

## **Expediente Preliminar 016-2008/CLC**

011-2010/ST-CLC-INDECOPI

25 de agosto de 2010

### **VISTO:**

El Expediente 1047/2007-TC remitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actualmente Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), sobre presuntas conductas anticompetitivas al interior del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía 210-2006-ESSALUD/RAL (en adelante, el Proceso de Selección), y la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y,

### **CONSIDERANDO:**

#### **I. ANTECEDENTES**

1. El 26 de octubre de 2006, el Seguro Social de Salud – Región Lambayeque convocó al Proceso de Selección para la adquisición de material médico: audífonos, por un valor referencial ascendente a S/. 72 000,00 (setenta y dos mil y 00/100 nuevos soles).
2. Mediante Memorando 429-2007-GRNP del 8 de mayo de 2007, la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del CONSUCODE puso en conocimiento del Tribunal del OSCE que las empresas Centro Audiológico E.I.R.L. (en adelante, Centro Audiológico) y Panduro Asociación de Exportación S.A. – PANDEX S.A. (en adelante, PANDEX) habrían participado en prácticas restrictivas de la competencia durante el Proceso de Selección.

Al respecto, se informó que ninguna de las referidas empresas declaró en sus documentos de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (en adelante, el RNP) la existencia de socios comunes o vinculación económica entre ellas y, sin embargo, PANDEX declaró como accionista mayoritario con más del 5% de acciones al señor Douglas Ariel Panduro Preciado (en adelante, el señor Panduro) y Centro Audiológico consignó como titular de su empresa a la misma persona.

3. Mediante Oficio 219-2008/TCA-CSR del 31 de julio de 2008, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia del Expediente 1047/2007-TC. Específicamente, al amparo del artículo 294 del Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>1</sup>, el Tribunal del OSCE solicitó una opinión técnica respecto a la supuesta participación de PANDEX y Centro Audiológico en prácticas restrictivas de la competencia al interior del Proceso de Selección.
4. Mediante Carta 263-2010/ST-CLC-INDECOPI del 16 de junio de 2010, esta Secretaría requirió a PANDEX información sobre su accionariado, la conformación de su directorio y su gerencia, y su relación con la empresa Centro Audiológico. El 22 de junio de 2010, PANDEX cumplió con absolver el referido requerimiento de información.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, de acuerdo a la información contenida en el Expediente 1047/2007-TC, remitido por el Tribunal del OSCE, y la información obtenida durante la investigación preliminar realizada por esta Secretaría Técnica, existen indicios razonables de conductas anticompetitivas y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

<sup>1</sup>

**Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Artículo 294.- Causales de imposición de sanción a los proveedores, participante, postores y contratistas.-**

El Tribunal impondrá la sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

8) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, según lo establecido en el artículo 10 de la Ley, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece este Reglamento en lo relativo al Registro Nacional de Proveedores.

(...)

(el subrayado es nuestro)

Cabe precisar que este artículo ha sido reemplazado por el artículo 237 del Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas**

1. Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

h) Participen en prácticas restrictivas de la competencia previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de los socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.

(...)

(el subrayado es nuestro)

### III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

#### 3.1. Norma Aplicable

6. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú<sup>2</sup>, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
7. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup>, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
8. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701<sup>4</sup>, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>5</sup>, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento<sup>6</sup>.

#### 3.2. Las facultades de la Comisión frente a las prácticas colusorias horizontales en el marco de las contrataciones del Estado

9. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto Legislativo 701<sup>7</sup> y el artículo 21 del Decreto Ley 25868<sup>8</sup>, la Comisión es el órgano con autonomía

---

<sup>2</sup> **Constitución Política del Perú**  
**Artículo 103.-** Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.  
La Constitución no ampara el abuso del derecho.

