

## **Expediente Preliminar 012-2009/CLC**

003-2010/ST-CLC-INDECOPI

10 de marzo de 2010

### **VISTO:**

Los Expedientes 1586-2009.TC y 1587-2009.TC remitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), sobre presuntas conductas anticompetitivas en el marco de la Licitación Pública 001-2009-INPE/18 (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 16 marzo de 2009, el Instituto Nacional Penitenciario– Dirección Regional de Lima (en adelante, el INPE) convocó al Proceso de Selección para el “suministro de raciones de alimentos preparados para el establecimiento penitenciario de Lurigancho de la ORL-INPE”.
2. Realizada la evaluación de las propuestas técnicas y económicas, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro a Comercial Tres Estrellas S.A. (en adelante, Tres Estrellas).
3. Mediante escritos del 15 y 19 de mayo de 2009, El Misti E.I.R.L. (en adelante, El Misti) y Maxicar E.I.R.L (en adelante, Maxicar), respectivamente, denunciaron ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE) que Tres Estrellas y el Consorcio formado por Cedaqui S.A.C. (en adelante, Cedaqui), Estephane Proveedores, Negociaciones Harol’s E.I.R.L. (en adelante, Harol’s), La Favorita Peruana S.R.LTDA. (en adelante, La Favorita) y Distribuciones Géminis SJT E.I.R.L. (en adelante, Géminis) (en adelante, el Consorcio) habían cometido prácticas restrictivas de la competencia en el marco del Proceso de Selección y solicitaron que se declare su nulidad por las siguientes consideraciones:
  - a) Los dos únicos postores del proceso de selección, Tres Estrellas y el Consorcio, tienen gerentes y funcionarios comunes, por lo que deberían ser considerados como empresas vinculadas.

- b) La presentación de propuestas separadas habría tenido como única finalidad simular competencia en el Proceso de Selección, para beneficiar a la empresa ganadora, Tres Estrellas. Ello, debido a que ninguna otra empresa podía haber alcanzado el máximo puntaje, por no tener el volumen de ventas requerido en las Bases del Proceso de Selección.
- c) Las condiciones del Proceso de Selección habrían sido concertadas con los miembros del Comité Especial. Además, dicha colaboración habría evitado la participación de otras empresas medianas y pequeñas, lo que podría acarrear la imposición de sanciones de índole penal.
4. Mediante Oficios 1111-2009/STRI-CCC y 1112-2009/STRI-CCC del 27 de agosto de 2009 y 1228-2009/STRI-CCC y 1230-2009/STRI-CCC del 18 de setiembre de 2009, el Tribunal del OSCE remitió al INDECOPI copia de los Expedientes 1586-2009.TC y 1587-2009.TC, los cuales fueron derivados a esta Secretaría Técnica.
5. Mediante los referidos oficios, invocando el artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>1</sup>, el Tribunal del OSCE solicitó una opinión técnica respecto de las denuncias realizadas por El Misti y Maxicar.
6. Con la finalidad de emitir una opinión al respecto, mediante Cartas 318 y 319-2009/ST-CLC-INDECOPI del 7 de octubre de 2009, esta Secretaría requirió a Tres Estrellas y Cedaqui, respectivamente, información sobre sus composiciones accionariales.
7. Asimismo, mediante Cartas 320 y 321-2009/ST-INDECOPI del 7 de octubre de 2009, se requirió a la señora Bertha Haydee Aduato Quispe y al señor José Gabriel Andía Niño de Guzmán, respectivamente, información sobre sus relaciones de parentesco con los funcionarios y accionistas de las empresas investigadas y los vínculos de propiedad y gestión que mantienen con Tres Estrellas y con las empresas integrantes del Consorcio.
8. El 14 y 16 de octubre de 2009, Tres Estrellas cumplió con absolver el requerimiento de información formulado.
9. El 15 de octubre de 2009, Cedaqui cumplió con absolver el requerimiento de información formulado.

---

<sup>1</sup> **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 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)

10. El 16 de octubre de 2009, Bertha Haydee Aduato Quispe y el señor José Gabriel Andía Niño de Guzmán cumplieron con absolver el requerimiento de información formulado.
11. Mediante Cartas 413, 414, 415, 416, 417, 418-2009/ST-CLC-INDECOPI del 2 de diciembre de 2009, se requirió a Géminis, La Favorita, Harol's, Estephanie Proveedores y Tres Estrellas, respectivamente, información sobre el mercado de suministro de raciones de alimentos preparados convocados por el INPE desde 2004 hasta 2009, así como información sobre sus relaciones de vinculación con Tres Estrellas y con las empresas integrantes del Consorcio.
12. Mediante Oficio 044-2009/ST-CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2009, esta Secretaría Técnica requirió al Tribunal del OSCE la relación de todos los procesos de selección para el suministro de raciones de alimentos preparados, convocados por el INPE desde 2004 hasta 2009.
13. El 22 de diciembre de 2009, Cedaqui, Harol's y Tres Estrellas absolvieron el requerimiento de información formulado.
14. El 28 de diciembre de 2009, Estephanie Proveedores absolvió el requerimiento de información formulado.
15. Mediante Oficio 285-2009-TCE-CSR del 29 de diciembre de 2009, el Tribunal del OSCE absolvió el requerimiento de información formulado.

## **II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN**

16. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, de acuerdo a la información contenida en los Expedientes 1586-2009.TC y 1587-2009.TC remitidos por el Tribunal del OSCE y la información obtenida durante la investigación preliminar realizada por esta Secretaría Técnica, existen indicios razonables de conductas anticompetitivas que permitan iniciar un procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034.

## **III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN**

### **3.1 Las facultades de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia frente a las prácticas colusorias horizontales en el marco de las contrataciones del Estado**

17. De acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo 1034, esta Secretaría Técnica se encuentra encargada de investigar posibles conductas anticompetitivas en el mercado y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) es el órgano competente para sancionar estas prácticas y dictar las medidas correctivas que correspondan<sup>2</sup>.
18. 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 competencia<sup>3</sup>.
19. Una de las modalidades de este tipo de acuerdos horizontales consiste en la concertación de ofertas, posturas o propuestas en el marco de un concurso para la contratación pública de bienes o servicios, supuesto conocido tradicionalmente como "licitaciones colusorias" o *bid rigging*, y sujeto a la prohibición absoluta prevista en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034<sup>4</sup>.
20. 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 estatales. 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.

---

<sup>2</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

**Artículo 14.- La Comisión.-**

(...)

14.2 Son atribuciones de la Comisión:

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

(...)

c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas; (...)

**Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-**

(...)

15.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar investigaciones preliminares;

<sup>3</sup> **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 (...)

<sup>4</sup> **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.

21. Consecuentemente, 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.
22. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal puesto que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
23. Así, cuando dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participan en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas similares, ello responde al interés de una misma unidad de decisión, la del grupo económico, por lo que no puede calificar como una práctica colusoria horizontal.
24. En efecto, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre empresas que son parte de un mismo grupo económico debido a que, siendo que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al cual pertenecen), no cabe la posibilidad de que tales empresas realicen una competencia efectiva, pues, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del cual forman parte.
25. Al respecto, en la decisión *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984), la Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que la actuación de las empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica colusoria, 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>5</sup>.
26. En el mismo sentido, la “Ley Tipo de Defensa de la Competencia” de la UNCTAD ha establecido referencialmente lo siguiente<sup>6</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 conspiran a los efectos de la Ley Sherman*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York, The Foundation Press. Inc., 1993, pp. 179 - 181.

<sup>6</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>7</sup> Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.

27. 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 respecto del concepto de “grupo económico”, existen ciertas normas sectoriales que se podrían tomar como referencia y aplicar supletoriamente para el 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).

28. 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.

(...)”

29. 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 jurídica o natural sobre otras.

30. 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.”*

31. 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 este 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.

32. 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. Es decir, diferentes empresas bajo control común deberían ser consideradas como un único actor económico.

33. 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>8</sup>.
34. 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 una sola entidad económica.
35. 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.
36. 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>9</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>10</sup> de la presente norma.”*

37. 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

---

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

<sup>9</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>10</sup> Anexo que contiene la fórmula para calcular la propiedad indirecta.

influir preponderante y continuamente en las decisiones de sus respectivos órganos de gobierno<sup>11</sup>.

38. 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.
39. 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.
40. 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.
41. 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>12</sup>.
42. 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 señaladas 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 8° 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.*

---

<sup>11</sup> En 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.

<sup>12</sup> SAPELLI, Claudio. *Concentración y grupos económicos en Chile*. Revista Estudios Públicos 88, 2002. pp. 86-87.

- 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.*
- 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.”*

43. 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).
44. 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.
45. Como se señaló anteriormente, el elemento principal de una práctica colusoria horizontal consiste en el efecto anticompetitivo que dicha conducta produzca o sea capaz de producir en el mercado<sup>13</sup>. En consecuencia, la conducta

<sup>13</sup> Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

coordinada de diversas 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 efectos anticompetitivos, toda vez que dichas empresas no podrían competir entre sí y, en consecuencia, tampoco podrían eliminar o restringir la competencia entre ellas.

46. 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 representan un mismo centro de interés. 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.
47. En esa misma línea se ha manifestado uniformemente esta Secretaría Técnica en casos anteriores remitidos por el Tribunal del OSCE<sup>14</sup>, 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 selección. Como ejemplos, tenemos los siguientes casos:

---

**Artículo 11.-** Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. (...) (el subrayado es nuestro)

**Artículo 12.-** Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. (el subrayado es nuestro)

<sup>14</sup> Antes, Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### Informes Técnicos sobre Grupo Económico (2000 - 2008)

Nro.	Nro. de Expediente Consucode	Entidad Denunciante	Postores Investigados	Nro. Informe de la Secretaría Técnica	Grupo Económico
1	638/2001.TC 642-2001.TC	Oficina Registral de la Libertad	Importaciones y Representaciones Industriales S.A.C. Violeta Cuevas Vasquez	014-2003-INDECOPI/ST-CLC	x
2	530/2003.TC	Municipalidad Distrital de Wanchak-Cusco	Nancy Callañaupa Escobar y Byofarm S.R.L.	019-2003-INDECOPI/ST-CLC	x
3	543/2003.TC 545/2003.TC	Municipalidad Distrital de Independencia-Lima	Mario Aristides Chávez Muñoz Sematco Contratistas Generales S.R.L.	020-2003-INDECOPI/ST-CLC	x
4	547/2003.TC 549/2003.TC	Municipalidad Distrital de Independencia-Lima	Mario Aristides Chávez Muñoz Sematco Contratistas Generales S.R.L.	021-2003-INDECOPI/ST-CLC	x
5	1061/2003.TC	Dirección Ejecutiva de Proyectos del Ministerio de Energía y Minas	Victor Antonio Torres Vásquez Constructora Trsatlántica S.R.L.	036-2004-INDECOPI/ST-CLC	x
6	814/2003.TC	Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República	SJT Comercializaciones y Representaciones S.A.C. Confecciones y Representaciones Militares E.I.R.L.	028-2004-INDECOPI/ST-CLC	x
7	009/2004.TC 011/2004.TC	Dirección Ejecutiva de Proyectos del Ministerio de Energía y Minas	Victor Antonio Torres Vásquez Constructora Trsatlántica S.R.L.	037-2004-INDECOPI/ST-CLC	x
8	238/2002.TC 284/2002.TC	Sedapal-Lima	K&G Contratistas Generales S.A. P&V Construcciones S.A.C.	001-2004-INDECOPI/ST-CLC	x
9	988/2003.TC	Dirección Ejecutiva de Proyectos del Ministerio de Energía y Minas	Constructora Solis S.A. A.G. y A. Constatistas Generaels S.R.L.	009-2004-INDECOPI/ST-CLC	x
10	1319/2004.TC 548/2005.TC	Sudamérica Spiro Fire S.A.	Sekur Perú S.A. La Casa del Extintor Consortio Dubai	021-2007-INDECOPI/ST-CLC	x
11	126/2006.TC 141/2006.TC 142/2006.TC 143/2006.TC 144/2006.TC	Gobierno Regional de San Martín	Estación de Servicios San Fernando III S.R.L. Servicios Amazónicos S.R.L.	022-2007-INDECOPI/ST-CLC	x
12	1926/2006.TC	Municipalidad Distrital de Calana	Gracián Vera Victoria V&V Contratistas Generales S.R.L.	012-2008-INDECOPI/ST-CLC	x
13	2563-2582- 2583/2007.TC	Municipalidad Distrital de San Luis	Agua y Alcantrillado y Obras S.A.C. Medición S.A.C. A.S. Ingenieros Contratistas y Ejecutores S.A.C.	023-2008-INDECOPI/ST-CLC	x

Fuente y Elaboración: Secretaría Técnica

En todos estos casos, teniendo en cuenta que los postores denunciados formaban parte de un mismo grupo económico, esta Secretaría Técnica concluyó que no correspondía iniciar un procedimiento administrativo sancionador por la comisión de conductas anticompetitivas.

### 3.2 Análisis del Caso

48. En atención al marco teórico desarrollado en el acápite anterior, corresponde analizar si Tres Estrellas y las empresas integrantes del Consorcio 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.
49. En ese sentido, corresponde analizar la información contenida en los expedientes remitidos por el Tribunal del OSCE. Ello, con la finalidad de determinar si existe algún vínculo que evidencie la conformación de un grupo económico.

50. Al respecto, de la revisión de la conformación del directorio, gerencias y accionistas de Tres Estrellas, y de dos empresas que conforman el Consorcio: Harol's y Cedaqui, se observa lo siguiente:

**Cuadro 1. Negociaciones Harol's E.I.R.L<sup>15</sup>**

<b>Nombre</b>	<b>Cargo</b>
José Gabriel Andía Niño de Guzmán	Titular - Gerente (desde el 18 de noviembre de 2008)
Berta Haydee Aauto Quispe	Titular - Gerente (desde el 6 de noviembre de 1998 hasta el 18 de noviembre de 2008)

Fuente: Partida Electrónica 11057995 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima y Callao.

Elaboración: Secretaría Técnica

**Cuadro 2. Directorio y Gerencias de Cedaqui S.A.C.<sup>16</sup>**

<b>Nombre</b>	<b>Cargo</b>
César Aauto Quispe	Gerente General (desde junio de 1992)

Fuente: Partida Electrónica 01702254 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima y Callao.

Elaboración: Secretaría Técnica

**Cuadro 3. Composición Accionarial de Cedaqui S.A.C.**

<b>Nombre</b>	<b>Porcentaje</b>
César Aauto Quispe	10%
Abelardo Manuel Aauto Diaz	45%
Estephanie Mariel Aauto Cóndor	45%

Fuente: Cedaqui.

Elaboración: Secretaría Técnica

**Cuadro 4. Directorio y Gerencias de Comercial Tres Estrellas S.A.<sup>17</sup>**

<b>Nombre</b>	<b>Cargo</b>
Berta Haydee Aauto Quispe	Presidente del Directorio (desde setiembre de 1982) Gerente General (desde el 18 de agosto de 2008)
Alberto Nixon Aauto Quispe	Director (desde setiembre de 1982)
John Cornelio Aauto Quispe	Director (desde octubre de 1995)
José Gabriel Andía Niño de Guzmán	Apoderado (del 31 de marzo de 2008 al 30 de setiembre de 2008)
Lidia Josefina Díaz Mescua	Apoderada

Fuente: Partida Electrónica 02017970 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima y Callao.

Elaboración: Secretaría Técnica

<sup>15</sup> Al 14 de mayo de 2009.

<sup>16</sup> Al 14 de mayo de 2009.

<sup>17</sup> Al 14 de mayo de 2009.

**Cuadro 5. Composición Accionarial de Comercial Tres Estrellas S.A.** <sup>18</sup>

Nombre	Porcentaje
Berta Haydee Adatao Quispe	81%
Alberto Nixon Adatao Quispe	14%
John Cornelio Adatao Quispe	5%

Fuente: Tres Estrellas.

Elaboración: Secretaría Técnica

51. De la revisión de los cuadros 1, 2, 3, 4 y 5, así como de las fichas de cada uno de los referidos funcionarios del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, se puede verificar lo siguiente:
- La existencia de relaciones de parentesco de segundo grado de consanguinidad entre el señor César Adatao Quispe, Gerente General y accionista de Cedaqui y titular de Estephanie Proveedores<sup>19</sup> (dos de las empresas integrantes del Consorcio), y los tres (3) directores y, a su vez, accionistas de la empresa Tres Estrellas, Alberto Nixon Adatao Quispe, Berta Haydee Adatao Quispe y John Cornelio Adatao Quispe.
  - El señor José Gabriel Andía Niño de Guzmán se desempeñó como Apoderado de Tres Estrellas y, posteriormente, como Gerente General de una de las empresas integrantes del Consorcio, Harol's.
  - La señora Bertha Haydee Adatao Quispe, accionista y Presidente del Directorio de Tres Estrellas, fue paralelamente Titular-Gerente de Harol's, una de las empresas integrantes del Consorcio, durante el periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 1998 y el 17 de noviembre de 2008.
52. Asimismo, a partir de la información que consta en los Expedientes 1586-2009.TC y 1587-2009.TC del Proceso de Selección, se observa que el señor Cesar Adatao Quispe se estaría desempeñando como representante del Consorcio.
53. Estos elementos, apreciados en conjunto, permiten inferir que Tres Estrellas y las empresas integrantes del Consorcio forman parte de un mismo grupo económico, donde la unidad de decisión está conformada, principalmente, por los hermanos César Adatao Quispe, Berta Haydee Adatao Quispe, Alberto Nixon Adatao Quispe y John Cornelio Adatao Quispe.
54. De acuerdo a lo anterior, Tres Estrellas y las empresas integrantes del Consorcio, al tener un mismo interés económico, el interés de su unidad de decisión (César Adatao Quispe, Berta Haydee Adatao Quispe, Alberto Nixon

<sup>18</sup> Socios Fundadores: Cornelio Adatao Sauri, Berta Haydee Adatao Quispe, Alberto Nixon Adatao Quispe y César Adatao Quispe.

<sup>19</sup> De la documentación que obra en los expedientes remitidos por el Tribunal del OSCE, se observa que el señor César Adatao Quispe estaría utilizando el nombre comercial de Estephanie Proveedores para presentarse a procesos de selección.

Adauto Quispe y John Cornelio Adauto Quispe), no podrían ser consideradas como competidores efectivos entre sí, por lo que no podría haberse configurado una práctica colusoria horizontal entre ellas.

55. Sin perjuicio de lo anterior, esta Secretaría Técnica considera pertinente hacer referencia al cuestionamiento que El Misti y Maxicar realizaron al Proceso de Selección en relación con la existencia de una posible concertación entre los miembros del Comité Especial y Tres Estrellas, para favorecer a esta última. La base de esta alegación estaría en el hecho que las Bases establecían que, para obtener el máximo puntaje en la evaluación de la experiencia del postor, era necesario acreditar un volumen de ventas que, en la práctica, sólo podía ser alcanzado por Tres Estrellas.<sup>20</sup>
56. Sobre el particular, cabe precisar que este hecho no podría configurar un supuesto de prácticas colusorias, de acuerdo al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, toda vez que la presunta afectación de la competencia al interior del Proceso de Selección se habría originado en la actuación de la entidad pública convocante y no en una actuación colusoria por parte de los postores. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y penal que podría corresponder a los integrantes del Comité Especial si esta alegación llegara a demostrarse<sup>21</sup>.
57. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que, a partir de la información proporcionada por el Tribunal del OSCE y las empresas investigadas, así como del análisis y revisión de la información contenida en los expedientes del Proceso de Selección, 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 1034, y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

---

<sup>20</sup> El volumen de ventas exigido inicialmente en las Bases del Proceso de Selección era ascendente a tres (3) veces el Valor Referencial (S/. 17'398,637.50) en un periodo de cuatro (4) años en un máximo de quince (15) contrataciones, condición que sólo podía ser cumplida por Tres Estrellas. Frente a las observaciones que realizaron algunas empresas, el Comité Especial modificó las Bases estableciendo que, para obtener el máximo puntaje en el rubro indicado, sería necesario acreditar ventas superiores a dos (2) veces el valor referencial, durante un período de cinco (5) años en un máximo de veinte (20) contrataciones. A pesar de esta modificación, Tres Estrellas seguía siendo la única empresa con la capacidad de acreditar un monto similar. Tres Estrellas acreditó un total de S/. 38'527,003.56 en volúmenes de venta en el Proceso de Selección mientras que el Consorcio, en conjunto, acreditó un total de S/. 21'713,627.47 en volúmenes de venta. Por otra parte, según la información proporcionada por el Tribunal del OSCE y asumiendo los montos máximos, el Consorcio podría acreditar S/. 22'490,766.40 en volúmenes de venta, monto que seguiría siendo inferior al monto acreditado por Tres Estrellas.

<sup>21</sup> **Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**  
Artículo 58.- Funciones  
El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:  
(...)  
k) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los casos en que se observe trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito;

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Comercial Tres Estrellas S.A. y el Consorcio conformado por Cedaqui S.A.C., Estephanie Proveedores, Negociaciones Harol's E.I.R.L, La Favorita Peruana S.R.LTDA. y Distribuciones Géminis SJT E.I.R.L., al no existir indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior de la Licitación Pública 001-2009-INPE/18.

**SEGUNDO:** Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, al Instituto Nacional Penitenciario – Dirección Regional de Lima, a Comercial Tres Estrellas S.A. y al Consorcio integrado por Cedaqui S.A.C., Estephanie Proveedores, Negociaciones Harol's E.I.R.L, La Favorita Peruana S.R.LTDA. y Distribuciones Géminis SJT E.I.R.L.

**Miguel Ángel Luque Oyarce**  
Secretario Técnico