

Resolución 019-2012/ST-CLC-INDECOPI

12 de noviembre de 2012

VISTOS:

El Oficio 156-2007/TCA-DLB del 31 de julio de 2007, mediante el cual el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), remitió el Expediente 1517/2006.TC, sobre presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la Licitación Pública 011-2006-GRUCAYALI-P-GG-CE (en adelante, el Proceso de Selección) convocada por el Gobierno Regional de Ucayali (en adelante, el Gobierno Regional); 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 julio de 2006, de conformidad con lo dispuesto en las Bases Administrativas aprobadas por Resolución Ejecutiva Regional 0990-2006-GRUCAYALI-P¹, el Gobierno Regional convocó al Proceso de Selección para la ejecución de la obra "Pequeño Sistema Eléctrico Aguaytia y Pucallpa II Etapa".
2. El objeto de la obra era la construcción de líneas primarias de 22.9 kV, redes primarias de 22.8 kV, redes secundarias de 380/220 V y 440/220 V y la remodelación de redes secundarias en Aguaytia y Pucallpa. El valor referencial de la obra ascendió a S/. 5'215,048.02.
3. El 15 y 16 de septiembre de 2006, se presentaron al acto público de apertura de propuestas técnicas y económicas catorce (14) postores, asociada e individualmente, conforme se muestra a continuación:

¹ De acuerdo al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, las Bases Administrativas fueron aprobadas el 19 de julio de 2006 por Resolución Ejecutiva Regional 0990-2006-GRUCAYALI-P-GG-CE e integradas el 6 de setiembre de 2006.

Cuadro 1
Postores que presentaron sus propuestas al Proceso de Selección

Postores	
1	Sigma S.A. Contratistas Generales
2	Tecnología y Desarrollo Contratistas Generales S.A.C.
3	Cía. Americana de Multiservicios del Perú S.R.L.
4	A & R S.A.C. Contratistas Generales
5	Consortio Ejecutores Lima Conformado por las siguientes empresas: Ale Contratistas Generales S.R.L. Constructores San Jose S.A.C. Negocios Electromagnéticos de Construcción S.R.L.
6	Consortio San Juan Conformado por las siguientes empresas: Constructora de la Ingeniería S.A. Guillermo Aliaga Rodríguez S.R.L. El Águila Construcciones S.R.L.
7	Consortio San Judas Tadeo Conformado por las siguientes empresas: Rioma Contratistas Generales S.R.L. Bitumen S.A.
8	Consortio de Empresas Eléctricas Unificadas Conformado por las siguientes empresas: Montrealex S.A.C. Perú Acuña y Peralta S.A.
9	Consortio Franco Conformado por las siguientes empresas: Servicios Especializados y Logística General S.A. Constructora Méndez S.R.L.
10	Consortio Salomón Conformado por las siguientes empresas: Q & L Contratistas Generales S.A.C. ICONSA S.A.
11	Consortio ASULJ Conformado por las siguientes empresas: Constructora Uranio E.I.R.L. JPC Ingenieros E.I.R.L. Agregados y Equipos S.C.R.L. Lorinsa Contratistas Generales S.R.L. Servicios de Mantenimiento y Ventas S.R.L.
12	Consortio La Positiva Conformado por las siguientes empresas: ABC Ingenieros S.A.C. RCA Contratistas Generales S.A.C. BB Tecnología Industrial S.A.C.
13	Consortio Oriental Conformado por las siguientes empresas: Casas Ingenieros Contratistas S.A.C. Constructora Aro Contratistas Generales S.R.L.
14	Consortio V-PRO Conformado por las siguientes empresas: Proyec S.A. Víctor Chavez Izquierdo Constructores S.A. CROVISA S.A.C.

4. Los resultados del Proceso de Selección fueron los siguientes:

- La Buena Pro fue otorgada a Consortio ASULJ.
- En el segundo lugar se produjo un triple empate entre Consortio Salomón, Consortio La Positiva y Consortio V-PRO.
- En el tercer lugar se produjo un quíntuple empate entre Sigma S.A. Contratistas Generales (en adelante, Sigma), Tecnología & Desarrollo

Contratistas Generales S.A.C. (en adelante, T&D), Consorcio Ejecutores Lima, Consorcio San Judas Tadeo y Consorcio San Juan.

5. El 23 de octubre de 2006, la Gerencia de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional, mediante Informe Legal 734-2006-GRU-P-GGR-GAJ, recomendó a la Presidencia de dicha institución, la imposición de una sanción administrativa a las postores Sigma, T&D, Consorcio Ejecutores Lima, Consorcio San Juan y Consorcio San Judas Tadeo, por haber incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia.
6. Mediante escrito del 26 de octubre de 2006, el Gobierno Regional denunció a Sigma, T&D, Consorcio Ejecutores Lima, Consorcio San Juan y Consorcio San Judas Tadeo, ante el Tribunal del OSCE, por prácticas restrictivas de la libre competencia en el Proceso de Selección. En particular, señaló que dichos postores habrían concertado sus propuestas económicas ofreciendo un monto económico idéntico ascendente a S/. 5 621 619,29.
7. Mediante Acuerdo 007/2007.TC-SU del 10 de enero de 2007, el Tribunal del OSCE acordó suspender el procedimiento administrativo y remitir los actuados al Indecopi, a fin de que determine si las empresas denunciadas incurrieron en prácticas restrictivas de la libre competencia.
8. El 14 de marzo de 2007, T&D interpuso recurso de reconsideración contra el Acuerdo 007/2007.TC-SU, solicitando que se proceda al archivo del procedimiento sancionador, debido a que resultaría innecesario reunir mayores pruebas que permitan confirmar o descartar la existencia de una voluntad común entre las empresas denunciadas, toda vez que, según su parecer, el Gobierno Regional tuvo la oportunidad y el deber de elegir libremente de acuerdo a sus intereses y necesidades.

Asimismo, indicó que pese a que dentro del procedimiento se produjo un desarrollo simultáneo de conductas entre algunos postores; *“no hubieron reuniones excepcionales, documentación de cumplimiento de condiciones pactadas, lineamientos de políticas a adoptarse elaborados por un grupo que reúne a los postores”*².
9. Mediante Resolución 348-2007-TS-S1 del 4 de abril de 2007, el Tribunal del OSCE declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por T&D y señaló que dicho acto no era impugnabile, de acuerdo al artículo 206 de la Ley 27444, Ley Procedimiento Administrativo General, debido a que el acuerdo no era un acto definitivo que ponga fin al procedimiento o se pronuncie sobre el fondo de la controversia sino que, por el contrario, suspendía el trámite del procedimiento hasta que el organismo nacional competente emitiera opinión.
10. Mediante Oficio 156-2007/TCA-DLB del 31 de julio de 2007, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi el Expediente 1517/2006.TC sobre presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia en el Proceso de Selección. Dicho expediente fue derivado a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia el 2 de agosto de 2007.

² Obrante en folios 000258 y 000259.

11. Mediante Oficio 069-2007/CLC-INDECOPI del 15 de octubre de 2007, la Secretaría Técnica solicitó al Gobierno Regional que cumpla con presentar la siguiente información:
 - a) Copia autenticada de las ofertas económicas (incluyendo Formatos 9 y 10 referidos al monto total de la propuesta y el presupuesto detallado para sustentar la propuesta, respectivamente) presentadas por los postores que no estuvieron comprendidos en la denuncia presentada por la Entidad.
 - b) Que indique si las Bases, formatos y demás documentos emitidos en el Proceso de Selección fueron entregados a los postores en soporte electromagnético y, de ser así, adjunte copia de los mismos.
 - c) Que precise si se habían iniciado las obras para las cuales se convocó el Proceso de Selección, el estado en que se encontrarían las referidas obras y si se había producido una subcontratación por parte de las empresas ganadoras de la Buena Pro.
12. Mediante sendas cartas, la Secretaría Técnica requirió a las investigadas que precisen su vinculación con las empresas que participaron en el Proceso de Selección. Adicionalmente, se les solicitó información sobre sus órganos directivos, su composición accionarial y el proceso de elaboración de las propuestas económicas que presentaron al Proceso de Selección.
13. El 13 de noviembre de 2007, el Gobierno Regional respondió el requerimiento de información realizado mediante Oficio 069-2007/CLC-INDECOPI.
14. El requerimiento realizado por la Secretaría Técnica a las empresas fue contestado parcialmente por BB Tecnología Industrial S.A.C. el 21 de noviembre de 2007, Constructora Méndez S.R.L. el 27 de noviembre de 2007, Servicios Especializados y Logística en General S.A. el 29 de noviembre de 2007, RCA Contratistas Generales S.A.C. el 4 de diciembre de 2007, Acuña y Peralta S.A. el 6 de diciembre de 2007 y Crovisa S.A.C. el 7 de enero de 2008.
15. De otro lado, cumplieron con absolver la totalidad del requerimiento de información Ale Contratistas S.R.L. (en adelante, Ale Contratistas) y Compañía Americana de Multiservicios S.R.L. el 29 de noviembre de 2007, Constructora de la Ingeniería S.A. (en adelante, Cidinsa), El Águila Construcciones S.R.L., Guillermo Aliaga Rodríguez S.R.L., Rioma Contratistas Generales S.R.L. (en adelante, Rioma Contratistas) el 30 de noviembre de 2007, y Montrealex S.A.C. Perú, Proyec S.A., Sigma y T&D el 4 de diciembre de 2007.
16. Mediante Oficio 011-2008/CLC-INDECOPI del 19 de febrero de 2008, la Secretaría Técnica requirió al Gobierno Regional lo siguiente:
 - a) Copia autenticada de las propuestas técnicas presentadas por todos los postores.
 - b) Copia de la propuesta económica del consorcio ganador de la Buena Pro.
 - c) Copia del cuadro comparativo de los puntajes del Proceso de Selección, publicado en el portar del SEACE, con la información completa.