<sup>3</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**  
**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**  
**5. Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

<sup>4</sup> Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

<sup>5</sup> Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

<sup>6</sup> **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**Disposición Complementaria Transitoria**  
**Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-**  
Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

<sup>7</sup> **Decreto Legislativo 701**  
**Artículo 8.-** La Comisión Multisectorial de Libre Competencia es un organismo con autonomía técnica y administrativa, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la presente Ley.

técnica y administrativa encargado de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia. Por su parte, esta Secretaría Técnica tiene entre sus funciones la de emitir opinión en los procedimientos por infracción al Decreto Legislativo 701 y realizar investigaciones, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones del Indecopi.

10. El artículo 6 del Decreto Legislativo 701 tipifica, en particular, a las prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias horizontales, es decir, a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.
11. Una de las modalidades de este tipo de conductas anticompetitivas consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, supuesto conocido tradicionalmente como "licitación colusoria" o *bid rigging* y previsto en el literal j) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701<sup>9</sup>.
12. Una licitación colusoria supone que dos o más empresas que deberían competir por hacerse de la buena pro en un proceso de selección, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. En tal sentido, las empresas que participan en una licitación colusoria deben ser necesariamente competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses distintos, que se ven alineados circunstancialmente para restringir la competencia entre ellos.
13. En consecuencia, para determinar la posible existencia de licitaciones colusorias y, en general, la comisión de una práctica colusoria horizontal, es necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la conducta anticompetitiva son agentes económicos independientes entre sí o si pertenecen a un mismo grupo económico.
14. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal, toda vez que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
15. Así, si dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participaran en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas similares, ello respondería al interés de una misma unidad de decisión, la del

---

<sup>8</sup> **Decreto Ley 25868**  
**Artículo 21º.**- Corresponde a la Comisión de Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701.

<sup>9</sup> **Decreto Legislativo 701**  
**Artículo 6.-**  
(...)  
Son prácticas restrictivas de la libre competencia:  
i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

grupo económico, por lo que no podría calificar como una práctica colusoria horizontal.

16. En efecto, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre empresas que son parte de un mismo grupo económico pues, siendo que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al cual pertenecen), no cabe la posibilidad de que compitan efectivamente. Ello debido a que, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte.
17. Al respecto, en la decisión *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la actuación de las empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica colusoria horizontal, puesto que no son competidores efectivos entre sí, sino que actúan como un “grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor”<sup>10</sup>.
18. En el mismo sentido, la “Ley Tipo de Defensa de la Competencia” de la UNCTAD ha establecido referencialmente lo siguiente<sup>11</sup>:

*Los convenios entre empresas están prohibidos en principio en el Conjunto, “excepto” cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras. (...) Conviene señalar que una mayoría de órganos jurisdiccionales ha resuelto que las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras. En los Estados Unidos, aunque para algunos tribunales esta regla incluye a las sociedades en las que otra empresa tiene una participación mayoritaria, el Tribunal Supremo sólo se ha limitado a declarar la imposibilidad de que una sociedad central y su filial en propiedad absoluta conspiren a los efectos de la Ley Sherman<sup>12</sup>.*

19. En lo que se refiere al concepto de “grupo económico”, si bien en la legislación nacional no existe una norma general y abstracta que sea de aplicación en todos los casos y para todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que se podrían tomar como referencia y aplicar supletoriamente al análisis. Una de esas normas es la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS).
20. La Resolución de la SBS contiene la definición de grupo económico en los siguientes términos:  
*Artículo 8.- Definición.*  
*Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas,*

<sup>10</sup> ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York, The Foundation Press. Inc., 1993, pp. 179 - 181.

<sup>11</sup> Ver: [http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf), comentarios al Artículo III. p. 33.

<sup>12</sup> Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.

*cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.*

*(...)*

21. De la definición citada se desprende que existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las empresas que simplemente se encuentran vinculadas. Tal elemento constitutivo de un grupo económico es el "control" ejercido por una persona natural o jurídica sobre otras.
22. La Resolución de la SBS también contiene la definición de control, en los siguientes términos:

*Artículo 9.- Control*

*Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.*

*El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.*

*Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.*

23. El control en un grupo económico es ejercido por una persona natural o jurídica o un conjunto de ellas que actúan como una unidad de decisión. En ese sentido, el control se puede concebir como la dirección consciente de las actividades de un conjunto de agentes controlados, guiada por un interés único, correspondiente al detentador del control.
24. En ese sentido, las empresas que se encuentran bajo la misma fuente de control actuarán como una unidad y sus actividades responderán a una finalidad o designio común, que corresponde a la entidad que detenta el control. De acuerdo a lo anterior, diferentes empresas bajo control común deberían ser consideradas como un único actor económico.
25. El concepto de control puede ser entendido como la etapa intermedia entre la voluntad del agente controlador respecto de la realización de determinadas actividades y la acción llevada a cabo por el agente controlado conforme a dicha intención. Es decir, el control tiene el aspecto de dirigir, organizar, crear o dar forma a la actividad del agente controlado<sup>13</sup>.
26. La dirección, organización, creación o formación que supone el ejercicio del control debe ser preponderante y continua –tal como lo establece la definición

---

<sup>13</sup> SOLO, Robert A. *Intra-enterprise conspiracy and the theory of the firm*. The Journal of Business, Vol. 34, Nº 2, 1961, p.157.

contenida en el artículo 9 de la Resolución de la SBS– para que las actividades de diferentes empresas sean consideradas como actividades de un solo agente económico.

27. Por otro lado, el control puede ser directo o indirecto. El control directo se basa en relaciones de propiedad entre el titular del control y las acciones o participaciones de las empresas controladas, lo cual se refleja en la tenencia de más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o socios.

28. Al respecto, el artículo 4 de la Resolución de la SBS establece qué se entiende por relaciones de propiedad en los siguientes términos:

*“Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% ó más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.*

*Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:*

*a) Cuando el cónyuge o los parientes<sup>14</sup> de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.*

*b) Cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas de acuerdo con lo señalado en el Anexo A<sup>15</sup> de la presente norma.”*

29. Estas relaciones de propiedad por sí solas no suponen la existencia de un grupo económico, pues para ello sería necesario que otorguen a los propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas, es decir, la capacidad de influir preponderante y continuamente en las decisiones de sus respectivos órganos de gobierno<sup>16</sup>.

30. Para que dos empresas distintas se comporten como una sola no es necesario que una sea propietaria, total o parcialmente, de la otra. Lo importante para que su accionar se considere como el de una sola entidad es el grado de control ejercido por una sobre la otra o de terceros sobre ambas.

---

<sup>14</sup> Según el artículo 2 de la Resolución de la SBS, se entiende por “parientes” a aquellas personas con relaciones de parentesco hasta el segundo grado de consaguinidad y el primero de afinidad.

<sup>15</sup> Anexo que contiene la fórmula para calcular la propiedad indirecta.

<sup>16</sup> En el citado caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación, una de ellas era la matriz de la otra, apoyándose en que una actividad coordinada entre ellas debe ser vista como la de una sola empresa, pues tienen siempre la misma unidad de propósito o designio común.

Sin embargo, aun cuando en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube* una de las empresas era propietaria de la otra –su subsidiaria– lo esencial en la decisión de la Corte Suprema fue el análisis realizado sobre la unidad de interés entre la matriz y su subsidiaria y el control de la primera sobre la segunda.

Por esta razón, los posteriores desarrollos jurisprudenciales de la llamada doctrina *Copperweld* consideraron que dos entidades diferentes podían ser consideradas como una sola cuando una tenga el control de la otra, aun cuando la primera no tenga una relación de propiedad respecto de la segunda.

31. Adicionalmente a las relaciones de propiedad, existe otro tipo de relaciones que permite que una empresa o grupo de empresas tenga control sobre los órganos de gobierno de las demás empresas que forman parte de un grupo económico. Esto es lo que se conoce como control indirecto. El control indirecto está definido por la Resolución de la SBS como la facultad de influir en la conformación de los órganos de gobierno o de gobernar las políticas operativas o financieras de las empresas controladas.
32. Las relaciones que proporcionan control, sin existir propiedad de por medio, se pueden denominar relaciones de gestión. Las relaciones de gestión también constituyen la base para la existencia de un grupo económico. De hecho, algunos conceptos de grupo económico no ponen mucho énfasis en la propiedad común entre empresas sino en la existencia de directores entrelazados<sup>17</sup>.
33. Sin embargo, las relaciones de gestión no se limitan a los directores entrelazados, sino que se extienden a una serie de relaciones que se encuentran detalladas en el artículo 5 de la Resolución de la SBS:

*Artículo 5.- Relaciones de gestión*

*Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:*

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8º de la presente norma.*
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.*
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.*
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.*
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.*
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.*
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.*
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.*
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.*
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.*
- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.*
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.*

<sup>17</sup>

SAPELLI, Claudio. *Concentración y grupos económicos en Chile*. Revista Estudios Públicos 88, 2002. pp. 86-87.

*m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.*

*La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.*

34. Como se puede apreciar, las relaciones de gestión que tienen la capacidad de generar control y servir de base para la formación de grupos económicos son muy variadas y tienen distintos alcances. Entre ellas, encontramos a los directores entrelazados (literal e), la actuación de una persona jurídica como división o departamento de otra (literal f) o la representación de una persona por otra (literal d).
35. De acuerdo a lo anterior, un grupo económico puede estar formado sobre la base de relaciones de propiedad o de gestión que otorguen a una empresa el control sobre otra u otras. En otras palabras, la condición suficiente para afirmar la existencia de un grupo económico es que las relaciones de propiedad o gestión sean fuentes de control.
36. Como se señaló anteriormente, el elemento principal de una práctica colusoria horizontal consiste en el efecto anticompetitivo que dicha conducta produce o puede producir en el mercado<sup>18</sup>. En consecuencia, la conducta coordinada entre dos o más empresas que responden a una misma fuente de control, al estar guiadas por un mismo interés y designio, no podría ser considerada capaz de producir un efecto anticompetitivo, toda vez que dichas empresas no podrían competir entre sí y, en consecuencia, tampoco podrían eliminar o restringir la competencia entre ellas.
37. Por tanto, para analizar la existencia de una posible práctica colusoria horizontal, resulta necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la presunta conducta anticompetitiva pertenecen o no a un mismo grupo económico, es decir, si responden a una misma fuente de control. De verificarse este supuesto, no será posible que se haya configurado un supuesto de prácticas colusorias horizontales, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701.
38. En esa misma línea se ha pronunciado uniformemente esta Secretaría Técnica en casos anteriores remitidos por el Tribunal del OSCE, en los que los postores denunciados formaban parte de un mismo grupo económico y, por ello, su

---

<sup>18</sup>

**Decreto Legislativo 701**

**Artículo 6.-**

Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (el subrayado es nuestro)

conducta no podía ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia al interior de los respectivos procesos de selección<sup>19</sup>.

### 3.3. Análisis del Caso

39. Considerando el marco teórico desarrollado en el acápite anterior, corresponde determinar si Centro Audiológico y PANDEX se encuentran vinculadas y forman parte de un mismo grupo económico. De ser el caso, no será posible que se haya configurado un supuesto de prácticas colusorias horizontales entre ellas.

40. Como se ha señalado, mediante Memorando 429-2007-GRNP del 8 de mayo de 2007, la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del CONSUCODE puso en conocimiento del Tribunal del OSCE que las empresas Centro Audiológico y PANDEX habrían participado en prácticas restrictivas de la competencia durante el Proceso de Selección.

Al respecto, se informó que ninguna de las referidas empresas declaró en sus documentos de inscripción en el RNP la existencia de socios comunes o vinculación económica entre ellas y, sin embargo, PANDEX declaró como accionista mayoritario con más del 5% de acciones al señor Panduro y Centro Audiológico consignó como titular de su empresa a la misma persona.

41. Por otro lado, mediante escrito del 22 de junio de 2010, PANDEX señaló que la empresa Centro Audiológico forma parte del GRUPO PANDEX, y se creó con el fin de ejercer una Representación Exclusiva de la marca de audífonos suizos Phonak.

42. En dicha comunicación, se mencionó que la empresa PANDEX se constituyó como una empresa familiar, en tanto que los accionistas tienen un vínculo de parentesco. Siendo así, el accionista mayoritario de dicha empresa es el señor Panduro, con el 62.30% del accionariado de la empresa.

43. Asimismo, PANDEX precisó que Centro Audiológico es una empresa individual de responsabilidad limitada, teniendo como único accionista al señor Panduro. Adicionalmente, en la Solicitud de Inscripción para Proveedores de Bienes y/o Servicios del RNP se observa que el señor Panduro ha sido consignado como el único accionista de Centro Audiológico.

44. De acuerdo a lo anterior, entre PANDEX y Centro Audiológico existe una relación de propiedad, debido a que el señor Panduro tiene más del 50% de titularidad sobre PANDEX y, de otro lado, tiene la titularidad íntegra sobre Centro Audiológico.

45. Por otro lado, mediante escrito del 22 de junio de 2010, PANDEX señaló que tiene como Gerente General al señor Panduro, y que éste también actúa como Gerente General de Centro Audiológico.

---

<sup>19</sup> Ver: Resolución 003-2010/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 023-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 012-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 022-2007-INDECOPI/ST-CLC, 021-2007-INDECOPI/ST-CLC, entre otros.

46. Estos elementos, apreciados en conjunto, permiten determinar que PANDEX y Centro Auditivo responden a una misma fuente de control, el señor Panduro, y que, en consecuencia, forman parte de un mismo grupo económico.
47. De acuerdo a lo anterior, las empresas PANDEX y Centro Auditivo, al formar parte de un mismo grupo económico, no pueden ser consideradas como competidoras efectivas entre sí, por lo que no podría haberse configurado una práctica colusoria horizontal entre ellas. Ello, sin perjuicio del posible incumplimiento de la prohibición de incurrir en los supuestos de socios comunes, establecida en el Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>20</sup>, cuya aplicación es de competencia del OSCE.
48. Adicionalmente, cabe recordar que la norma vigente durante el Proceso de Selección, el Decreto Supremo 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no exigía que existiera más de una oferta válida para que se pudiera otorgar la Buena Pro<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**  
**Artículo 294.- Causales de imposición de sanción a los proveedores, participante, postores y contratistas.-**

El Tribunal impondrá la sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

8) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, según lo establecido en el artículo 10 de la Ley, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece este Reglamento en lo relativo al Registro Nacional de Proveedores.

(...)

(el subrayado es nuestro)

**Artículo 7.3 Socios comunes y/o vinculación económica.**

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes o exista vinculación económica entre ellos en la que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5%) del capital social en cada una de ellos, adjunto a la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, cambio de razón o denominación social (incluye transformación de forma societaria), según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, sólo lo harán en consorcio y no independientemente.

Cabe precisar que estos artículo han sido reemplazados por los artículos 237 y 260 del Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respectivamente, cuyo texto es el siguiente:

**Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

**Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas**

1. Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.

(...)

**Artículo 260.- Socios Comunes**

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, sólo lo harán en consorcio y no independientemente.

(el subrayado es nuestro)

<sup>21</sup> **Decreto Supremo 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**

49. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales al interior del Proceso de Selección.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Centro Auditivo E.I.R.L. y Panduro Asociación de Exportación S.A. – PANDEX S.A., al no existir indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía 210-2006-ESSALUD/RAL.

**Miguel Ángel Luque**  
Secretario Técnico

---

**Artículo 32.- Proceso de selección desierto.-**

El Comité Especial otorga la Buena Pro en una Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa aun en los casos en los que se declare como válida una única oferta.

El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta y parcialmente desierto un proceso de selección cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente.

La declaración de desierto de un proceso de selección obliga a la entidad a formular un informe que evalúe las causas que motivaron dicha declaratoria debiéndose adoptar las medidas correctivas, antes de convocar nuevamente, bajo responsabilidad.

En el supuesto de que una Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa sean declarados desiertos por la ausencia de postores hasta en dos oportunidades, se convocará a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía.

(el subrayado es nuestro)