345.28

Formato MJSP

C- FRONTERA SAN CRISTÓBAL EN EL DEPARTAMENTO DE SANTA ANA				TODOS LOS COSTOS INCLUYEN EL IVA		
N°	DESCRIPCION	CANT.	UNID.	P.UNIT.	SUB-TOTAL	TOTAL
C-1	SAN CRISTOBAL DEMONTAJES DEMOLICIONES					

Fuente: Elaboración propia con base en la documentación agregada al expediente a folio 233 de la pieza pública 4, y 19 de la pieza pública 5.

Imagen 8

Ejemplo de errores de ortografía advertidos en las ofertas económicas presentadas por las investigas que no corresponden al formato original

Constructora Gaitán

1.2	Desmontaje de cortina Metalica en area de ventanillas	2.00	c/u	25.00	\$ 50.00	\$ 50.00
1.3	Demolición de divisiones de tabla yeso	1.00	SG	45.00	\$ 45.00	\$ 45.00
	Demolición de perfil en área de ventanillas y bueltas a					

Perforaciones Vivas

1.2	Desmontaje de cortina Metalica en area de ventanillas	2.00	c/u	20.00	\$ 40.00	\$ 40.00
1.3	Demolición de divisiones de tabla yeso	1.00	SG	40.00	\$ 40.00	\$ 40.00
	Demolición de perfil en área de ventanillas y bueltas a					

Formato MJSP

1.2	Desmontaje de cortina Metálica en área de ventanillas	2.00	c/u	\$ -	
1.3	Demolición de divisiones de tabla yeso	1.00	SG	\$ -	

Fuente: Elaboración propia con base en la documentación agregada al expediente a folio 233 de la pieza pública 4, y 19 de la pieza pública 5.

229. De todo lo anterior, se comprueba que la oferta económica de Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán fueron diseñadas con el mismo documento base y, tal como se expuso supra, los precios de esas ofertas fueron fijados por la señora Ventura de Hernández y su esposo el señor Hernández Gaitán.

5. Hechos acreditados en relación con la presentación de las ofertas

230. En la etapa de presentación de las ofertas se constataron irregularidades que deben incorporarse en el análisis, y que para efectos del orden expuesto en un inicio de este apartado se han ubicado en la fase *durante*, es decir, al momento en que las sociedades investigadas presentaron sus ofertas.
231. Consta en el expediente⁹⁵ que el representante legal de Perforaciones Vivas autorizó a la señora Claudia Lisseth Hernández para que acudiera, en nombre y representación de esa sociedad, a la presentación y apertura de ofertas de la licitación pública en referencia.
232. Además, se corroboró mediante copia del documento único de identidad⁹⁶ que el representante legal de Constructora Gaitán, es decir, el señor Hernández Gaitán, es el padre de Claudia Lisseth Hernández García.
233. Ante tal situación, en los interrogatorios efectuados en esta investigación, se preguntó al señor Hernández Gaitán si conocía a la señorita Hernández García, y respondió que *“sí, era una empleada que yo tenía en mi empresa y aparte que es mi hija también”*. Además, se le preguntó por qué su hija había presentado la oferta de Perforaciones Vivas, y este respondió lo siguiente: *“parece que ellos no tenían a quién mandar, vine yo y les dije, vaya mirá, Claudia va para San Salvador y te la puede llevar”*.
234. Con lo anterior, se comprueba que la persona que presentó la oferta en nombre y representación de Perforaciones Vivas fue la hija del representante legal de Constructora Gaitán, tal como consta en el cuadro de control de entrega de ofertas⁹⁷, en el acta de apertura de ofertas del MJSP⁹⁸ y en la hoja de entrega de

⁹⁵ Incorporado a 251 de la pieza pública 3 del expediente.

⁹⁶ Incorporado a folio 35 de la pieza pública 1 del expediente.

⁹⁷ Incorporado a folio 249 de la pieza pública 3 del expediente.

⁹⁸ Incorporada a folio 254 de la pieza pública 3 del expediente.



esa acta⁹⁹, en donde la señora Hernández García firmó y colocó el sello de Perforaciones Vivas.

6. Hechos acreditados en la etapa posterior a la adjudicación de la licitación

- ²³⁵. En este apartado se presentan todos aquellos elementos circunscritos en la fase *ex-post* a la presentación de las ofertas que acreditan que se materializó una subcontratación entre las sociedades investigadas luego de la adjudicación de la licitación, específicamente, para ejecutar el proyecto que fue adjudicado a Perforaciones Vivas. Ello, tal como fue acordado previamente por las investigadas, en los términos acreditados en el considerando 2.b de este capítulo.
- ²³⁶. En la información incorporada en el expediente, consta que el desarrollo y supervisión del proyecto La Hachadura estuvo a cargo de Constructora Gaitán, así como la recepción y cobro de la obra, aunque dicho proyecto había sido adjudicado a su competidor Perforaciones Vivas.

a) Desarrollo y supervisión de las obras

- ²³⁷. Consta que la orden de inicio para el proyecto La Hachadura, extendida por el administrador del contrato el 17 de julio 2015, fue emitida para “los señores de Perforaciones Vivas”; sin embargo, iba dirigida “con atención al señor Hernández Gaitán”, como representante legal¹⁰⁰.
- ²³⁸. Consta en las bitácoras de campo 1 y 2¹⁰¹, elaboradas por el administrador del contrato¹⁰² del proyecto de La Hachadura, que la persona que firmó y selló como

⁹⁹ Incorporada a folio 255 de la pieza pública 3 del expediente.

¹⁰⁰ Orden de inicio contenida a folios 267 de la pieza pública 6 del expediente.

¹⁰¹ Bitácoras contenidas a folios 298-299 de la pieza pública 5 del expediente.

¹⁰² El artículo 82 Bis de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública explica que la figura de los administradores de contrato tiene, entre otras, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de las cláusulas contractuales; elaborar oportunamente los informes de avance de la ejecución de los contratos e informar de ello a la UACI, como a la Unidad responsable de efectuar los pagos o, en su defecto, reportar los


contratista del proyecto fue la "Arq. Leydi Ventura", aun cuando las bases de licitación especificaban que el sistema de bitácoras debía ser utilizado únicamente por los representantes autorizados del contratante, el administrador del contrato y el contratista¹⁰³. Además, se observa que el nombre de la señora Ventura de Hernández figura como residente y el de su cuñado como maestro de obra. Los anteriores detalles se presentan en la siguiente imagen:


incumplimientos; conformar y mantener actualizado el expediente del seguimiento de la ejecución del contrato; etc.

¹⁰³ Folio 161 de la pieza pública 3 del procedimiento.

Imagen 9

Bitácora de campo N° 001 del proyecto de la Frontera La Hachadura

 MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y
EXTRANJERÍA

 EL SALVADOR

BITÁCORA DE CAMPO N° 001

Proyecto: "MEJORAS EN LAS INSTALACIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA EN LA FRONTERA LA HACHADURA, DEPARTAMENTO DE AHUACHAPÁN".
CÓDIGO CONTABLE N° 6211. N° MJSP-DGME-014/2015

Ubicación: FRONTERA LA HACHADURA, DEPARTAMENTO DE AHUACHAPÁN Fecha: Lunes 10 Agosto/15

Propietario: MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA.

Supervisor/Administrador de Contrato: Arq. Stanley Antonio Ramos Cisneros

Contratista: PERFORACIONES VIVAS, S.A. DE C.V.

De: Miguel Ángel Arce

Este día nos reunimos con el proyectista las partes relacionadas al contrato 61 contratista en Perforaciones Vivas S.A. de C.V.

Representante legal: Arq. Luis Eduardo Villatoro Vásquez
Residencia: Arq. Leydi Jasmín Ventura. Teléfono: 7448-3321
Hecho y obra: Si, obra. Número de 7448-3321

Arq. Oscar Caraballero. Jefe Unidad Proyectos

Arq. Stanley Ramos. Administrador de Contrato


Coordinador de frontera: Carlos Munguía

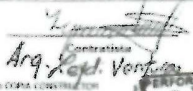
Encargado Grupo 2: Nestor Rivera


Encargado Grupo 1: Omar Mooney

Se da inicio este día al proyecto de Mejoras en la Hachadura Código 6211 con contrato MJSP-DGME-014/2015.

Inicio Lunes 10 de Agosto, con plazo de 60 días hábiles por lo cual finaliza el 03 Noviembre de 2015.

Supervisor/Administrador de Contrato: 

Contratista: 
Arq. Leydi Ventura



Fuente: Elaboración propia con base en el folio 298 de la pieza pública 5 del expediente.

239. Ahora bien, en el contrato firmado por el titular del MJSP y el representante legal de Perforaciones Vivas consta que el contratista para ejecutar la obra en la Frontera La Hachadura fue el señor Villatoro Vásquez¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Contenido a folios 255-261 de la pieza pública 5 del expediente.

240. Por otra parte, constan copias de correos electrónicos¹⁰⁵ que evidencian que la comunicación con el administrador de contrato se hizo con Constructora Gaitán, con quien se abordaron los temas relacionados con las obras de la frontera La Hachadura, adjudicada a Perforaciones Vivas.
241. Además, en el cuadro resumen de los correos cruzados entre la DGME y el contratista de la Frontera La Hachadura¹⁰⁶, se constata que el contratista que figuró a cargo de dicho proyecto fue Constructora Gaitán, tal como se muestra en la siguiente imagen:

Imagen 10

Historial de correos cruzados entre la DGME y el contratista del proyecto de la Frontera La Hachadura

ALGUNOS CORREOS CRUZADOS ENTRE LA DGME Y CONTRATISTA- FRONTERA LA HACHADURA. Licit. 6211

Nº	Fecha	De:	Tema abordado en el correo sobre licitación 6211: La Hachadura
1	17/07/2015	Ing. Juan José	Remitiendo Orden de Inicio de licitación para La Hachadura
2	10/08/2015	Arq. Stanley R	Reenviando solicitud entrega de fianza de cumplimiento de contrato.
3	29/08/2015	Construc. Gaitán	Consulta donde comprar las lámparas indicadas en los planos, porque no las encuentra.
4	02/09/2015	Construc. Gaitán	Envía la estimación 1 de La Hachadura para revisión
5	17/09/2015	Construc. Gaitán	Sugerencias para que incorpore a la nueva bitácora de proyecto.
6	21/09/2015	Arq. Stanley R	Sobre falta del condensador y aclaración.
7	06/10/2015	Construc. Gaitán	La empresa envía memoria de cálculo de la estimación 2 de la Hachadura para revisión
8	27/10/2015	Construc. Gaitán	La empresa solicita los planos eléctricos de La Hachadura en digital AutoCad.
9	27/10/2015	Construc. Gaitán	Informando que todo está bien conectado según planos.
10	03/07/2016	Construc. Gaitán	Informando que las reparaciones solicitadas están completadas.

Fuente: Con base en el folio 265 de la pieza pública 6 del expediente.

242. Al respecto, durante los interrogatorios se cuestionó a la señora Ventura de Hernández sobre el correo electrónico contenido en el expediente de la licitación en referencia, y ella explicó lo siguiente: *“Constructora Gaitán estaba ejecutando el proyecto, entonces, este, era directamente a nosotros, que nosotros le decíamos que lo re direccionaran a Vivas, pero ellos en su momento hasta como los nombres*

¹⁰⁵ Agregadas a folios 270-279 y 349 de la pieza pública 5 y 249 de la pieza pública 6 del expediente.

¹⁰⁶ Contenido a folio 265 de la pieza pública 6 del expediente.

tienen Edgardo los dos hasta confundían los nombres y se los ponían del uno al otro, del otro al otro, les decíamos nosotros, siempre, había confusión entre ellos verdad de parte del ministerio”.

243. En relación con las estimaciones realizadas por el contratista para efectuar el cobro al MJSP, se evidencia que, en la factura emitida por Perforaciones Vivas, fue el señor Jorge E. Hernández el encargado de firmar y sellar en nombre de dicha empresa¹⁰⁷, tal como se observa en la siguiente imagen:

Imagen 11

Factura de cobro emitida por Perforaciones Vivas para el MJSP en concepto de obras efectuadas en la Frontera La Hachadura

PERFORACIONES VIVAS, S.A. DE C.V.
 Urbanización Portales de Barcelona, Calle España, Polígono "D", # E, San Miguel,
 Tel.: 2667 0591 E-mail: perforacionesvivas@nolmail.com
 CAPTACION, DEPURACION Y DISTRIBUCION DE AGUA

FACTURA Nº 0113
 REGISTRO No. 16121-3
 RIT. 1415-20083-001-0
 Autorización de Impuesto No. 643 D-011
 Fecha de Autorización: 11/09/08-01

Cliente: Fondo de Act. Especiales del MJSP - DAME Form. 08/100/2015
 Dirección: Alameda Juan Pablo II, 17^a Avenida Norte, Plan Mahe, Ciudad B3

NIT/DUI:

Cant.	DESCRIPCION	PRECIO UNITARIO	C. No. de	Un. de	VENTAS AFECTAS
	Estimación Número uno de Mesas en las instalaciones de la Dirección General de Migración y Estudiantes en la Frontera La Hachadura, Departamento de Abasco, par. Contrato MJSP - DAME - 014/2015				\$ 15,045.18
SON: Quince mil cuarenta y cinco 15,045.18 dólares					\$ 15,045.18
Emitido Por: Jorge E. Hernández DUI: 010122070001		Recibido Por: Nombre: DUI:		Ventas IVA Pasivo: 0 Ventas IVA Activo: 0 Ventas No Sujetas: 0 Ventas Exentas: 0 Impuesto de Turismo: 0 Venta Total: \$ 15,045.18	

AVISO: Este documento es una copia de la factura original. No debe ser utilizado como comprobante de pago. El pago debe ser efectuado directamente al banco de destino. El pago debe ser efectuado en el momento de la entrega de los bienes o servicios. El pago debe ser efectuado en el momento de la entrega de los bienes o servicios. El pago debe ser efectuado en el momento de la entrega de los bienes o servicios.

PQ/TA/FORMAL: Emitir Blanco / DUPLICADO: Cliente-Coleta

Fuente: Imagen con base en folio 253 de la pieza pública 6 del expediente.

¹⁰⁷ Contendida a folio 253 de la pieza pública 6 del expediente.

b) Entrega de la obra en la Frontera La Hachadura

244. Consta que el acta de recepción provisional de la obra¹⁰⁸ fue suscrita por el administrador de contrato de la DGME, Arq. Stanley Ramos C., y por el señor Jorge Gaitán, por Perforaciones Vivas. Este último en nombre del representante legal de esa sociedad, señor Villatoro Vásquez, tal como se muestra a continuación:

Imagen 12

Actas de recepción provisional de Perforaciones Vivas para el MJSP

ACTA DE RECEPCIÓN PROVISIONAL
Contrato N° MJSP-DGME 014/2015

Reunidos en las instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en la frontera La Hachadura, en el departamento de Amuachapán, a las diez horas del día cuatro de noviembre del año dos mil quince, los señores Stanley Ramos Cisneros, Arquitecto y Administrador de contrato, por Luis Edgardo Villatoro Vásquez, representante legal de la Sociedad Perforaciones Villatoro Vásquez, SA de CV, que se puede abreviar "Perforaciones VIVAS SA de CV" se suscribe el Sr. Jorge Gaitán, con la única finalidad de realizar la recepción provisional del "CONTRATO DE MEJORAS EN LAS INSTALACIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA, EN LA FRONTERA LA HACHADURA, DEPARTAMENTO DE AMUACHAPÁN, CÓDIGO CONTABLE N° 6211". A continuación se detalla las observaciones a ser subsanadas, en los próximos treinta días calendario:

1. La chapa del área lúdica (espacio atrás de las ventanillas al norte -salidas- del recinto) tiene un seguro que no funciona adecuadamente.
2. Hay un goteo en el aire acondicionado instalado sobre las ventanillas al sur del recinto (Entrada a El Salvador).
3. El poliznado a instalar hacia el área de atención al público debe ser de acuerdo a especificaciones, debe corregirse.
4. Está pendiente de entregar las Facturas de los aires acondicionados.
5. Constancia de capacidad de los aires acondicionados instalados.
6. Al exterior del recinto, la pared de ladrillo visto (en el perímetro sur) en la parte baja, debe restaurarse la continuidad de la cinta.
7. Hay un derrame de agua de Tubería de drenaje de aire acondicionado en cocina. Requiere un buen sellado de la tubería.
8. En ventanillas al sur, revisar la nivelación de ellas.
9. El poliznado debe ser tipo espejo, según especificaciones, en ventana hacia área de atención al público.

Todo lo anterior de acuerdo a Contrato N° MJSP-DGME 014/2015. Y de acuerdo a lo estipulado en el ART. 114 del reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, tiene seis días calendario para subsanar observaciones descritas. Y no habiendo más que hacer constar en el acta y sellar la presente acta a entera satisfacción.

Por Luis Edgardo Villatoro Vásquez
Jorge Gaitán
Perforaciones VIVAS S.A de C.V.

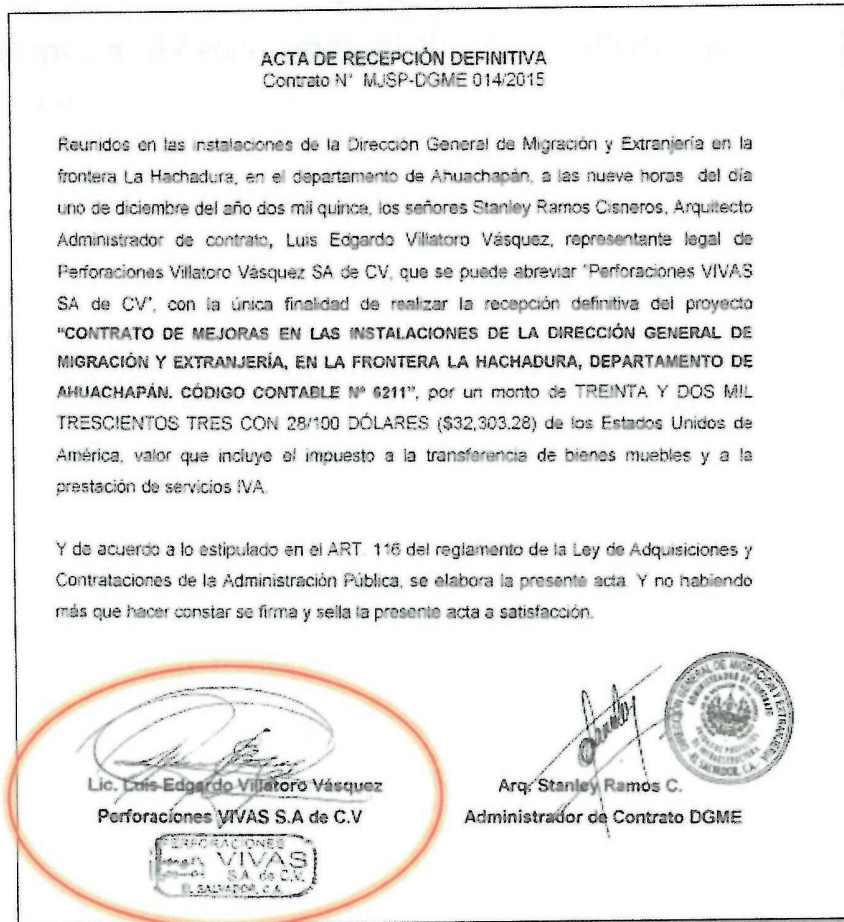
Arq. Stanley Ramos C.
Administrador de Contrato DGME

Fuente: Imagen tomada del folio 352 de la pieza pública 5 del expediente.

¹⁰⁸ Incorporada a folio 352 de la pieza pública 5 del expediente.

245. Sin embargo, en el acta de entrega de la obra definitiva¹⁰⁹ en la frontera La Hachadura, consta que fue el representante legal de Perforaciones Vivas, el señor Villatoro Vásquez, quien entregó formalmente la obra finalizada ante el MJSP, por un monto de US\$ 32, 303.28, tal como se muestra en la siguiente imagen:

Imagen 13
Acta de entrega de las obras de la Frontera La Hachadura
de Perforaciones Vivas para el MJSP



Fuente: Imagen tomada del folio 124 de la pieza pública 6 del expediente.

246. En relación con los anteriores hechos, se cuestionó a la señora Ventura de Hernández que explicara sobre la participación de su empresa en las actividades

¹⁰⁹ Contendida a folio 124 de la pieza pública 6 del expediente.

de ejecución y entrega de las obras. Al respecto, ella afirmó que el señor Villatoro Vásquez les dio en subcontrato debido a que *“a él le interesaba la licitación completa no solo un lote y, además, que el monto no era muy alto, en conjunto sí, pero individualmente no, entonces a él ya no le interesó”*. Agregó que el señor Villatoro Vásquez no llegó a supervisar la obra en La Hachadura porque *“como él nos había dado el subcontrato, mientras no haya ningún problema, él no tenía por qué llegar”*, *“realmente éramos nosotros los que teníamos el subcontrato como Gaitán, pero legalmente era Perforaciones Vivas, entonces nosotros teníamos que hacer todo bien para que no hubiera ningún problema relacionado con la ejecución”*.

247. Por su parte, el señor Hernández Gaitán, en su declaración, indicó que ante el MJSP siempre apareció Perforaciones Vivas como el responsable de la obra, ya que *“no se formalizó con ellos”*, *“fue de su conocimiento pues, de todos los del Ministerio de Justicia, cuando llegaron a la apertura del proyecto, todo en la ejecución yo era el que visitaba la frontera y cualquier problema que había yo lo resolvía y como le digo, gracias a Dios no había problemas tan graves, pero ellos se dieron cuenta de todo eso”*.

248. En suma, de los elementos anteriores se comprueba que Perforaciones Vivas dio en subcontrato el proyecto que le fue adjudicado en la Frontera La Hachadura a la sociedad Constructora Gaitán, para que realizara las obras, tal como lo habían acordado (ver apartado 2.b de este capítulo).

B. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE LA PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA INVESTIGADA

249. Luego de haber expuesto los elementos probatorios incorporados a lo largo de la investigación, es procedente efectuar el análisis de competencia que permita determinar, de manera sustentada y bajo la sana crítica, si existió o no un acuerdo anticompetitivo entre Perforaciones Vivas y Constructora Gaitán, del tipo establecido en el artículo 25 literal c) de la LC; siendo necesario señalar que, en la

mayoría de los casos, la existencia de dichas prácticas se infiere a partir de una serie de elementos que, valorados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a la LC.

250. Al respecto de la conducta investigada en este procedimiento, es importante retomar que el momento en que se desarrolla la competencia entre los oferentes es clave para el análisis y determinación de la existencia de dicha infracción; en ese sentido, los elementos acreditados hasta el momento en que las investigadas presentaron sus ofertas toman relevancia en la comprobación de un concierto de voluntades entre dos competidores para falsear un determinado procedimiento de contratación pública, ya que independientemente de los resultados de la licitación y de los hechos ocurridos posteriormente a la contratación de los servicios adjudicados, la confabulación o el acuerdo entre los oferentes se habría adoptado previo a la presentación de sus ofertas, pues es este el momento en el que los competidores pueden manipular la competencia por el mercado.
251. A continuación, entonces, se procederá a desarrollar el análisis y valoración de los elementos acreditados en el apartado anterior A, bajo el siguiente orden: iniciando con aquellos hechos que se relacionan más que a un momento específico de la licitación, a las mismas investigadas (1); luego, retomando de manera integrada todos los hechos acreditados hasta la presentación de las ofertas (2); finalizando con aquellos ocurridos luego de la adjudicación de la licitación (3).

1. Sobre los vínculos entre las sociedades investigadas que propiciaron la comunicación y coordinación en la licitación

252. Tal como se relacionó en el apartado V de esta resolución, uno de los elementos que facilitan la colusión entre oferentes en licitaciones públicas es la existencia de vínculos comunes (laborales, familiares o de amistad) entre los competidores, que impliquen un riesgo de posibles intercambios de información sensible, y propicien el

surgimiento de comunicaciones previo a la presentación de una oferta, habilitando la coordinación de posturas e intereses comunes en una licitación.

- ^{253.} En el presente caso, ha quedado comprobado que entre los accionistas de Constructora Gaitán y el representante legal de Perforaciones Vivas no solo existen relaciones de amistad por más de 20 años, sino también vínculos de carácter laboral, en razón de que ambas sociedades se dedican al rubro de la construcción, tal como ha quedado evidenciado en las copias de las respectivas escrituras públicas de constitución y en las declaraciones rendidas por cada uno de los representantes legales de las sociedades investigadas, y por la señora Ventura de Hernández, accionista de Constructora Gaitán.
- ^{254.} En atención a estos vínculos, fue que a las investigadas se les hizo factible sostener comunicaciones entre ellas desde el momento en que tuvieron conocimiento de la convocatoria para participar en la licitación en referencia, y fue a partir de esa etapa en la que ambas iniciaron los arreglos y la coordinación para la elaboración y presentación de sus ofertas.
- ^{255.} Los arreglos adoptados fueron los siguientes: i) La señora Ventura de Hernández - accionista de Constructora Gaitán- prepararía la oferta de esa sociedad y toda la documentación relacionada con la oferta que su competidor, Perforaciones Vivas, presentaría en la licitación pública en alusión; ii) en caso de resultar adjudicada, Perforaciones Vivas entregaría en subcontrato la ejecución de las obras a Constructora Gaitán, con quien ya había trabajado en diversos proyectos de construcción; y iii) proceder bajo las condiciones antes descritas en torno a la licitación.
- ^{256.} La materialización de estos arreglos ha quedado acreditada en las visitas de campo a las fronteras El Poy, La Hachadura y San Cristóbal, las cuales fueron realizadas por una sola sociedad, en representación de ambas; es decir, que quien asistió en representación de Perforaciones Vivas fue Constructora Gaitán, por medio de su



representante legal, lo cual se colige de los registros de asistencia agregados al expediente, de las declaraciones rendidas por los representantes legales de ambas sociedades investigadas, y por la declaración de la señora Ventura de Hernández, quien preparó la oferta de Perforaciones Vivas y coordinó las visitas de campo a las tres fronteras.

- ^{257.} Además, consta en la hoja de registro de las Fronteras La Hachadura y San Cristóbal, que la supuesta persona autorizada por Perforaciones Vivas para asistir a las visitas de campo -Mercedes Solís-, puso el mismo número telefónico de Constructora Gaitán; y, para el caso de la visita de campo a la Frontera el Poy, el señor Hernández Gaitán pidió autorización a un técnico delegado del MJSP para representar a su competidor -Perforaciones Vivas-, en razón de que la persona designada por esta última se había extraviado; coincidiendo que, justamente ese día y para esa actividad, el señor Hernández Gaitán portaba el sello de su competidor.
- ^{258.} Estos arreglos, a la luz del Derecho de Competencia, no tienen otra explicación más que la de emular o falsear la competencia, haciendo creer a la administración contratante que se está en presencia de dos oferentes independientes cuando en realidad se trata de uno solo, pues estos han acordado, de forma previa, presentar sus ofertas “individuales” para obtener un provecho común: la adjudicación de los proyectos, para luego repartirse las ganancias del contrato obtenido por una u otra sociedad, lo cual se traduce en una anulación de los incentivos a rivalizar por el mercado (la licitación).
- ^{259.} Ahora bien, el representante legal de Perforaciones Vivas ha declarado que desconocía que Constructora Gaitán participaría en la misma licitación. Al respecto, es importante mencionar que a este Consejo Directivo no le resultó creíble tal afirmación, pues, según lo acreditado en este expediente, el representante legal de Constructora Gaitán y la señora Ventura de Hernández manifestaron que sí se lo hicieron saber oportunamente, reafirmando dicha aseveración en sus respectivos


escritos con fecha 6 de abril de este año, luego de que por resolución del 20 de marzo de este año se les pidiera la documentación necesaria para justificar ese y otros hechos; resolución que también se notificó al señor Villatoro Vásquez, quien no contradijo ninguna de esas afirmaciones.

^{260.} Tampoco es válido el argumento de defensa de Constructora Gaitán, de que no se le puede atribuir la comisión de un acuerdo de fijación de precios porque este tipo de prácticas son las que se realizan repetida o reiteradamente, en donde dos o más competidores se ponen de acuerdo para participar en un sin número de licitaciones públicas, y que, en todas o en la mayoría de ellas, resulta ganador el que realiza la obra; pero que, en su caso, la licitación cuestionada ha sido la única en la que coincidió con Perforaciones Vivas. Y es que es necesario aclararle que *este tipo de conductas pueden abarcar un solo procedimiento de contratación o varios*, según quedó señalado en el acápite relativo al alcance de los acuerdos entre competidores en el marco de las licitaciones públicas.

^{261.} En consecuencia, se reitera a Constructora Gaitán que en este tipo de cárteles no es necesaria la participación reiterada o repetitiva de los participantes en varias licitaciones públicas, basta con que se adopte un acuerdo que tenga por objeto falsear la competencia en una tan sola licitación, y por una única vez, para que la conducta se adecue a la infracción establecida en la LC.

2. Sobre la elaboración y presentación de las ofertas, fijación del precio y coincidencias encontradas

^{262.} Ha quedado acreditado en esta investigación que quien elaboró las ofertas de ambas sociedades investigadas fue la señora Ventura de Hernández; y que el precio de la oferta de Constructora Gaitán lo fijó el señor Hernández Gaitán, mientras que el precio de Perforaciones Vivas lo fijó la señora Ventura de Hernández.



- ^{263.} Lo anterior, se establece por la valoración que este Consejo Directivo ha realizado sobre este punto a las declaraciones vertidas en la fase de instrucción y a la documentación agregada al expediente, pues aun cuando Constructora Gaitán haya intentado argumentar que quien fijó el precio de la oferta de Perforaciones Vivas fue dicha sociedad, y no la señora Ventura de Hernández, resulta indubitable para este Consejo Directivo concluir que fue la señora Ventura de Hernández, como encargada de preparar toda la documentación relativa a la oferta de Perforaciones Vivas, quien definió el precio, y que lo habría fijado bajo el entendido inicial con el representante legal de esa sociedad de que esta empresa daría en subcontrato a Constructora Gaitán los proyectos que le fueran adjudicados.
- ^{264.} En virtud de ese acuerdo establecido entre ambas sociedades es que la señora Ventura de Hernández fijó el precio de la oferta con el aval del señor Villatoro Vásquez; además, colocó prácticamente al mismo personal en los organigramas de ejecución, dado que, desde un inicio, las investigadas creyeron que serían adjudicadas de forma total y no parcial como finalmente ocurrió. Lo anterior se corrobora, por una parte, con el alegato de defensa de Constructora Gaitán, quien expuso que la coincidencia en los organigramas se debe a que “no todos van a ganar la licitación sino una de ellas”, y “solo los contratan cuando una de las Sociedades se le adjudica una licitación, única y exclusivamente para una obra determinada, es decir, no son empleados permanentes de ninguna Sociedad, sino que trabajan una [sic] empresa o Sociedad únicamente para la ejecución de una obra”; y, por otra, con lo expuesto por Perforaciones Vivas quien, para el caso del nombramiento del personal similar, alegó que “fueron escogidas las personas idóneas para realizar el proyecto, sin buscar únicamente ganar, sino cumplir de la manera más excepcional lo propuesto en la oferta, en razón de [su prestigio empresarial]”.
- ^{265.} Asimismo, como resultado de ese acuerdo establecido entre las investigadas, es que la señora Ventura de Hernández utilizó el mismo formato para elaborar la oferta de su propia empresa y la de su competidor –Perforaciones Vivas–. En efecto, se

constató que las ofertas presentadas poseen múltiples errores idénticos -lo que no hubiese sucedido si las ofertas fueran independientes-; que los representantes legales de esas sociedades acudieron ante la misma notaria a rendir sus declaraciones juradas, el mismo día y a la misma hora; misma notario que, además, certificó copias de documentos de ambas sociedades. De igual manera, ha quedado acreditado que quien compareció ante el MJSP a presentar la oferta de Perforaciones Vivas fue la hija del señor Hernández Gaitán, representante legal Constructora Gaitán.

3. Sobre la adjudicación y subcontratación

- ^{266.} Finalmente, ha quedado acreditado en este expediente que quien llevó a cabo la ejecución del proyecto adjudicado a Perforaciones Vivas fue Constructora Gaitán, lo cual se constata de las bitácoras de campo elaboradas por el administrador del contrato del Proyecto La Hachadura; de las copias de los correos electrónicos cruzados entre dicho administrador y Constructora Gaitán; y de la entrega de la factura emitida por Perforaciones Vivas por parte del señor Hernández Gaitán, quien a su vez firmó el acta de recepción provisional del proyecto referido.
- ^{267.} En definitiva, la ejecución del proyecto La Hachadura por parte de Constructora Gaitán constituye la materialización de ese acuerdo adoptado desde un inicio entre las investigadas; que por la forma en que se llevó a cabo la adjudicación, Perforaciones Vivas solo pudo dar en subcontrato dicho proyecto y no los tres, como inicialmente habían acordado.
- ^{268.} En ese sentido, aun cuando Perforaciones Vivas haya argüido como alegato de defensa que los elementos constitutivos de un acuerdo entre competidores son “la existencia de un acuerdo entre competidores y que este sea anticompetitivo”, pero que, en el presente caso, únicamente se cuenta con similitud de formatos, personal repetido en las ofertas, mismo notario, coincidencias en la redacción de las ofertas, supervisor conjunto en los proyectos y misma persona que entrega la obra, es

necesario aclarar que ninguna de las explicaciones brindadas por las investigadas, ya sea en sus declaraciones o en los alegatos de defensa, hace comprensible el arreglo entre estas para ganar los proyectos licitados, esto es, que Perforaciones Vivas diera en subcontrato los proyectos en caso de ser la favorecida o que Constructora Gaitán compensara en cierto modo a aquella sociedad si resultaba adjudicada.

269. Tampoco es razonable el argumento de Perforaciones Vivas de que el precio de la licitación lo fijó el MJSP y que con la adjudicación parcial del proyecto La Hachadura existió un beneficio al consumidor, porque ese proyecto respondía a la oferta más baja que la del resto de competidores, pues en toda licitación pública la entidad contratante cuenta con determinado techo presupuestario que sirve de criterio de evaluación de las ofertas presentadas y porque, tal como se indicó en el apartado sobre el análisis de los acuerdos entre competidores bajo la regla *per se*, los acuerdos entre competidores son prohibidos “de manera absoluta”, es decir, que no admiten justificación ni razón alguna para no ser sancionados, una vez hayan sido comprobados; de tal modo que *bajo el enfoque per se no se requiere la demostración del daño a la competencia, ni tampoco se permite a las partes investigadas aducir una justificación de eficiencia*, como lo pretende Perforaciones Vivas al argüir que el proyecto adjudicado tenía el “precio más bajo”.
270. Finalmente, con relación a que Perforaciones Vivas alegó en su escrito de defensa que no es posible que se le atribuya la conducta tipificada en el art. 25 letra c) de la LC, porque “no existe identidad de precios”, ya que el precio ofertado por esta y por Constructora Gaitán fue distinto, y que la licitación en referencia se adjudicó de manera parcial, es necesario aclararle que cuando la disposición legal en comento prohíbe la acción de constituir acuerdos para fijar o limitar precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada; no se refiere, necesariamente, a la *fijación de precios idénticos*, sino al hecho de ponerse de acuerdo con otro competidor para determinar los precios en una oferta y con ello hacer creer a la entidad contratante que existe rivalidad entre ellos, *independientemente de que las*

ofertas hayan variado en los precios. Tampoco importa si el resultado de ese concierto de voluntades resultó exitoso, es decir, es indiferente si la adjudicación ha sido conforme a la voluntad del cartel o no; en este caso, que la adjudicación haya sido total o parcial, ya que, se insiste, basta con ponerse de acuerdo en la fijación de precios para que se incurra en la conducta prohibida por la LC.

VII. CONCLUSIÓN

- ^{271.} Luego de las valoraciones efectuadas, bajo la regla de la sana crítica, acerca de los elementos que conforman el expediente y atendiendo a los criterios orientadores para la determinación de los acuerdos entre competidores establecidos en el art. 12 del RLC, particularmente, los descritos en las letras f) e i), este Consejo Directivo concluye que Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas incurrieron en la infracción tipificada en el art. 25, letra c) de LC, al haber fijado el precio de las ofertas en la licitación pública segunda convocatoria No. LP-05/2015-MJSP-DGME, las cuales fueron preparadas por la misma persona, con la intención de falsear la competencia, y además bajo el acuerdo de que si Perforaciones Vivas resultaba ganadora en esa licitación, daría en subcontrato a Constructora Gaitán los proyectos adjudicados; lo cual finalmente así aconteció, pues ha quedado acreditado en este expediente que dicha sociedad terminó entregando en subcontrato el único ítem que le fue adjudicado -la frontera La Hachadura-, de tal forma que fue Constructora Gaitán quien ejecutó los proyectos otorgados a ambas investigadas, entregó las obras finalizadas y cobró por el pago de los mismos en representación propia y de Perforaciones Vivas.
- ^{272.} En virtud de lo anterior, Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas deben ser acreedoras de la sanción correspondiente, previo análisis de los criterios respectivos del art. 37 de la LC.



VIII. SANCIÓN

- ²⁷³. De conformidad al art. 38, inciso 6°, de la LC, la Superintendencia podrá imponer multas de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria a las personas que cometan las prácticas anticompetitivas descritas en dicho cuerpo normativo.
- ²⁷⁴. La misma disposición legal prescribe que, además de la multa, la Superintendencia, en la resolución final, ordenará la cesación de las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado y establecerá las condiciones u obligaciones necesarias, sean estas estructurales o de comportamiento.
- ²⁷⁵. Del contenido de la anterior disposición, es evidente que la ley de la materia establece un máximo para la imposición multa que corresponde a la práctica anticompetitiva establecida en el art. 25 letra c) de la LC; por consiguiente, es facultad de este Consejo Directivo cuantificarla, a la luz de los parámetros establecidos en esta Ley y su reglamento.

A. ANÁLISIS DE CRITERIOS PARA CUANTIFICAR LA MULTA

- ²⁷⁶. El art. 37 de la LC señala que, para la imposición de sanciones a los agentes económicos infractores, la Superintendencia tendrá en cuenta los siguientes criterios: la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica, la dimensión del mercado y la reincidencia. A continuación, se explicarán brevemente dichos criterios y se desarrollará su aplicación al caso en concreto, los cuales serán retomados para el establecimiento de la multa correspondiente.

1. Dimensión del mercado

- ^{277.} En el presente caso, este criterio alude a los límites del producto o servicio relacionado con el objeto de la investigación (dimensión de producto), así como a los límites desde el punto de vista geográfico (dimensión geográfica).
- ^{278.} Tomando en cuenta los factores expuestos en esta resolución, es dable afirmar que *los acuerdos entre competidores son considerados como prácticas nocivas que anulan la competencia en los mercados en los que se producen*. Así, en este pronunciamiento, el análisis se centrará en las conductas de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, quienes adoptaron un acuerdo anticompetitivo para fijar los precios de las ofertas en la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominado: "Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana", realizada por el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública".
- ^{279.} Y es que, en un mercado en condiciones de competencia, uno de los principales beneficios que gozan los consumidores es la libertad de poder elegir entre varias opciones con diferencias de calidad y precios. En el caso particular de un acuerdo entre competidores en las licitaciones públicas, el sujeto perjudicado es el Estado como recolector y administrador de los impuestos de los administrados, quien al promover un procedimiento de compras públicas a través de las instituciones gubernamentales busca la participación del mayor número de oferentes, asegurando con ello la posibilidad de contar con diferentes opciones. En ese sentido, la entidad convocante puede elegir la oferta que satisfaga mejor sus necesidades en términos de precio y calidad esperados.
- ^{280.} Así, la dimensión del mercado en el marco de una licitación colusoria entre oferentes se proyecta a partir del conjunto de bienes o servicios afectados por la práctica



anticompetitiva comprobada y del espacio geográfico en el que se desplegarían sus efectos. Una forma de estimar la dimensión del producto es a partir del monto de los recursos públicos destinados para la contratación de los bienes o servicios licitados.

- ^{281.} En el presente caso, la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, se circunscribió a la contratación de los servicios de construcción e instalación de estructuras mejoradas en las fronteras El Poy, La Hachadura, y San Cristóbal. En ese sentido, la dimensión de los servicios involucrados en la licitación pública fue de US\$ 92,000.00; presupuesto asignado por el MJSP para la contratación de dichos servicios, respecto de los cuales se materializó la práctica anticompetitiva comprobada.
- ^{282.} En cuanto a la dimensión geográfica, los servicios licitados se circunscribieron a las fronteras El Poy (Departamento de Chalatenango), La Hachadura (Departamento de Ahuachapán) y San Cristóbal (Departamento de Santa Ana). Las obras fueron ejecutadas a favor de la Dirección General de Migración y Extranjería, con el objeto de mejorar las instalaciones en esos 3 puntos fronterizos específicos; en ese sentido, la dimensión del mercado no ha sido a nivel nacional, sino que únicamente se circunscribe a los puntos geográficos en donde se ubican las instalaciones de las fronteras afectadas por la conducta cometida.

2. Daño causado

- ^{283.} El criterio del daño causado se encuentra vinculado con el de la dimensión del mercado antes relacionado, ya que busca establecer una estimación aproximada del grado o nivel de intensidad del perjuicio ocasionado con la práctica anticompetitiva cometida por los infractores, y de los efectos desplegados en el mercado. En ese sentido, el daño ocasionado se encontrará relacionado, en un primer momento, con el mercado en donde se cometió la conducta prohibida, y deberá considerar el deterioro evidenciado en las condiciones de competencia del

mismo; sin embargo, es importante acotar que el daño puede trascender hacia mercados distintos donde ocurrió la infracción.

284. Asimismo, cabe aclarar que para la infracción comprobada en este expediente (acuerdo anticompetitivo), *el criterio del daño causado no se constituye como una condición para comprobar la existencia de la práctica anticompetitiva investigada, sino, únicamente, para sancionarla.* Lo anterior, en virtud de la regla *per se*, ampliamente explicada en el apartado V de esta resolución, que establece que los acuerdos entre competidores *son sancionables independientemente de que sus efectos hayan sido desplegados o no*; basta con su mera comprobación para catalogárseles como perniciosos y como los más dañinos a la economía entre todas las prácticas anticompetitivas prohibidas.

285. En el presente caso, el daño ocasionado por la conducta anticompetitiva cometida por las infractoras se limita a la licitación afectada y recae sobre el Estado, por medio del MJSP, como el sujeto contratante de los servicios requeridos. Para este Consejo Directivo, basta con la comprobación del falseamiento sobre la competencia ejecutado por las infractoras para poder concluir que estas han ocasionado un daño a la eficiencia económica esperada en el procedimiento de licitación -categoría constitucionalmente protegida por el Art. 101 de la misma-, impidiendo que el Estado lograra el precio óptimo para los servicios contratados, pues la manipulación orquestada por los competidores coludidos anuló toda posibilidad de que estos rivalizarán en el concurso, ocasionando, por ende, un perjuicio a la administración pública.

286. En consecuencia, la competencia de la licitación quedó frustrada, pues el simple hecho de acordar los precios y simular que existen 2 competidores cuando en realidad actúan como uno solo, es una situación que independientemente de los resultados de la adjudicación definitivamente afecta la competencia, lo cual no se hubiese dado si la licitación hubiese sido desarrollada bajo condiciones normales.

3. Efectos sobre terceros

- ^{287.} Este criterio busca ponderar la afectación ocasionada por el cometimiento de la práctica anticompetitiva comprobada sobre terceros que han sido afectados real o potencialmente, ya sea por efectos colaterales desplegados en el mercado donde ocurrió la infracción, o en otros mercados relacionados.
- ^{288.} En el presente caso, se señaló que el acuerdo anticompetitivo celebrado por las investigadas fue en perjuicio directo del Estado, al ser una institución gubernamental (en este caso, el MJSP) el administrador de los recursos destinados para la licitación afectada, los cuales constituyen fondos públicos que provienen de los ciudadanos salvadoreños a través de sus impuestos. Por tanto, el daño ocasionado al Estado deriva en una afectación o perjuicio a los contribuyentes que aportan para -entre otros destinos- la erogación de los servicios de mejoras de instalaciones, que son utilizadas por los mismos ciudadanos.

4. Duración de la práctica anticompetitiva

- ^{289.} En cuanto al criterio de la duración de la práctica investigada, es importante considerar que cuando se trata de acuerdos anticompetitivos prohibidos por la letra c) del art. 25 de la LC, la configuración de la práctica anticompetitiva se toma desde que se adopta el concierto de voluntades y hasta que se ejecuta lo acordado, es decir, desde el momento previo a la elaboración de ofertas hasta la presentación de las mismas por parte de los infractores.
- ^{290.} En el presente caso, es difícil determinar la fecha exacta en la que las investigadas habrían adoptado el acuerdo de fijación de precios, sin embargo, a fin de determinar la duración, deberá tomarse como referente la última fecha en la que estas descargaron las bases de licitación -fase previa a la elaboración de las ofertas-, que fue el 14 de abril de 2015, hasta la fecha de presentación de las ofertas, que fue el 6 de mayo de 2015.

²⁹¹. En ese sentido, la conducta tuvo una duración aproximada **de un mes**, es decir, desde el 14 de abril de 2015 al 6 de mayo del mismo año.

5. Reincidencia

²⁹². En este caso, la **reincidencia** no es un aspecto aplicable, dado que es la primera ocasión en que se estaría sancionando a las dos sociedades investigadas por este tipo de infracción.

6. Gravedad de la infracción

²⁹³. Finalmente, el criterio de la gravedad de la infracción se encuentra necesariamente referido a una consideración que pondere al supuesto de mayor o menor gravedad correspondiente a la infracción cometida. Para ello, se considerará la suma del análisis de todos los criterios establecidos por la LC, desarrollados en los números precedentes, para la imposición de las sanciones respectivas.

²⁹⁴. La conducta anticompetitiva de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas fue materializada en un mercado donde se debían realizar mejoras en las instalaciones de una de las dependencias del MJSP, la DGME, particularmente, en las fronteras El Poy, departamento de Chalatenango, San Cristóbal, departamento de Santa Ana, y La Hachadura, departamento de Ahuachapán; y, en atención a ello, **los fondos con los que se financiaba tales proyectos de mejoras eran de naturaleza pública**.

²⁹⁵. Como se explicó en el apartado V de esta resolución, la doctrina nacional e internacional catalogan los carteles como infracciones graves, y la práctica anticompetitiva comprobada es, en efecto, una infracción de esa naturaleza.



^{296.} En ese sentido, al hacer una valoración conjunta de los criterios expuestos en este considerando, en los cuales se concluyó que la dimensión del mercado afectado se limita a los servicios licitados para las mejoras en las instalaciones de la DGME en las 3 fronteras particularmente citadas; que ha ocurrido un daño sobre la competencia por este mercado, en perjuicio del Estado; que la duración de la conducta comprobada fue de aproximadamente un mes; y que se ha ocasionado una afectación sobre terceros, específicamente, sobre los contribuyentes, se concluye que la conducta ilegal de Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas *no reviste de particular gravedad, por lo que deberá sancionarse conforme a lo dispuesto en el art. 38, inciso primero, de la LC, que establece un rango de salarios mínimos mensuales urbanos en la industria como multa a imponerse.*

B. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

^{297.} De acuerdo a lo establecido en el art. 38, inciso primero, de la LC, las infracciones a la presente ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo 37 de dicha ley, y tendrá un **máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.**

^{298.} En ese sentido, y tomando en consideración reciente jurisprudencia¹¹⁰ de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la que dilucidó la normativa aplicable para cuantificar la multa, según el tiempo de la comisión del hecho o hechos calificados como infracciones administrativas, es importante aclarar que este Consejo Directivo estima que la cuantificación que debe tomar como base es la normativa que regulaba los salarios mínimos para el año 2015, por ser ese el año en el que se cometió el acuerdo entre competidores en la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominado: “Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras:

¹¹⁰ Sentencia dictada en el proceso Ref. 152-2009, de fecha 31 de enero de 2017, por la que la Sala de lo Contencioso Administrativo teorizó sobre los parámetros para la imposición de multas que se basen en salarios mínimos.

El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana”.

- ²⁹⁹. De igual forma, el rango de salarios mínimos mensuales del sector industria *que deberá tomarse en consideración es aquel que se adecue a la capacidad económica de las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas, así como a las valoraciones acerca de la gravedad de la conducta planteadas en esta resolución.*
- ³⁰⁰. Ahora bien, es preciso procurar que la sanción económica no tenga una magnitud que implique la afectación desproporcional de los sujetos sancionados (relación razonable o proporcionada de la medida), siendo así necesario que sea considerada la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo ilícito.
- ³⁰¹. En línea con lo anterior, conviene guardar el equilibrio entre la finalidad disuasoria de la sanción pecuniaria y el principio de proporcionalidad de dichas medidas, para lo cual conviene retomar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en cuanto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la multa.
- ³⁰². La jurisprudencia constitucional sostiene que la razonabilidad consiste en examinar si una medida restrictiva de derechos está suficientemente justificada a partir de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad con relación a la finalidad que persigue. Para el caso concreto, la finalidad de las multas en materia sancionadora del Derecho de Competencia consiste en obtener un efecto disuasivo de los agentes económicos, a fin de que no incurran en las prácticas anticompetitivas prohibidas en la LC.
- ³⁰³. La Sala de lo Constitucional señala¹¹¹, como elementos del principio de proporcionalidad, los siguientes: a) La idoneidad de los medios empleados, en el

¹¹¹ La Sala de lo Constitucional ha desarrollado el contenido del principio de proporcionalidad, el cual puede consultarse, por ejemplo, en las sentencias de los Amparos 449-2008, 455-2007 y 1005-2008, emitidas con fechas 9-XII-2008, 22-IX-2010 y 2-II-2011, respectivamente; y en la sentencia de inconstitucionalidad 18-2008, de fecha 29-IV-2013.



sentido que sean útiles para el fin que se pretende alcanzar; b) La necesidad de tales medios, en la medida que no existan otras alternativas más moderadas que sean susceptibles de alcanzar el fin; y c) La ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger, esto es que no se causen más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego.

- ^{304.} Lo concerniente al tercero de esos elementos, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, supone que el monto de la multa no exceda el límite razonable que viene dado, en este caso, por la gravedad de la infracción y por la capacidad económica de los agentes participantes en la práctica anticompetitiva a sancionar, de manera que la medida no sea de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados, ocasionando con esto un perjuicio al objeto que precisamente protege la LC.
- ^{305.} Un elemento objetivo que permite identificar esa capacidad de pago se ve reflejada en los estados financieros correspondientes al ejercicio fiscal del año anterior al que se impone la multa o el último estado financiero que se haya presentado en el Registro de Comercio, pues en ellos se evidenciaría la capacidad que tendrían los infractores para cumplir con la multa aplicada. En ese sentido, *dichos estados, o los que se encuentren disponibles públicamente a la fecha más cercana de referencia, servirían de parámetro para el cálculo de las multas respectivas.*
- ^{306.} Así, habiéndose comprobado el cometimiento de la práctica anticompetitiva establecida en el art. 25, letra c), de la LC, y de conformidad al inciso primero del art. 38 de dicha ley, se procede a continuación a detallar la multa correspondiente.
- ^{307.} Luego de haber valorado los criterios de la dimensión del mercado, el daño causado, la afectación sobre terceros, la duración y la gravedad de la práctica comprobada; y de haber revisado los respectivos estados financieros presentados en el Registro de Comercio para cerciorarse de la capacidad económica de las infractoras, este

Consejo es del criterio que la multa a imponer a las sociedades Constructora Gaitán y Perforaciones Vivas debe fijarse en el sentido siguiente:

308. A Constructora Gaitán una multa de VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA¹¹², que equivalen a CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,932.00).
309. A Perforaciones Vivas una multa de VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA¹¹³, que equivalen a CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,932.00).
310. Por otra parte, y a fin de cumplir con lo establecido en el art. 158 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, deberá remitirse certificación de la presente resolución al DACI del MJSP.

IX. RECOMENDACIONES

311. Con el fin de minimizar el riesgo de posibles colusiones entre oferentes en futuros procedimientos de contrataciones públicas que efectúe el MJSP, y con base en las facultades establecidas en el art. 14, letra m) de la LC, este Consejo Directivo considera pertinente emitir algunas recomendaciones relacionadas con la licitación segunda convocatoria No. LP-05/2015-MJSP-DGME.

¹¹² Según Decreto Ejecutivo No. 104, del 1 de julio de 2013, publicado en el Diario Oficial Número 119, Tomo número 400, del 1 de julio de 2013. Para el cálculo del salario mínimo mensual vigente al 2015, se consultó el sitio web del Ministerio de Trabajo y Previsión Social:
<http://www.mtps.gob.sv/wpcontent/uploads/descargas/InformacionInstitucional/SalarioMinimo/SalarioMinimoVigente2015.pdf>

¹¹³ Según Decreto Ejecutivo No. 104, del 1 de julio de 2013, publicado en el Diario Oficial Número 119, Tomo número 400, del 1 de julio de 2013. Para el cálculo del salario mínimo mensual vigente al 2015, se consultó el sitio web del Ministerio de Trabajo y Previsión Social:
<http://www.mtps.gob.sv/wpcontent/uploads/descargas/InformacionInstitucional/SalarioMinimo/SalarioMinimoVigente2015.pdf>



- ³¹². En el presente caso, es importante agregar que los hechos sancionados se relacionan, en alguna medida, con una serie de aspectos que atañen al diseño y desarrollo del procedimiento afectado, los cuales podrían evitarse en los próximos procedimientos a efectos de prevenir irregularidades y no propiciar la ocurrencia de acuerdos anticompetitivos como el sancionado.
- ³¹³. Entre los elementos identificados que contribuyeron a su cometimiento figuran los siguientes: la revelación del techo presupuestario de la licitación pública referencia N°. LP-14/2014-MJSP declarada desierta; la dinámica de los infractores en las visitas de campo efectuadas; los contactos entre estos previo a la presentación de ofertas; la subcontratación de las obras adjudicadas entre los infractores, etc.
- ³¹⁴. Por ende, a juicio de este Consejo, es necesario plantear las siguientes recomendaciones al MJSP:

A. SOBRE LA REVELACIÓN DE LA ESTIMACIÓN PRESUPUESTARIA DE LOS PROYECTOS LICITADOS

- ³¹⁵. Con la finalidad de hacer un uso óptimo de los recursos del Estado, es de vital importancia que las instituciones contratantes garanticen el resguardo de cierta información que no debería ser compartida con personal ajeno a la Administración, especialmente, con los futuros participantes.
- ³¹⁶. Al respecto, se puede mencionar la asignación presupuestaria que la institución tuvo para llevar a cabo la licitación, ya que este Consejo constató que, a través de la resolución Ministerial de fecha 18 de diciembre de 2014¹¹⁴, mediante la cual se declaró desierta la primera convocatoria de la licitación pública, N°. LP-14/2014-MJSP, se reveló la cantidad de recursos económicos que el MJSP tenía destinado para el proyecto (US\$ 92,000.00), cuando fue notificada a todas las sociedades participantes en ese proceso, entre ellos Constructora Gaitán.

¹¹⁴ Agregada a folios 5 al 9 de la pieza pública 3 del expediente.

- ³¹⁷. Y es que, se comprobó que ese mismo monto presupuestario fue el que se designó para la segunda convocatoria de la licitación, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, en la cual participaron dos de los oferentes de la primera convocatoria; en consecuencia, estos fueron conocedores del monto máximo que la institución estaba en posibilidades de pagar al oferente que resultara ganador en ese procedimiento, en concepto de los servicios requeridos.
- ³¹⁸. En el caso en concreto, la reserva de la información relacionada con la disponibilidad financiera institucional para ejecutar un proyecto determinado fomentaría la competencia por el mercado, al crear incertidumbre respecto del límite a contratar, generando los incentivos para que los eventuales participantes busquen ofrecer el mejor precio posible; mientras que la revelación del mismo produciría dos efectos nocivos para el Estado: primero, contrataría a un precio superior al que podría haberse obtenido, pues los oferentes adaptarían sus ofertas al valor referencial revelado, perdiendo la posibilidad de generar ahorros; y, segundo, facilitaría la colusión entre los oferentes, ya que estos advertirían un monto de referencia a partir del cual podrían fijar el precio de sus ofertas.
- ³¹⁹. Por lo anterior, se considera necesario *recomendar que se mantenga reservada o confidencial toda aquella información que pueda generar una ventaja indebida a los participantes de los procedimientos de contratación y que, además, pueda generar predictibilidad en los participantes respecto de las variables de competencia.*
- ³²⁰. Y es que, si bien deben informarse los resultados de los procedimientos de las licitaciones públicas, *el MJSP debe evaluar si en determinados casos resulta conveniente proteger dicha información y no revelarla, a efecto de evitar ventajas indebidas a los participantes, e incentivar a la presentación de ofertas competitivas; o si le resulta más práctico suprimir los valores confidenciales contenidos en los documentos que deben ser dados a conocer, todo ello, sin perjuicio del deber de*



salvaguardar los principios de publicidad y transparencia que rigen en las adquisiciones y contrataciones públicas.

B. SOBRE LAS VISITAS DE CAMPO PARA LOS POTENCIALES OFERENTES Y LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS DIRIGIDAS A ESTOS, PREVIO A LA PREPARACIÓN DE OFERTAS

- ³²¹. En la fase previa a la preparación de las ofertas en el procedimiento de licitación No. LP-05/2015-MJSP-DGME, este Consejo Directivo constató que se realizaron actos que demandaron la presencia física de los oferentes de manera conjunta, entre estos, las visitas de campo que tenían como finalidad la evaluación y constatación del estado del proyecto licitado, las condiciones generales, la ubicación, y evacuar cualquier duda. Con posterioridad a las visitas de campo, y antes de la presentación de las ofertas, el MJSP realizó una adenda a las bases de licitación, cuyas modificaciones se notificaron a las empresas participantes a través de correo electrónico de forma conjunta, *en el que consta que se reveló el correo electrónico de todos los interesados*¹¹⁵.
- ³²². Si bien estas actividades de forma conjunta buscan garantizar una mayor transparencia y reducir el riesgo de irregularidades y tiempos, también propician la oportunidad para que los interesados en participar entren en contacto y puedan ponerse de acuerdo en los términos en sus ofertas o se abstengan de participar en la presentación de las ofertas.
- ³²³. Por consiguiente, no es recomendable que dichas visitas se realicen de forma conjunta, es decir, el mismo día y a la misma hora para todos los interesados; por ello, *se sugiere que para las licitaciones en las que sea necesaria una inspección previa a la presentación de ofertas, se establezca un horario fraccionado para que las visitas se den de forma separada. Además, es recomendable que, como*

¹¹⁵ Folio 239 de la pieza pública 3 del expediente.

resultado de las visitas, se elabore un solo documento en el que consten las preguntas de todos los participantes y, posteriormente, se den a conocer las respuestas a todos los interesados a través de correo electrónico.

- ^{324.} *Al respecto de esto último, cabe agregar que en las comunicaciones electrónicas que el MJSP realice con futuros oferentes de un procedimiento, se evite identificarlos a todos, pues ello podría facilitar o promover que las empresas tengan conocimiento de antemano de sus competidores potenciales, entren en contacto entre sí y puedan incurrir en posibles prácticas anticompetitivas. Por ende, se recomienda evitar que en las comunicaciones electrónicas puedan visualizarse los nombres o las direcciones de correo electrónico de todos los destinatarios.*
- ^{325.} *Por último, siempre relacionado con las visitas de campo, en las cláusulas de las bases de la licitación analizada se observó que el representante de la persona natural o jurídica que acudiera a la visita de campo debía presentar una nota de autorización por parte de la sociedad o persona natural que lo facultara para dicha visita, y debía portar sello de la empresa participante para poder registrarse en el cuadro de control de asistencia en representación de su empresa o persona natural; sin embargo, este Consejo comprobó que a dicha visita asistieron personas, algunas sin sello, en representación de sociedades que no poseían las notas de autorización establecidas. Lo anterior, según consta en el expediente de la licitación del caso.*
- ^{326.} *Por ello, se recomienda que tales notas de autorización no solamente se realicen por escrito, sino que las firmas de quienes autorizan la asistencia de un representante sean autenticadas ante Notario y se incorporen al expediente respectivo, a fin de evitar que los interesados o potenciales oferentes deleguen actividades de la licitación a sus competidores, tal como sucedió en este caso.*



C. SOBRE LA UTILIZACIÓN DE PERSONAL IDÉNTICO ENTRE OFERENTES COMPETIDORES

- ³²⁷. Debido a que se encontró en las ofertas presentadas por las infractoras personal idéntico en los organigramas de ejecución de las obras -mismos gerente de proyectos, maestro de obra y electricistas-, *se recomienda al MJSP que en las bases de licitación de sus procedimientos incorpore una cláusula de descalificación de participantes, cuando en sus ofertas presentadas se advierta personal similar o idéntico al de sus competidores, excepto para aquellos casos en los que, en atención a la especialidad de la materia, resulte extremadamente difícil encontrar a varios profesionales que desarrollen la actividad requerida.* Lo anterior, a efecto de reducir, en la mayor medida posible, cualquier irregularidad o sospecha que dos competidores en un mismo procedimiento de contratación puedan falsear la competencia o anular la rivalidad esperada y, con ello, disuadir la ocurrencia de acuerdos colusorios.

D. SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN ENTRE OFERENTES PARA LA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS ADJUDICADOS

- ³²⁸. Las bases de la licitación en referencia permitían a los contratistas realizar subcontratos, sin que por tal hecho se librara de las responsabilidades contractuales adquiridas; no obstante, únicamente podían subcontratarse las actividades accesorias o complementarias de la construcción, previa autorización por escrito del contratante¹¹⁶.
- ³²⁹. Al respecto, en la investigación se comprobó que Perforaciones Vivas acordó, previo a la elaboración de las ofertas, subcontratar a su competidor, Constructora Gaitán, para que ejecutara los proyectos que le fueran adjudicados. Si bien no consta en el expediente de la licitación que el MJSP haya autorizado dicha subcontratación, sí

¹¹⁶ Folio 169 vuelto de la pieza pública 3 del procedimiento.

se comprobó la concreción de ese arreglo en la fase de ejecución del contrato adjudicado en la Frontera La Hachadura.

330. En vista de lo anterior, *se recomienda al MJSP que en futuras bases de licitaciones se requiera previamente a los oferentes que especifiquen si tienen contemplado realizar subcontrataciones; de ser el caso, requerir que los proponentes identifiquen y detallen en sus ofertas a las empresas que subcontratarán*¹¹⁷, para identificar, así, si el ganador pretende emplear a alguno de los competidores de esa misma licitación, ya que ello podría responder a un acuerdo previo por medio del cual el ganador proyecta incrementar los precios y luego compartir sus ganancias mediante la figura del subcontrato, lo cual se traduce en una anulación de la rivalidad esperada entre los competidores y en un incentivo para obtener *utilidades a niveles supra-competitivos*.
331. *Otra alternativa sería incorporar en las bases que los oferentes que manifiesten subcontratar a un tercero, para los bienes o servicios adjudicados, no podrán incluir a sociedades que hayan participado en ese mismo procedimiento de licitación.*
332. Por otra parte, se reitera la recomendación de dar cumplimiento a las cláusulas establecidas en las bases de licitación, ya que, en este caso, se comprobó que Perforaciones Vivas subcontrató a Constructora Gaitán para ejecutar el proyecto de la frontera La Hachadura; dicha subcontratación no se hizo para actividades accesorias o complementarias a la construcción, que sí estaban permitidas previa autorización del Ministerio, sino que fue para la ejecución total del proyecto adjudicado. De tal forma que la subcontratación se constituyó en una cesión de las obligaciones derivadas del contrato adjudicado en beneficio de un tercero, quien

¹¹⁷ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomienda sobre este particular requerir "que los licitadores revelen con anticipación si tienen contemplado realizar subcontrataciones, lo que podría ser una manera de repartir las utilidades entre las partes coludidas". Además, señala que "Las autoridades de contratación pública también tienen que estar conscientes de cuestiones de posible colusión cuando permiten la subcontratación. Aunque es legítima en la mayoría de los casos, la subcontratación puede, no obstante, ser parte de un acuerdo colusorio en el que el ganador de una licitación subcontrata parte del contrato a uno o más de los oferentes que no ganaron con el fin de remunerarlos por su participación en un plan colusorio (compartiendo las ganancias excedentes generadas por actividades de cártel mediante la compensación a los no ganadores)".



también resultó adjudicado en esa misma licitación para los restantes proyectos; lo cual, de acuerdo a las bases de la licitación, habría sido causal de terminación del contrato, y debió hacerse efectiva la fianza de fiel cumplimiento.

333. En ese sentido, y tomando en consideración lo establecido en el art. 19 de la LACAP, este Consejo Directivo insta a las autoridades del MJSP a que valore el inicio de un procedimiento de investigación, a efecto de dilucidar si los funcionarios o delegados de esa institución, en el marco del desarrollo de la licitación en referencia, habrían incumplido con las obligaciones establecidas en las bases de licitación, específicamente, en cuanto a haber verificado que las personas que asistieron a las visitas de campo en representación de Perforaciones Vivas presentaron la debida autorización por escrito, y que la subcontratación de Constructora Gaitán -por parte de Perforaciones Vivas- se haya efectuado conforme lo estipulaban dichas bases.

X. LEVANTAMIENTO DE DECLARATORIA DE RESERVA

334. En cumplimiento con la Ley de Acceso a la Información Pública, a partir del diecinueve de abril de dos mil doce, y hasta la fecha en que concluyera, el Superintendente de Competencia declaró como reservado el procedimiento administrativo sancionador, tal como consta en la resolución de inicio de este procedimiento, proveída el 29 de septiembre de 2017.
335. En virtud de lo anterior, este Consejo Directivo determina el levantamiento de la reserva de la información declarada *a partir del momento en que quede firme en sede administrativa la presente resolución.*

POR TANTO, con base en las razones fácticas, técnicas, jurídicas y económicas expuestas en los artículos 1, 2, 4, 14, letras a), d), g) y m), 25 letra c), 37, 38, 45, inciso final y 46 inciso 1° de la Ley de Competencia, y artículos 12, letras f) e i), 72 y 72-A de su reglamento, este Consejo Directivo **RESUELVE:**

- I. *Declarar* que Constructora Gaitán, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse CONSGA, S. A. de C. V. o Constructora Gaitán, S. A. de C. V., y Perforaciones Villatoro Vásquez, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Perforaciones Vivas, S. A. de C. V., han cometido la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 25, letra c), de la Ley de Competencia, al haber adoptado un acuerdo para fijar los precios en el procedimiento de licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME, denominado: "Mejoras en las Instalaciones de la Dirección General de Migración y Extranjería en las Fronteras: El Poy, Departamento de Chalatenango; La Hachadura, Departamento de Ahuachapán y San Cristóbal, Departamento de Santa Ana".

- II. *Imponer* a las investigadas, por la práctica anticompetitiva del art. 25 letra c) de la LC, las siguientes multas:
 - a. A la sociedad Constructora Gaitán, Sociedad Anónima de Capital Variable, VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,932.00).

 - b. A la sociedad Perforaciones Villatoro Vásquez, Sociedad Anónima de Capital Variable, VEINTE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES EN LA INDUSTRIA, que equivalen a CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$4,932.00).

- III. *Recomendar* al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública que en futuros procedimientos de contratación pública tome en consideración lo establecido el romano IX de esta resolución, a fin de combatir la continuidad de las



prácticas anticompetitivas comprobadas y de prevenir futuros acuerdos colusorios entre oferentes, así como recomendar que valore el inicio de un procedimiento de investigación a fin de verificar posibles incumplimientos por parte de funcionarios o delgados de esa institución de las obligaciones contenidas en las bases de la licitación pública segunda convocatoria, No. LP-05/2015-MJSP-DGME y que han sido indicadas en dicho romano.

- IV. *Solicitar* al Superintendente de Competencia que, por medio de la respectiva intendencia, se realicen las gestiones necesarias para concretar actividades de abogacía de la competencia con las distintas Carteras de Estado, en específico, con sus Unidades de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales; además, se planifiquen y desarrollen labores en el mismo sentido con las micro y pequeñas empresas del país, informando a este Consejo sobre su avance y ejecución. Todo, con el objeto de prevenir prácticas anticompetitivas como la sancionada en esta ocasión.
- V. *Conceder* a las sociedades Constructora Gaitán, Sociedad Anónima de Capital Variable, y Perforaciones Villatoro Vásquez, Sociedad Anónima de Capital Variable, el plazo de ocho días calendario para efectuar el pago correspondiente, los que serán contados a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución final del recurso de revisión, si hubiere; en su defecto, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución.
- VI. *Levantar* la declaratoria de reserva a la información al momento en que quede firme en sede administrativa la presente resolución.
- VII. Comunicar esta resolución, una vez adquiriera el estado de firmeza, al Ministro de Justicia y Seguridad Pública con copia a la respectiva Unidad de

Adquisición y Contratación Institucional, para los efectos del art. 158 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

VIII. *Notificar a las sociedades sancionadas.*