- d) Que precise en qué estado se encontraba la ejecución de la obra licitada y si se había realizado conforme a los estándares de calidad esperados para este tipo de obras y, de ser el caso, enviar copia de informes sobre avances u otros documentos que contengan la conformidad de su entidad respecto de la ejecución de la obra.

17. El 25 de marzo de 2008, el Gobierno Regional respondió el requerimiento de información realizado mediante Oficio 011-2008/CLC-INDECOPI.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

18. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Sigma, T&D, Consorcio San Juan, Consorcio San Judas Tadeo y Consorcio Ejecutores Lima realizaron una práctica restrictiva de la libre competencia en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma aplicable

19. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú³, 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.
20. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la LPAG⁴ 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.
21. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente caso es el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia⁵, 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

³ **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.

⁴ **Ley 27444, 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.

⁵ Norma vigente hasta el 24 de julio de 2008.

Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente caso⁷.

22. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034⁸, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

3.2. Requisitos para iniciar un procedimiento sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701

23. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
24. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar⁹.
25. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹⁰.

⁶ Norma vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁷ **Decreto Legislativo 1034**
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.

⁸ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;

⁹ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Caracteres del procedimiento sancionador.-
Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

¹⁰ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

26. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

*[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; **es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.***

[Énfasis agregado]

27. En ese sentido, no basta afirmar, de manera general, que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción imputada.

3.3. Prácticas restrictivas de la libre competencia

28. Las prácticas restrictivas de la libre competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.
29. Estas prácticas son realizadas por agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores¹¹. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
30. En toda práctica restrictiva de libre competencia existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas

¹¹ Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

de materializar estas conductas: acuerdos, prácticas concertadas, decisiones y recomendaciones.

31. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
32. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable¹².
33. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones o indicaciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
34. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
35. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan¹³.

¹² La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. *The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws*, 38 *Antitrust Bulletin* 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) *An Antitrust Anthology*. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

¹³ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. "Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación". Traducción libre de: "However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether,

36. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹⁴. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹⁵.
37. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia 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, modalidad conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701¹⁶.
38. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Un primer supuesto puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio¹⁷. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú - Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buena pro¹⁸.
39. Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para repartirse las ventas o las compras de determinado bien o servicio, ya sea mediante la designación de consumidores

may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association". GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

¹⁴ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

¹⁵ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

¹⁶ **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.

¹⁷ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

¹⁸ Para mayor detalle, ver Resolución 004-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia (hoy, Comisión de Defensa de la Libre Competencia), confirmada mediante Resolución 255-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia (hoy, Sala de Defensa de la Competencia 1).

específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o de zonas geográficas¹⁹. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima²⁰.

40. Otro supuesto puede ser la concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección, que consiste en que dos o más agentes económicos independientes entre sí, que deberían competir por ganar la Buena Pro en los procesos de selección, acuerden abstenerse de presentar ofertas para restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante.
41. Un ejemplo de este tipo de licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, por ejemplo, de cinco empresas competidoras existentes en un determinado mercado, cuatro se abstengan de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta gane la Buena Pro al precio más alto posible y, luego de ello, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas coludidas²¹. Como se puede apreciar, la principal característica de este ejemplo consiste en que una de las empresas coludidas debe haber ganado la Buena Pro y las demás deben haberse abstenido de presentar ofertas²².
42. Al respecto, en el caso Estados Unidos contra Romer²³, un grupo de agentes de bienes raíces acordaron limitar sus ofertas en las subastas públicas de propiedades embargadas en Fairfax County, Virginia. Dichos agentes acordaron fijar un precio menor para la compra de estas propiedades a través del acuerdo de no realizar ofertas en las subastas públicas en las que se ofrecían estos bienes. Durante dichas subastas, los agentes coludidos se abstuvieron de

¹⁹ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

²⁰ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en la segunda instancia administrativa.

²¹ De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por la Organisation for Economic Cooperation and Development, "la supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva". Ver: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

²² También se puede dar el caso que se presenten "ofertas de resguardo", es decir, ofertas inaceptables para la entidad convocante. Ver: OECD, Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (2009), página 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

²³ Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359.

presentar ofertas, mientras que un agente seleccionado en el acuerdo fue el único que ofertó y obtuvo la propiedad a un menor precio. La acusación señala que los agentes coludidos se dividieron los excedentes entre los participantes del acuerdo.

43. Finalmente, cabe señalar que todos estos supuestos de licitación colusoria dependen del diseño de los procesos de selección correspondientes, por lo que resulta indispensable analizar las reglas aplicables en cada caso concreto.

3.4. Agentes independientes y grupo económico

44. Dado que las prácticas restrictivas de la libre competencia suponen que dos o más agentes económicos independientes entre sí dejen de competir con el objeto de obtener un mayor beneficio, es necesario que los agentes que participan en dichas prácticas sean competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses divergentes.
45. En efecto, el Decreto Legislativo 701 busca reprimir las conductas que restringen la libre competencia. De ello se desprende que, si la competencia en principio no era posible porque los agentes económicos tenían intereses alineados bajo una estructura empresarial jurídicamente válida, su comportamiento coordinado no podría representar una infracción sancionable bajo los alcances del Decreto Legislativo 701.
46. Los agentes económicos dejan de ser independientes entre sí cuando, entre otros supuestos, pertenecen a un mismo grupo económico. En tal caso, no puede existir una práctica restrictiva de la libre competencia debido a que, por su estructura organizacional, la conducta de estos agentes económicos no puede desarrollarse en un entorno competitivo.
47. La Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS) define al grupo económico como un conjunto de personas jurídicas donde una de ellas ejerce el control sobre la otra (u otras) o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión²⁴. El control es la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica²⁵.

²⁴ Ver Memoria Anual de la Superintendencia de Banca y Seguros del 3 de mayo de 1999.

²⁵ **Resolución de la Superintendencia de Banca, Seguros y Asociación de Fondos de Pensiones**
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.

48. La unidad de control genera que dos o más empresas actúen de acuerdo a un objetivo común, que corresponde al de la entidad que detenta el control. Por lo tanto, en relación a las prácticas restrictivas de la libre competencia proscritas por el Decreto Legislativo 701, se considera que, cuando dos o más empresas poseen un control común, éstas constituyen un solo agente económico.
49. De la evaluación de las relaciones existentes entre las empresas denunciadas, se ha observado que el Consorcio Ale Contratistas, el Consorcio San Juan y el Consorcio San Judas Tadeo forman parte de un mismo grupo económico.
50. En efecto, la participación de las empresas que conforman los referidos consorcios se distribuyó de la siguiente manera:

**Cuadro 2:
Participación porcentual de las empresas en los consorcios investigados**

Consorcio	Empresa	Porcentaje de participación	Apoderado
Consorcio Ejecutores Lima	Ale Contratistas Generales S.R.L.	88%	Félix Antonio Blengeri Castillo
	Constructores San Jose S.A.C.	10%	
	Negocios Electromagnéticos de Construcción S.R.L.	2%	
Consorcio San Juan	Constructora de la Ingeniería S.A.	96%	Félix Antonio Blengeri Castillo
	Guillermo Aliaga Rodríguez S.R.L.	2%	
	El Águila Construcciones S.R.L.	2%	
Consorcio San Judas Tadeo	Rioma Contratistas Generales S.R.L.	90%	Félix Antonio Blengeri Castillo
	Bitumen S.A.	10%	

51. Del cuadro anterior se desprende que las empresas Ale Contratistas, Cidinsa y Rioma Contratistas contaron con una participación mayoritaria en el Consorcio Ejecutores Lima, el Consorcio San Juan y el Consorcio San Judas Tadeo, respectivamente; razón por la cual, en la estructura interna de estos consorcios, dichas empresas contaron con predominancia en la gestión.
52. Asimismo, de la revisión de las escrituras públicas de constitución, modificación de estatutos y partidas registrales remitidas por Ale Contratistas²⁶, Cidinsa²⁷ y Rioma Contratistas²⁸, se aprecia que estuvieron sometidas a un mismo órgano de control, a saber, su apoderado, el señor Félix Antonio Blengeri Castillo.

²⁶ Partida Registral 00158763 de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos -SUNARP, obrante en folios 001080 al 001173.

²⁷ Partida Registral 70006714 de la SUNARP, obrante en folios 001397 al 001474.

²⁸ Partida Registral 70008404 de la SUNARP, obrante en folios 001569 al 001632.

53. Cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión, dicho conjunto de personas jurídicas conforma un grupo económico. Al respecto, el artículo 9 de la Resolución de la SBS establece dos clases de control, directo e indirecto. Según dicho artículo, el control directo es la facultad de ejercer más de la mitad del derecho a voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contrato de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio. Por otro lado, el control indirecto es la 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 o financieras; aún cuando no se ejerza más de la mitad del derecho a voto en la junta general de accionistas.
54. De acuerdo a lo anterior, para determinar si las empresas Ale Contratistas, Cidinsa y Rioma Contratistas forman parte de un grupo económico, se debe verificar que estuvieron sometidas a una unidad de decisión.
55. En lo que se refiere a Ale Contratistas, se aprecia en el Asiento C00002 de la Partida Registral 00158763 de la SUNARP, que el señor Blengeri fue nombrado como apoderado de dicha empresa, delegándosele las siguientes facultades:
- “A) Representar a la sociedad ante toda clase de autoridades y de personas naturales o jurídicas, en juicio o fuera de el con las facultades generales y especiales contenidas en los artículos 74, 75 y 77 CPC, interponer recursos ordinarios y el extraordinario de nulidad o de casación, nombrar y remover empleados y personal sub-alterno, celebrar contratos de asociación temporal, de consorcio o en participación de utilidades o cualquier otro asociativo o de constitución de sociedades, elaborar el proyecto de balance general y llevar a cabo actos y contratos que acuerde la junta general. B) Comprar, vender, gravar, hipotecar, preñar, enajenar y disponer en cualquier forma, los bienes muebles o inmuebles o activos de la sociedad. Abrir y cerrar cuentas corrientes o de ahorro, operar las mismas; girar, endosar, aceptar, cobrar, avalar, descontar, renovar, protestar cheques, letras, vales, pagarés y demás documentos de crédito y cambio, solicitar fianzas, constituir la empresa en fiador solidario o cualquier concepto o título, dar o tomar en arriendo bienes muebles e inmuebles, contratar cajas de seguridad, operarlas y cancelarlas, contratar, endosar pólizas de seguros, ceder créditos, transferir cuentas a otros bancos.”²⁹*
56. Como se puede apreciar, como apoderado de la empresa Ale Contratistas, el señor Blengeri gozó de facultades suficientes para gobernar las políticas operativas o financieras de la empresa; aun cuando no ejerció más de la mitad del derecho a voto en la junta general de accionistas. Por lo tanto, el señor Blengeri ejerció un control indirecto sobre dicha empresa.

²⁹ Según consta en la Partida Registral, el título para la inscripción fue presentado el 17 de marzo de 2006.

57. Por otro lado, en el Asiento B00004 de la misma Partida Registral, se observa que el Gerente, encargado de la administración de la empresa, goza de las siguientes facultades:

“El gerente está facultado de manera individualizada y a sola firma de las siguientes atribuciones a) representar a la sociedad ante toda clase de autoridades y personas naturales y jurídicas con las facultades del artículo 74 y 75 CPC, b) comprar, vender, gravar, hipotecar, preñar, enajenar y disponer en cualquier otra forma de los bienes muebles o inmuebles o activos de la sociedad a favor de terceros, abrir o cerrar cuentas corrientes o de ahorros, operar las mismas, girar, endosar, aceptar, cobrar, avalar, descontar, renovar, protestar cheques, letras, vales, pagarés y demás documentos de crédito y de cambio, solicitar fianza, constituir a la empresa en fiador solidario o mancomunado, cobrar y percibir sumas de dinero que se adeude a la sociedad por cualquier concepto o título, constituir sociedades temporales o indefinidas celebrar y suscribir documentos privados y minutas, escrituras públicas de contratos en general, solicitar créditos documentarios, arrendamiento financiero y otras garantías, dar en arriendo bienes muebles inmuebles, contratar cajas de seguridad y endosar pólizas”

58. Cabe resaltar que el señor Blengeri no sólo gozó de facultades similares a las del Gerente sino que, además, tuvo mayores potestades, tales como la facultad de interponer recursos ordinarios y extraordinarios de nulidad o de casación, nombrar y remover empleados y personal sub-alterno, celebrar contratos de asociación temporal, de consorcio o en participación de utilidades o cualquier otro asociativo o de constitución de sociedades, elaborar el proyecto de balance general y llevar a cabo actos y contratos que acuerde la junta general, operar cajas de seguridad y cancelarlas, contratar, endosar pólizas de seguros, ceder créditos, transferir cuentas a otros bancos, entre otros.

59. En lo que se refiere a la empresa Cidinsa, de acuerdo al Asiento C00003 de la Partida Registral 70006714 de la SUNARP, se observa que el señor Blengeri fue designado como Director de la sociedad, con las siguientes facultades:

“a. Dirigir los negocios, controlar las actividades, organizar las oficinas y determinar los gastos de la sociedad... b. comprar, vender y permutar toda clase de bienes muebles o inmuebles, incluyendo naves y otorgando poder para realizarlo... c. hipotecar, afianzar, avalar, preñar y en general gravar a nombre de la sociedad.”

60. Asimismo, en el Asiento B00001 de la misma Partida Registral se dejó constancia de la designación del señor Blengeri como Gerente Administrativo, precisando que, en su calidad de Gerente Administrativo y Director, contaba con las siguientes atribuciones:

“a. abrir, manejar y cerrar cuentas bancarias y cuentas de ahorro o plazos... b. girar, endosar, protestar y cobrar cheques... c. girar, aceptar, endosar, avalar, cobrar y descontar letras y pagarés... d. sobregirar y/o solicitar avances en cuentas corrientes... e. contratar créditos en

cualquiera de sus formas con garantía de cobranzas, créditos documentarios, prendaria, hipotecaria o cualquier otra... f. solicitar toda clase de préstamos y fianzas con garantía o sin ella suscribiendo los respectivos documentos sean privados o por Escritura Pública...g. comprar, consignar, retirar y vender valores... h. cobrar y otorgar recibos y cancelaciones.”³⁰

61. Como se puede apreciar, como Director y Gerente Administrativo de Cidinsa, el señor Blengeri gozó de facultades suficientes para gobernar las políticas operativas o financieras de la empresa; aun cuando no ejerció más de la mitad del derecho a voto en la Junta General de Accionistas. Por lo tanto, el señor Blengeri ejerció un control indirecto sobre esta empresa.
62. En lo que se refiere a la empresa Rioma Contratistas, de acuerdo al Asiento C00002 de la Partida Registral 70008404, se observa que el señor Blengeri fue designado como apoderado de la sociedad, con las siguientes facultades:

“A) Representar a la sociedad ante toda clase de autoridades y de personas naturales o jurídicas, en juicio o fuera de el con las facultades generales y especiales contenidas en los artículos 74, 75 y 77 CPC, interponer recursos ordinarios y el extraordinario de nulidad o de casación, nombrar y remover empleados y personal sub-alterno, celebrar contratos de asociación temporal, de consorcio o en participación de utilidades o cualquier otro asociativo o de constitución de sociedades, elaborar el proyecto de balance general y llevar a cabo actos y contratos que acuerde la junta general. B) Comprar, vender, gravar, hipotecar, preñar, enajenar y disponer en cualquier forma, los bienes muebles o inmuebles o activos de la sociedad. Abrir y cerrar cuentas corrientes o de ahorro, operar las mismas; girar, endosar, aceptar, cobrar, avalar, descontar, renovar, protestar cheques, letras, vales, pagarés y demás documentos de crédito y cambio, solicitar fianzas, constituir la empresa en fiador solidario o cualquier concepto o título, dar o tomar en arriendo bienes muebles e inmuebles, contratar cajas de seguridad, operarlas y cancelarlas, contratar, endosar pólizas de seguros, ceder créditos, transferir cuentas a otros bancos.”³¹

63. De otro lado, según se aprecia en el Asiento B00001 de la misma Partida Registral, el Gerente de la empresa gozaba de las siguientes facultades:

“La Gerencia tiene la representación jurídica, comercial y administrativa de la sociedad y representar a la sociedad a sola firma e intervención...1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordenados, correspondientes al objeto social... 2. Representar a la sociedad con las facultades previstas en los artículos 74, 75, 77 y 436 Código Procesal Civil... 4. Abrir, transferir, cerrar cuentas bancarias, girar, endosar, descontar, cobrar y protestar letras de cambio, vales, pagarés, libramientos, certificados, warrants, conocimientos, pólizas y cualquier clase de documentos

³⁰ Según consta en la Partida Registral, el título para la inscripción fue presentado el 24 de mayo de 2001.

³¹ Según consta en la Partida Registral, el título para la inscripción fue presentado el 17 de marzo de 2006.

mercantiles y civiles, otorgar recibos y cancelaciones, sobregirarse en cuentas corrientes, solicitar avances o créditos con garantía hipotecaria y/o prendaria; comprar, vender, gravar, disponer en cualquier forma de los bienes muebles, inmuebles, vehículos y valores de la sociedad, contratar créditos documentarios, arrendamiento financiero, contratar fianzas, abrir cartas de crédito, abrir y cerrar cuentas corrientes, abrir y cerrar cuentas de depósito, comprar, vender, retirar valores; dar, tomar en arrendamiento bienes muebles e inmuebles, hipotecar preñar, avalar y otorgar garantías, hacer uso de sobregiros, con garantía o sin ella. 5. Otorgar poderes, sustituir o delegar sus poderes total o parcialmente y revocar delegaciones. 10 Representar a la sociedad ante toda clase de autoridades.”

64. Como se puede apreciar, como apoderado de Rioma Contratistas, el señor Blengeri gozó de facultades suficientes para gobernar las políticas operativas o financieras de la empresa; aun cuando no ejerció más de la mitad del derecho a voto en la Junta General de Accionistas. Por lo tanto, el señor Blengeri ejerció un control indirecto sobre dicha empresa.
65. De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que las empresas Ale Contratistas, Cidinsa y Rioma Contratistas forman parte de un mismo grupo económico que se encontraba controlado indirectamente por una persona natural, el señor Blengeri. Por lo tanto, dichas empresas y los consorcios en los cuales son principales participantes, habrían respondido a una única unidad de control y deben ser considerados como un solo agente económico.
66. En ese sentido, no corresponde evaluar la existencia de indicios razonables de una práctica restrictiva entre el Consorcio San Juan, el Consorcio San Judas Tadeo y el Consorcio Ejecutores Lima, sino que deberá considerarse a estos tres consorcios como un solo agente económico.
67. Por otro lado, de acuerdo a la información que obra en el expediente, no existen indicios de que Sigma y T&D se encuentren vinculadas entre ellas o con alguno de los consorcios antes mencionados.
68. En consecuencia, corresponde analizar la existencia de indicios razonables de una práctica restrictiva de la libre competencia entre el grupo económico conformado por los tres consorcios antes mencionados (en adelante, el Grupo de Consorcios) y las empresas Sigma y T&D.

3.5. Análisis de las conductas investigadas

69. A continuación, corresponde determinar si existen indicios razonables de una práctica restrictiva de la libre competencia en el Proceso de Selección, por parte del Grupo de Consorcios, Sigma y T&D. Para ello, la autoridad puede recurrir a los típicos medios probatorios, como la declaración de parte o de testigos, los documentos, las pericias o las inspecciones y, de no ser posible, a los sucedáneos de los medios probatorios, que son los indicios y presunciones.

70. Así, resulta necesario encontrar documentos que muestren de manera directa el acuerdo adoptado entre las empresas participantes en una concertación. Por ejemplo, actas de directorios, juntas generales de accionistas, asambleas de socios o comités, correspondencia remitida o recibida, memorandos que han circulado entre las empresas.
71. A falta de éstos, resulta necesario encontrar elementos que revelen indirectamente la existencia de una concertación. Es decir, indicios que, evaluados en su conjunto, permitan presumir la existencia de una concertación. Por ejemplo, pruebas de reuniones excepcionales entre los competidores, documentación posterior en que se vigile el cumplimiento de las condiciones pactadas, lineamientos de políticas a adoptarse elaborados por un gremio que agrupa a los competidores, entre otros.
72. Otro indicio que debe ser evaluado es el comportamiento de las empresas en el mercado. Este aspecto es importante para definir si existe un patrón de conducta entre ellas, es decir, si durante el periodo investigado, las empresas se comportaron de manera similar. Cabe señalar que el desarrollo simultáneo de una misma conducta no necesariamente constituye evidencia suficiente de una concertación sancionable por el Decreto Legislativo 701.
73. En efecto, los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado, o por las características propias del mercado, situación que podría constituir una conducta económicamente racional y justificable.
74. En tal sentido, el análisis de un comportamiento anticompetitivo requiere de la evaluación conjunta de las pruebas o indicios hallados durante el proceso de investigación, de forma que su interpretación no permita suponer la existencia de una explicación alternativa razonable que no sea la de un acuerdo entre las empresas participantes.
75. Por lo tanto, a continuación corresponde determinar si existen indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una conducta anticompetitiva en el Proceso de Selección. Para ello, se hará referencia a los argumentos expuestos por el Gobierno Regional.
76. De conformidad con la información remitida por el Tribunal del OSCE, la práctica restrictiva denunciada por el Gobierno Regional es la presunta concertación entre Sigma, T&D y Grupo de Consorcios con el objeto de influir en el resultado del Proceso de Selección.
77. El Gobierno Regional sustentó su denuncia en los siguientes hechos:
 - (i) Los postores habrían presentado montos, desagregaciones, contenido, formato e impresión iguales en los conceptos de las tablas de valores de costo directo, gastos generales y utilidad.

- (ii) Todas las empresas presentaron idéntico monto en sus propuestas económicas, S/. 5 621 619,29, monto equivalente al 107,79% del valor referencial.
78. En relación a la circunstancia (i) señalada por el Gobierno Regional, cabe señalar que, si bien la Tabla Resumen del Presupuesto de Sigma³² y la Tabla Resumen del Presupuesto de los Consorcios Ejecutores Lima, San Juan y San Judas Tadeo³³ contienen las mismas desagregaciones (ítem, descripción, PSE Aguaytia, PSE Pucallpa, remodelación, parcial y total), los montos desagregados presentados al Proceso de Selección no resultan coincidentes, así como tampoco los cuadros de los insumos o servicios que sustentan dichos costos. Adicionalmente, T&D presentó una Tabla de Resumen del Presupuesto³⁴ distinta a las presentadas por los Consorcios Ejecutores Lima, San Juan y San Judas Tadeo, en lo referido a desagregaciones, montos y esquema de costos.
79. Por otro lado, esta Secretaría Técnica ha constatado lo señalado en el punto (ii). En efecto, todas las empresas investigadas presentaron idéntico monto en sus propuestas económicas.
80. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que el comportamiento paralelo de las empresas investigadas constituye un indicio de la realización de un acuerdo entre ellas. Sin embargo, cabe recordar que, por sí sólo, este indicio no resulta suficiente para sustentar una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
81. Sobre el particular, tanto la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como el Tribunal del Indecopi, en diversos pronunciamientos han considerado que el simple paralelismo en la actuación de las empresas no necesariamente implica la existencia de una práctica concertada, ya que puede provenir o estar justificada en una reacción frente a cambios en el mercado que afectan por igual a todas las empresas participantes en él³⁵.
82. Así, el paralelismo no constituye, por sí solo, evidencia suficiente para iniciar un procedimiento administrativo sancionador en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701. Por ello, es indispensable identificar indicios adicionales sobre la existencia de un acuerdo entre los postores, que indiquen que dicha actuación paralela se debe a la coordinación previa entre las empresas postoras, con la finalidad de obtener un beneficio común.

Para ello, pueden considerarse como indicios adicionales a los denominados "*plus factors*", tales como (i) conductas de competidores contrarias a su propio

³² Obrante en folios 000670 al 000722.

³³ Obrante en folios 000410 al 000435 (Consortio San Juan), 000510 al 000536 (Consortio San Judas Tadeo), y 000863 al 000890 (Consortio Ejecutores Lima).

³⁴ Obrante en folios 000767 al 000815.

³⁵ Al respecto, ver Resolución 225-97/TDC en el Expediente 027-96/CLC, Resolución 017-200-INDECOPI/CLC en el Expediente 001-2000-CLC, Resolución 012-2002-INDECOPI/CLC del Expediente 008-2001-CLC, Resolución 011-2003-INDECOPI/CLC del Expediente 001-2003-CLC, Resolución 048-2003-INDECOPI/CLC del Expediente 034-2003-CLC, Resolución 052-2003-INDECOPI del Expediente 005-2003-INDECOPI, Resolución 020-2009-INDECOPI/CLC en el Expediente 013-2009/CLC, entre otras.

interés pero favorables al interés del grupo, (ii) cambios radicales respecto a las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios de los precios), (iii) facilidad para concertar teniendo en cuenta los costos de transacción que pudieran existir para llegar a acuerdos, (iv) requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos, y/o (v) oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción y otros).

83. Al respecto, de acuerdo a la información que obra en el expediente, no se han encontrado indicios adicionales que permitan presumir que las investigadas se coludieron en el Proceso de Selección. En particular, no se ha verificado la existencia de un patrón de conducta sostenido en el tiempo.
84. Así, de la revisión de los procedimientos en los cuales participaron dichas empresas, se advirtió que, en otro proceso de selección, Licitación Pública Nacional 002-2005-GR.CAJ del 24 de enero del 2006, para la ejecución de la Obra “Pequeño Sistema Eléctrico de Chilete – III Etapa”, Sigma apeló la adjudicación de la Buena Pro que fue otorgada a Ale Contratistas. En ese sentido, no resulta razonable pensar que hayan adoptado de manera previa acuerdos estratégicos o de mutuo beneficio.
85. Asimismo, no se ha verificado la existencia de actuaciones paralelas entre las empresas investigadas en otros procesos de selección, convocados por el Gobierno Regional o por otras entidades, en los que participaron con posterioridad.
86. Adicionalmente, cabe resaltar que ninguno de los investigados ganó la Buena Pro en el Proceso de Selección y que, de acuerdo a las Bases, sólo uno de los participantes podía haber ganado, tratándose de un resultado no divisible. Por el contrario, fue el Consorcio ASULJ el que resultó ganador de la Buena Pro, con una propuesta económica menor a la presentada por los investigados. Como puede apreciarse, esta circunstancia debilita la hipótesis de una colusión.
87. En conclusión, no existen elementos suficientes que, evaluados de manera conjunta, permitan presumir la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia en el Proceso de Selección por parte de las investigadas. En ese sentido, considerando que no existen indicios razonables de una infracción, esta Secretaría Técnica considera que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador por infracción al Decreto Legislativo 701.

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 Sigma S.A. Contratistas Generales; Tecnología & Desarrollo Contratistas Generales S.A.C.; Consorcio Ejecutores Lima, conformado por las empresas Ale Contratistas Generales

S.R.L, Constructores San Jose S.A.C. y Negocios Electromagnéticos de Construcción S.R.L.; Consorcio San Judas Tadeo, conformado por Rioma Contratistas Generales S.R.L., Bitumen S.A; y, Consorcio San Juan, conformado por Constructora de la Ingeniería S.A., Guillermo Aliaga Rodríguez S.R.L., El Águila Construcciones S.R.L., debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la libre competencia en la Licitación Pública 011-2006-GRUCAYALI-P-GG-CE.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico