

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

Expediente 002-2014/CLC-IP

Resolución 002-2014/ST-CLC-INDECOPI

26 de febrero de 2014

VISTO:

El Expediente 02020-2013-TC, remitido por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, sobre presuntas conductas anticompetitivas cometidas por Corporación Rivera S.A.C. (en adelante, Corporación Rivera) y el señor Luis Edgar Rivera Shupingahua (en adelante, el señor Rivera) en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa Presencial 016-2013/PEAH (en adelante, la ADS 016-2013/PEAH).

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. El 2 de julio de 2013, el Proyecto Especial Alto Huallaga del Ministerio de Agricultura y Riego convocó a la ADS 016-2013/PEAH, para la adquisición de cemento portland tipo I para la ejecución de la obra «canal de irrigación Cedro Villa Los Ángeles», con un valor referencial de S/. 57 330.00 (cincuenta y siete mil trescientos treinta con 00/100 Nuevos Soles).
2. El 11 de julio de 2013, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la buena pro, presentándose como postores la empresa Corporación Rivera y el señor Rivera, adjudicándose la buena pro a la empresa Corporación Rivera.
3. Mediante Informe 248-2013-PEAH-6330.03 del 31 de julio de 2013, el Proyecto Especial Alto Huallaga del Ministerio de Agricultura y Riego declaró desierto el proceso de selección, debido a que el adjudicatario de la buena pro no se presentó en la fecha establecida para la firma del contrato ni presentó la documentación necesaria para su firma.
4. Mediante Resolución 2465-2013-TC-S4 del 7 de noviembre de 2013, el Tribunal de Contrataciones del Estado sancionó a Corporación Rivera por no suscribir injustificadamente el contrato en el marco de la ADS 016-2013/PEAH, infracción

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

tipificada en el literal a) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 1017, y dispuso remitir los actuados¹ al Indecopi, con la finalidad de que esta entidad determine si existieron conductas anticompetitivas realizadas por Corporación Rivera y el señor Rivera en el marco de la ADS 16-2013/PEAH. Dicha decisión fue notificada al Indecopi mediante Cédula 49049/2013.TC del 18 de noviembre de 2013.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, de acuerdo con la información contenida en el Expediente 02020-2013-TC remitido por el OSCE, existen indicios razonables acerca de la existencia de prácticas colusorias horizontales entre la empresa Corporación Rivera y el señor Rivera en la ADS 16-2013/PEAH.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

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

6. De acuerdo con lo establecido por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, esta Secretaría Técnica se encuentra encargada de investigar posibles conductas anticompetitivas en el mercado constitutivas de infracción y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi es el órgano competente para sancionar tales infracciones².
7. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 tipifica, en particular, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia³.

¹ Correspondientes al Expediente 2020-2013.TC.

² **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente; (...).

³ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1 Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

8. 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 sujeto a la prohibición absoluta prevista en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034⁴.
9. Una licitación colusoria supone que dos o más agentes económicos 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, los agentes económicos 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.
10. 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.
11. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal, toda vez que las personas naturales o personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
12. Así, si dos o más personas 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 grupo económico-, por lo que no podría calificar como una práctica colusoria horizontal.
13. En efecto, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre personas que forman parte de un mismo grupo económico pues, siendo que dichas personas 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.
14. 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,

⁴ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.2 Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

(...)

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

sino que actúan como un «grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un único conductor»⁵.

15. En el mismo sentido, la «Ley Tipo de Defensa de la Competencia» de la UNCTAD ha establecido referencialmente lo siguiente⁶:

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 Sherman⁷.

16. 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 podrían tomarse como referencia y aplicarse 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).
17. 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, 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.

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

⁵ ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York, The Foundation Press. Inc., 1993, pág. 179 - 181.

⁶ Ver: http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf, comentarios al Artículo III. pág. 33.

⁷ Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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.

20. 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 a quien ejerce el control.
21. Así, 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 ejerce el control. En ese sentido, diferentes empresas bajo control común deberían ser consideradas como un único agente económico.
22. El concepto de control puede ser entendido como la etapa intermedia entre la voluntad del agente que ejerce el control respecto de la realización de determinadas actividades y la acción llevada a cabo por el agente controlado conforme a dicha intención. Así, el control tiene el aspecto de dirigir, organizar, crear o dar forma a la actividad del agente controlado⁸.
23. La dirección, organización, creación o formación que supone el ejercicio del control debe ser preponderante y continua –tal como lo establece la definición 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.
24. El control puede ser directo o indirecto. En el caso del control directo, éste 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 derecho de voto en la junta general de accionistas o socios.

⁸ SOLO, Robert A. *Intra-enterprise conspiracy and the theory of the firm*. The Journal of Business, Vol. 34, Nº 2, 1961, pág. 157.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

25. 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 parientes⁹ de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.

[Énfasis agregado]

26. Por otro lado, el control indirecto se basa en una relación de gestión, presente 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 se ejerza más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.
27. Al respecto, el artículo 5 de la Resolución de la SBS establece qué se entiende por relaciones de gestión en los siguientes términos:

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

(...)

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.

28. Estas relaciones, por sí solas, no suponen la existencia de un grupo económico, pues para ello sería necesario que otorguen a los gestores o 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 gobierno¹⁰. En otras palabras, la condición suficiente para afirmar la

⁹ 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 consanguinidad y el primero de afinidad.

¹⁰ En el citado caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación - donde una de ellas era la matriz de la otra - señalando 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. Ahora bien, 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, el posterior desarrollo jurisprudencial de la llamada «doctrina Copperweld» considerará que dos entidades diferentes podían ser entendidas 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.

existencia de un grupo económico es que las relaciones de gestión o propiedad sean fuentes de control.

29. 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. En consecuencia, la conducta coordinada entre dos o más personas 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.
30. Por tanto, para analizar la existencia de una posible práctica colusoria horizontal, resulta necesario determinar previamente si las personas involucradas en ella 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 1034.
31. 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 conducta no podía ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia al interior de los respectivos procesos de selección¹¹.

3.2 Análisis del caso

32. Considerando el marco teórico desarrollado en el acápite anterior, corresponde determinar si la empresa Corporación Rivera y el señor Rivera se encuentran vinculados y forman parte de un mismo grupo económico. De ser así, no será posible que se haya configurado un supuesto de prácticas colusorias horizontales entre ellos.
33. Al respecto, de la revisión de los accionistas y gerentes de la empresa Corporación Rivera desde su constitución, se observa la siguiente información:

Cuadro 1
Accionistas y participación accionarial de Corporación Rivera

Fecha	Evento	Accionistas	Participación accionarial
28 de marzo de 2008	Constitución de la empresa	• Emerson Gustavo Rivera Shupingahua	• 2500 acciones (25%)
		• Greta Selmira Rivera Shupingahua	• 2500 acciones (25%)

¹¹ Ver, a manera de ejemplo: Informes Técnicos 021 y 022-2007-INDECOPI/ST-CLC, Informes Técnicos 012 y 023-2008-INDECOPI/ST-CLC, Resoluciones 003, 011 y 014-2010/ST-CLC-INDECOPI, Resoluciones 004, 006 y 007-2011/ST-CLC-INDECOPI, Resoluciones 007 y 017-2012/ST-CLC-INDECOPI, Resoluciones 026 y 028-2013/ST-CLC-INDECOPI, entre otros.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

		• Enith Libertad Rivera Shupingahua • <u>Luis Edgar Rivera Shupingahua</u>	• 2500 acciones (25%) • 2500 acciones (25%)
11 de agosto de 2011	Aumento de capital	• Emerson Gustavo Rivera Shupingahua • Greta Selmira Rivera Shupingahua • Enith Libertad Rivera Shupingahua • <u>Luis Edgar Rivera Shupingahua</u>	• 12500 acciones (25%) • 12500 acciones (25%) • 12500 acciones (25%) • 12500 acciones (25%)
22 de octubre de 2012	Aumento de capital	• Emerson Gustavo Rivera Shupingahua • Greta Selmira Rivera Shupingahua • Enith Libertad Rivera Shupingahua • <u>Luis Edgar Rivera Shupingahua</u>	• 35500 acciones (25%) • 35500 acciones (25%) • 35500 acciones (25%) • 35500 acciones (25%)

Fuente: SUNARP.

Elaboración: Secretaría Técnica

Cuadro 2
Gerente General de la empresa Corporación Rivera

Periodo	Sub Gerente(s)
(28/03/2008 a la fecha)	<u>Luis Edgar Rivera Shupingahua</u>

Fuente: SUNARP.

Elaboración: Secretaría Técnica

34. Como puede apreciarse, al momento en el que el Proyecto Especial Alto Huallaga del Ministerio de Agricultura y Riego convocó a la ADS 16-2013/PEAH del 2 de julio de 2013, el señor Rivera ejercía el cargo de Gerente General de la empresa Corporación Rivera y poseía el 25% de las acciones de dicha empresa, mientras que los señores Emerson Gustavo Rivera Shupingahua (en adelante, el señor Emerson), Greta Selmira Rivera Shupingahua (en adelante, la señora Greta) y Enith Libertad Rivera Shupingahua (en adelante, la señora Enith) poseían el 75% restante de las acciones de Corporación Rivera. Cabe mencionar que, de acuerdo con la información verificada en Reniec, existen vínculos de parentesco de segundo grado de consanguineidad entre el señor Rivera y los señores Emerson, Greta y Enith, ya que son hermanos.
35. Tal como se indicó en el numeral 25 de la presente Resolución, de acuerdo con el artículo 4 de la Resolución de la SBS existen relaciones de propiedad indirecta cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

36. Por otro lado, conforme al artículo 5 de la Resolución de la SBS, las relaciones de gestión conllevan a la existencia de un grupo económico cuando, al momento de la comisión de la supuesta conducta anticompetitiva, una persona en el cargo de director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica tiene la capacidad de influir de forma preponderante y continua en las decisiones de los respectivos órganos de gobierno.
37. En el presente caso, se evidencia que existe una relación de propiedad indirecta entre el señor Rivera y los señores Emerson, Greta y Enith. En efecto, durante el período investigado, los señores Emerson, Greta y Enith poseían la propiedad del 75% de las acciones de Corporación Rivera. Por su parte, el señor Rivera fue Gerente General y propietario del 25% de las acciones de Corporación Rivera.
38. Por lo tanto, puede afirmarse que el señor Rivera y Corporación Rivera actuaron como una unidad económica, cuyo centro de decisión fue el señor Rivera, quien además de ser Gerente General de Corporación Rivera ejercía el control directo de la empresa, al poseer la propiedad directa del 25% de sus acciones y la propiedad indirecta del 75% restante. En atención a ello, la empresa Corporación Rivera y el señor Rivera, al haber formado 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.
39. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales al interior de la ADS 16-2013/PEAH, por lo que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Corporación Rivera y el señor Rivera.

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

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra el señor Luis Edgar Rivera Shupingahua y Corporación Rivera S.A.C., por presuntas prácticas colusorias horizontales incurridas en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva por Subasta Inversa Presencial 016-2013/PEAH, debido a que no existen indicios razonables de la existencia de la infracción investigada.

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

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia