

Expediente Preliminar 017-2007/CLC

Resolución 004-2011/ST-CLC-INDECOPI

4 de marzo de 2011

VISTO:

La denuncia interpuesta por Representaciones Center S.A. (en adelante, Center) contra E y R Representaciones, Distribuciones y Servicios S.R.L. (en adelante, E y R), Industrial Alufersa E.I.R.L. (en adelante, Alufersa) y Corporaciones de Industrias y Servicios del Pacífico S.A.C. (en adelante, Pacífico) remitida por la Subgerencia de Logística y el Departamento de Compras del Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, BCR) por presuntas conductas anticompetitivas al interior de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial 0004-2007-BCRPLIM (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 10 de octubre de 2007, el BCR convocó el Proceso de Selección para la adquisición de los siguientes ítems: i) 797,9 toneladas de flejes laminados¹ de alpaca en bobinas por un valor referencial unitario de US\$ 13 473,50 (trece mil cuatrocientos setenta y tres y 50/100 dólares americanos), ii) 486,1 toneladas de flejes laminados de latón en bobinas por un valor referencial unitario de US\$ 9 802,50 (nueve mil ochocientos dos y 50/100 dólares americanos) y iii) 189,8 toneladas de flejes laminados de aluminio 5754 en bobinas por un valor referencial unitario de US\$ 6 398,00 (seis mil trescientos noventa y ocho y 00/100 dólares americanos).
2. Realizada la evaluación de las propuestas técnicas y económicas en el Acto Público de Presentación de Propuestas, Puja y Otorgamiento de la Buena Pro (en adelante, Acto de Buena Pro) del 8 de noviembre de 2007, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro respecto al ítem iii) a Center por un monto unitario de US\$ 5 530,39 (cinco mil quinientos treinta y 39/100 dólares americanos)².

¹ De los flejes laminados en bobina se obtienen los cospeles, utilizando para ello las matrices de corte. Luego, los cospeles tratados térmicamente en hornos eléctricos para luego ser acuñados. Los hornos eléctricos poseen un ducto con sistema sinfin de ingreso y salida.

² Los ítems i) y ii) fueron adjudicados a Circulo de Inversionistas S.A.C. y Mital Appliance Limited respectivamente.

3. Mediante Resolución de la Gerencia General de Adquisiciones y Contrataciones 127-2007-BCRP del 26 de noviembre de 2007, se declaró la nulidad del acto de otorgamiento de la Buena Pro del ítem iii) debido a un error material al consignarse un costo de materia prima diferente al que se estableció en las Bases del Proceso de Selección, disponiéndose que se retrotraiga el proceso a la etapa de evaluación económica, con exclusión de la propuesta de Center.
4. Mediante carta del 3 de diciembre de 2007, Center solicitó al BCR la descalificación de E y R, Alufersa y Pacífico, postores en el Proceso de Selección, por actos de concertación.

Center sustentó su solicitud en los siguientes argumentos:

- i. El Gerente de Alufersa, el señor Jesús Arturo Zúñiga Mercedes (en adelante, el señor Jesús Zúñiga), es hermano del Gerente General de Pacífico, el señor Fredith Zúñiga Mercedes (en adelante, el señor Fredith Zúñiga).
 - ii. Alufersa y Pacífico cuentan con el mismo domicilio legal en el Jr. Alberto Aberd 656, Urbanización Zarumilla.
 - iii. En el Acto de Buena Pro del 8 de noviembre de 2007, Alufersa fue representada por el señor Elmer Coronado Zúñiga (en adelante, el señor Coronado), quien tuvo también la condición de Director en Pacífico.
 - iv. E y R fue Representante Comercial Exclusivo de Alufersa.
 - v. E y R no tiene el giro comercial de importación de aluminio o flejes de aluminio, ni cuenta con la suficiente capacidad financiera y económica que se requiere para cumplir con las obligaciones derivadas del ítem iii).
 - vi. E y R, Alufersa y Pacífico utilizaron un mismo formato en las propuestas económicas.
5. Mediante Carta 0521-2007-ADM120 del 12 de diciembre de 2007, el BCR remitió a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) copia de la carta de Center del 3 de diciembre de 2007, así como copia del Informe Legal emitido por la Subgerencia de Asesoría Legal en Asuntos Contenciosos Administrativos y copia del Informe Administrativo documentado del Departamento de Compras.
 6. Mediante Acto de Buena Pro del 17 de diciembre de 2007, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro respecto al ítem iii) a E y R por un monto unitario de US\$ 5 956,39 (cinco mil novecientos cincuenta y seis y 39/100 dólares americanos).
 7. Con la finalidad de emitir una opinión al respecto, mediante Cartas 117, 118 y 119-2008/CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2008, esta Secretaría Técnica requirió a Pacífico, E y R y Alufersa, respectivamente, información sobre las empresas, la relación de vinculación entre ellas, y el Proceso de Selección. El 1 de abril de 2008, Pacífico, E y R e Alufersa cumplieron con absolver el requerimiento de información.
 8. Mediante Carta 340-2010/ST-CLC-INDECOPI del 23 de setiembre de 2010, esta Secretaría Técnica requirió a Alufersa información sobre su relación de representación comercial con E y R y una copia del documento de otorgamiento

de Poderes al señor Coronado para el Acto de Buena Pro del 8 de noviembre de 2007. El 13 de octubre de 2010, Alufersa cumplió parcialmente con absolver el requerimiento de información.

9. Mediante Carta 403-2010/ST-CLC-NDECOPI del 2 de noviembre de 2010, esta Secretaría Técnica requirió información a Alufersa sobre la existencia de una relación entre esta empresa y el señor Coronado, así como la descripción de los siguientes productos: a) matrices para corte de discos³, y b) ducto con sistema sinfín de ingreso y salida para horno recocido de cospeles⁴. El 23 de noviembre de 2010, Alufersa cumplió con absolver el requerimiento de información.
10. Mediante Oficio 029-2010/ST-CLC-INDECOPI del 2 de noviembre de 2010, esta Secretaría Técnica requirió al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (en adelante, el OSCE) la relación de empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (en adelante, el RNP) que proporcionen flejes laminados en bobinas, la relación de todos los procesos de selección para la adquisición de flejes laminados en bobinas, y la relación de todos los Procesos de Selección en los cuales participaron E y R, Alufersa y Pacifico, durante el periodo comprendido entre 2005 y 2009. El 6 de diciembre de 2010, el OSCE cumplió con absolver el requerimiento de información.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

11. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de conductas anticompetitivas en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra las empresas E y R, Alufersa y Pacifico.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma Aplicable

12. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁵, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas

³ De acuerdo a Industrial Alufersa, las matrices para corte de discos son “ (...) accesorios de perforación que sirven para cortar material de latón, alpaca, aluminio o algún tipo de metal blando, en forma circulares (sic), es decir, forma de discos. Así mismo, está constituido con otros accesorios complementarios como punzones de corte, placa cortadora, etc.”.

⁴ De acuerdo a Industrial Alufersa el ducto con sistema sinfín de ingreso y salida para horno recocido de cospeles es “ (...) un sistema mecánico de forma cilíndrica (forma horizontal) que transporta “cospeles” hacia el interior de un horno para otorgarle un tratamiento térmico, mediante el cual se reduce la dureza de estos”.

⁵ **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.

existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

13. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁶, 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.
14. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701⁷, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento⁹.
15. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034¹⁰, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

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

16. 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 es el órgano competente para sancionar estas infracciones y dictar las medidas correctivas que correspondan¹¹.

⁶ **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.

⁷ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁸ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Disposición Complementaria Transitoria

Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

¹⁰ **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;

¹¹ **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;

(...)

17. El artículo 6 del Decreto Legislativo 701 tipifica, en particular, a las prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias horizontales, es decir, a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.
18. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias horizontales consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, supuesto conocido tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y previsto en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701¹².
19. Una licitación colusoria supone que dos o más empresas que deberían competir por hacerse de la buena pro en un proceso de selección, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. En tal sentido, las empresas que participan en una licitación colusoria deben ser necesariamente competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses distintos, que se ven alineados circunstancialmente para restringir la competencia entre ellos.
20. 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.
21. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal, toda vez que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
22. Así, si dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participaran en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas coordinadas, 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.
23. En efecto, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico pues, siendo que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al cual

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;

¹² **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.

pertenece), 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.

24. Al respecto, en la decisión *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la actuación de las empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica colusoria horizontal, puesto que no son competidores efectivos entre sí, sino que actúan como un “grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor”¹³.
25. En el mismo sentido, la “Ley Tipo de Defensa de la Competencia” de la UNCTAD ha establecido referencialmente lo siguiente¹⁴:

*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*¹⁵.

26. En lo que se refiere al concepto de grupo económico, si bien en la legislación nacional no existe una norma general y abstracta que sea de aplicación en todos los casos y para todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que se podrían tomar como referencia y aplicar supletoriamente al análisis. Una de esas normas es la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS).
27. 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.
(...)*

¹³ ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York, The Foundation Press. Inc., 1993, págs. 179 - 181.

¹⁴ Ver: <http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf>, comentarios al Artículo III. pág. 25.

¹⁵ Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.

28. De la definición citada se desprende que existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las empresas que simplemente se encuentran vinculadas. Tal elemento constitutivo de un grupo económico es el control ejercido por una persona natural o jurídica sobre otras.
29. 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.

30. El control en un grupo económico es ejercido por una persona natural o jurídica o un conjunto de ellas que actúan como una unidad de decisión. En ese sentido, el control se puede concebir como la dirección consciente de las actividades de un conjunto de agentes controlados, guiada por un interés único, correspondiente al detentador del control.
31. 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 detenta el control. En ese sentido, diferentes empresas bajo control común deberían ser consideradas como un único actor económico.
32. 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. Así, el control tiene el aspecto de dirigir, organizar, crear o dar forma a la actividad del agente controlado¹⁶.
33. 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.

¹⁶ SOLO, Robert A. *Intra-enterprise conspiracy and the theory of the firm*. The Journal of Business, Vol. 34, Nº 2, 1961. pág.157.

34. 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 derecho de voto en la junta general de accionistas o socios.
35. 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 parientes¹⁷ 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^[18] de la presente norma.”*

36. Estas relaciones de propiedad, por sí solas, no suponen la existencia de un grupo económico, pues para ello sería necesario que otorguen a los propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas, es decir, la capacidad de influir preponderante y continuamente en las decisiones de sus respectivos órganos de gobierno¹⁹.
37. 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.
38. 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

¹⁷ 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.

¹⁸ Anexo que contiene la fórmula para calcular la propiedad indirecta.

¹⁹ En el citado caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación, una de ellas era la matriz de la otra, apoyándose en que una actividad coordinada entre ellas debe ser vista como la de una sola empresa, pues tienen siempre la misma unidad de propósito o designio común.

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

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

de gobierno de las demás empresas que forman parte de un grupo económico. Esto es lo que se conoce como control indirecto.

39. 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.
40. 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 entrelazados²⁰.
41. Sin embargo, las relaciones de gestión no se limitan a los directores entrelazados, sino que se extienden a una serie de relaciones que se encuentran detalladas en el artículo 5 de la Resolución de la SBS:

“Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 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.*
- 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.*

²⁰ SAPELLI, Claudio. *Concentración y grupos económicos en Chile*. Revista Estudios Públicos 88, 2002. págs. 86 y 87.

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

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

42. 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).
43. 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.
44. 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 mercado²¹. En consecuencia, la conducta coordinada entre dos o más empresas que responden a una misma fuente de control, al estar guiadas por un mismo interés y designio, no podría ser considerada capaz de producir un efecto anticompetitivo, toda vez que dichas empresas no podrían competir entre sí y, en consecuencia, tampoco podrían eliminar o restringir la competencia entre ellas.
45. Por tanto, para analizar la existencia de una posible práctica colusoria horizontal, resulta necesario determinar previamente si las empresas 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 701.
46. 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

²¹ **Decreto Legislativo 701**
Artículo 6.-

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

conducta no podía ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia al interior de los respectivos procesos de selección²².

3.3. Análisis del Caso

3.3.1. Indicios razonables de la existencia de un grupo económico

47. Considerando el marco teórico desarrollado en la sección anterior, corresponde determinar si E y R, Alufersa y Pacífico 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.
48. En tal sentido, corresponde analizar la información contenida en las partidas registrales de las empresas investigadas durante el periodo en que se llevó a cabo el Proceso de Selección, con la finalidad de establecer las participaciones sociales y la conformación de los órganos de administración de dichos postores. Tal información se refleja en el cuadro que se muestra a continuación:

Cuadro 1
Participación social y órganos de Alufersa, Pacífico y E y R
(2001 – 2010)

Empresa	Accionistas	Participación accionarial	Representante	Cargo
Alufersa	Zuñiga Mercedes, Jesus Arturo	Titular - Gerente		
Pacífico	Zuñiga Mercedes, Fredith Hernan	87,5%	Zuñiga Mercedes, Fredith Hernan	Presidente de Directorio /Gerente General
	Nery Espinoza, Elizabeth Rocio	12,5%	Nery Espinoza, Elizabeth Rocio	Director
			Coronado Zuñiga, Elmer	Director
E y R	Chavez Oliveros, Ada Esperanza	50,0%	Chavez Oliveros, Ada Esperanza	Gerente General
	Cueva Chavez, Elfre Enrique	25,0%	Cueva Chavez, Elfre Enrique	Gerente administrativo
	Cueva Chavez, Richard Edward	25,0%	Cueva Chavez, Richard Edward	Gerente de Relaciones Públicas

Fuente: Partidas registrales 01407112, 11170901 y 11454810 del Registro Público de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.

Elaboración: Secretaría Técnica

49. De acuerdo al cuadro anterior, existe una relación de vinculación por razones de parentesco entre Alufersa y Pacífico, toda vez que el señor Jesus Zuñiga, Titular

²² Ver: Resolución 014-2010/ST-CLC-INDECOPI, 011-2010/ST-CLC-INDECOPI, 003-2010/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 023-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 012-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 022-2007-INDECOPI/ST-CLC, 021-2007-INDECOPI/ST-CLC, entre otros.

Gerente de Alufersa, es hermano del señor Fredith Zuñiga, Presidente de Directorio, Gerente General y titular del 87,5% de las acciones de Pacífico.

50. Asimismo, existe relación de vinculación por razones de gestión entre Alufersa y Pacífico, toda vez que el señor Coronado ha sido representante y asesor de Alufersa desde el 2004 hasta el 2010, y Director de Pacífico durante el mismo periodo²³.
51. En particular, de la información obtenida del OSCE y de las respuestas a los requerimientos de información, se desprende que el señor Coronado participa activamente en la realización de una serie de actividades de la empresa Alufersa.
52. Al respecto, mediante carta de 23 de noviembre de 2010, en respuesta a la Carta 403-2010/ST-CLC-INDECOPI, Alufersa indicó que el señor Coronado le brinda asistencia técnica a tiempo parcial, en las labores administrativas y en el desarrollo de productos. Asimismo, Alufersa señaló que el señor Coronado brindó asistencia como su representante en la entrega propuestas en algunos procesos de selección convocados por entidades estatales. Por otro lado, Alufersa precisó que las labores del señor Coronado se vienen realizando desde el año 2004 hasta la actualidad.
53. En similar sentido, se puede observar que, en la página web del OSCE, el señor Coronado aparece como la persona de contacto de la empresa Alufersa²⁴. Precisamente, en el Acto de Buena Pro, el señor Coronado se presentó como representante de Alufersa siendo también Director de Pacífico.
54. Por lo tanto, de acuerdo a la vinculación por razones de parentesco y de gestión existentes entre Alufersa y Pacífico, esta Secretaría Técnica considera que existen indicios razonables de que ambas empresas pertenecen a un mismo grupo económico.
55. Por otro lado, corresponde determinar si entre Alufersa y Pacífico, y E y R existió vinculación y, de ser el caso, si dicha vinculación implicó la existencia de un grupo económico.
56. Al respecto, Center señaló que E y R fue Representante Comercial Exclusivo de Alufersa en el expediente de contratación de la Adjudicación Directa Selectiva ADS-0042-2007-BCRPLIM convocado por el BCR para la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de un ducto para horno de recocido de cospeles.
57. Cabe señalar que el contrato de Representación Comercial es un contrato mercantil que se encuentra vinculado al desarrollo de las actividades económicas de una empresa. El contrato de Representación Comercial, toda vez que es atípico, puede variar dependiendo de las voluntades de las partes y de las obligaciones a las cuales se quieran comprometer. En ese sentido, se debe

²³ Ver escrito del 23 de noviembre de 2010.

²⁴ Ver: <<http://www.osce.gob.pe/consultasenlinea/catalogoConsultas/Contacto.asp?ruc=20110009756>>

de evaluar estas relaciones a la luz de las características particulares de cada contrato.

58. Alufersa señaló que, durante el 2007, E y R le solicitó i) la fabricación de seis matrices para corte de discos, que incluía punzones machos y hembras, y la fabricación, instalación y puesta en funcionamiento de un ducto con sistema sinfín de ingreso y salida para horno de recocido de cospeles; y ii) una Constancia de Comercialización que señale que tenía “representación exclusiva de comercialización y distribución sobre dichos bienes”.

Al respecto, precisó que las Constancias de Comercialización son solicitadas con frecuencia por diversos clientes y sirven para formalizar su compromiso con ellos. De esa forma, sus clientes pueden entregar a otras empresas o entidades las Constancias de Comercialización.

59. Sobre el particular, Alufersa precisó que la Constancia de Comercialización que entregó a E y R fue para el BCR y se enmarcaba para los bienes que solicitó que se fabrique.
60. Al respecto, cabe recordar que los bienes materia de dicha Constancia de Comercialización fueron distintos a los solicitados en el ítem iii) del Proceso de Selección. En efecto, mientras que la Constancia de Comercialización estuvo referida a la fabricación de seis matrices para corte de discos y un ducto con sistema sinfín de ingreso y salida para horno recocido de cospeles, el ítem iii) del Proceso de Selección consistió en la adjudicación de flejes laminados de aluminio en bobina.
61. Por lo tanto, de acuerdo a las características de la Constancia de Comercialización otorgada a favor de E y R, esta Secretaría Técnica considera que dicho documento no constituye un indicio razonable de que E y R forme parte del mismo grupo económico que Alufersa y Pacífico.
62. Asimismo, de acuerdo al Cuadro 1 no se identifica relaciones de vinculación por razones gestión, propiedad, o parentesco entre Alufersa y Pacífico, y E y R.
63. A continuación corresponde analizar si existen indicios razonables de un acuerdo colusorio entre Alufersa y Pacífico, y E y R en el Proceso de Selección.

3.3.2. Proceso de Selección

64. Como se ha señalado, el BCR convocó a una Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial 0004-2007-BCRPLIM para la adjudicación de flejes laminados en bobinas. Los flejes laminados son utilizados como insumo en el proceso de fabricación de monedas²⁵.
65. Según el Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la subasta inversa es una modalidad

²⁵ En el 2007 el BCR adquirió 277 toneladas de flejes laminados de aluminio, 486 toneladas de latón y 798 toneladas de alpaca para la elaboración de monedas. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ, *Memoria Institucional del BCRP*, 2007, pág. 26.

de selección en donde una entidad elige al proveedor de bienes y servicios a través de una subasta pública. El postor seleccionado es aquel que ofrece el menor precio o el menor costo del bien o servicio en cuestión²⁶.

66. Según la misma norma, el Proceso de Selección consta de las siguientes etapas: (i) convocatoria, (ii) inscripción de participantes, y (iii) el acto de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro²⁷.
67. La presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro está conformado por las siguientes etapas o actos: (a) presentación, apertura y clasificación de propuestas económicas, (b) puja, y (c) otorgamiento de la Buena Pro. En el acto (a) el participante debe presentar, entre otros documentos, la propuesta económica, que es el precio o costo del bien o servicio ofertado, en sobre cerrado (oferta inicial). Una propuesta económica es considerada válida si no supera el 110% del valor referencial establecido en las bases del Proceso de Selección²⁸.

²⁶ **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**
Artículo 175.- Definición

La Subasta Inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la adquisición de bienes comunes y la contratación de servicios comunes a través de una oferta pública y en la cual, el postor ganador será aquel que ofrezca el menor precio o costo en igualdad de circunstancias comerciales y de servicio. Esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica.

La Subasta Inversa Presencial se realiza en acto público por medio de propuestas de precios o de costos escritos y lances verbales.

La Subasta Inversa Electrónica o Virtual se realiza a través de la utilización de recursos de tecnología de la información, de acuerdo a los procedimientos que establezca la reglamentación específica.

²⁷ **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**
Artículo 181.- Etapas

Las etapas en esta modalidad de selección son:

- 1) Convocatoria
- 2) Inscripción de participantes
- 3) Presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro.

En esta modalidad de selección no se considerarán las etapas de consulta ni de observaciones a las bases. Independientemente del tipo de proceso de selección, el plazo entre la convocatoria y la presentación de propuestas no será menor a ocho días hábiles.

²⁸ **Resolución 094-2007-CONSUCODE/PRE, Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial**

Artículo 20.- Presentación de sobres de habilitación y de propuestas económicas

El Presidente del Comité Especial llamará a todos los participantes en el orden en que se hubieren inscrito, con la finalidad que presenten sus dos (2) sobres, de los cuales el primero, denominado sobre de habilitación, contendrá la documentación que acredite que el postor se encuentra habilitado para participar en el proceso de selección y cumplir con el objeto de la contratación, y el segundo su propuesta económica. En caso de actuar a través de representante, se deberá acreditar que éste cuenta con los poderes suficientes para formular propuestas en procesos de selección.

En el sobre de habilitación los participantes deberán presentar:

- a) Copia simple del certificado de inscripción vigente en el capítulo de Proveedores de Bienes o de Servicios del Registro Nacional de Proveedores, según corresponda, emitido por CONSUCODE;
- b) Declaración Jurada conforme a lo establecido en el artículo 76 del Reglamento de la Ley;
- c) Declaración Jurada de ser micro o pequeña empresa, de ser el caso; d) Promesa de consorcio, de ser el caso;
- e) De ser el caso, declaración jurada señalando que el bien o servicio ofrecido ha sido o va a ser elaborado o prestado en territorio nacional, de acuerdo a la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional y normas complementarias. La presentación de este documento deberá ser conocida en todo momento por los asistentes durante el acto público;
- f) Copia de aquellos documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Entidad convocante por tener estricta relación con la habilitación de un postor para cumplir con el objeto de la adquisición o contratación.

La oferta económica se presentará en sobre cerrado, debiendo indicarse el precio o costo ofertado en función al valor referencial unitario establecido en las Bases, y deberá expresarse hasta con dos (2) decimales. La propuesta económica deberá incluir todos los conceptos a que se refiere el quinto párrafo del artículo 120° del Reglamento de la Ley. En caso de procesos de selección según relación de ítems, los postores deberán presentar por cada ítem el sobre que contenga la oferta económica. Las propuestas se presentarán en hojas simples y se redactarán

68. Posteriormente, en el acto (b) participan los postores clasificados, quienes tienen la opción de ofrecer un precio o costo menor al de su oferta inicial. En esta etapa se le asigna el mayor puntaje al postor que ofrece el menor precio o costo del bien o servicio²⁹. Por último, en el acto (c) se otorga la Buena Pro al postor que haya obtenido el mayor puntaje³⁰.

por medios mecánicos o electrónicos o por manuscrito, debiendo llevar siempre el sello y la rúbrica del postor. Bajo esta modalidad de selección no es posible que un postor presente propuestas alternativas o más de una propuesta para un mismo ítem o proceso de selección.

Artículo 21.- Apertura de propuestas

Una vez presentadas las propuestas, el Presidente del Comité Especial abrirá los sobres de habilitación de cada uno de los postores, para verificar la presentación de la totalidad de la documentación exigida en las Bases. En caso se omita la presentación de alguno de ellos se procederá a la descalificación. Acto seguido, el Presidente del Comité Especial abrirá cada uno de los sobres que contienen las propuestas económicas de los postores habilitados, anunciando los montos ofertados y el secretario los anotará en la pantalla, a través de un sistema informático, o directamente en la pizarra, ordenándolos de menor a mayor y garantizando la perfecta visualización y seguimiento por parte de los asistentes.

Las propuestas económicas que superen en más del diez por ciento (10%) el valor referencial, no serán consideradas válidas y serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas. En esta modalidad de selección no se aplican los márgenes mínimos establecidos en el artículo 33 de la Ley.

En los procesos de selección según relación de ítems, la apertura de los sobres que contienen las propuestas económicas y el procedimiento previsto en los artículos 22, 23 y 24 del presente Reglamento se realizará ítem por ítem de manera sucesiva.

El notario público o Juez de Paz deberá verificar dichas actuaciones y hacer las anotaciones correspondientes en el acta respectiva.

²⁹ **Resolución 094-2007-CONSUCODE/PRE, Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial**

Artículo 23.- Período de Puja

Solamente los postores que hubieran sido clasificados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22, podrán participar en el período de puja realizando lances verbales, debiendo contemplar necesariamente, al momento de efectuar los lances, el valor monetario fijado como decremento mínimo, aplicado al monto más bajo ofrecido hasta dicho momento.

Durante el período de puja, los postores pueden realizar las coordinaciones internas que consideren pertinentes, ya sea por vía telefónica u otros medios análogos disponibles, con la finalidad de hacer propuestas serias y reales. Sin embargo, considerando que se hallan en plena competencia, cualquier comunicación o coordinación entre ellos que sea detectada por el Comité Especial y el notario público o Juez de Paz, será considerada como un acto de concertación prohibido por la Ley, y ocasionará la descalificación inmediata de los postores implicados. El Presidente del Comité Especial invitará al postor que haya presentado la propuesta de menor precio o costo a dar inicio a la puja realizando lances verbales, y luego a los demás postores en el orden de prelación que hayan ocupado en la clasificación de propuestas, siguiendo la secuencia de menor a mayor precio o costo. Un postor será excluido de la puja cuando, al ser requerido para realizar un lance verbal, manifieste expresamente su desistimiento.

Cuando un postor sea requerido para realizar un lance verbal, contará con no más de tres (03) minutos para dar una respuesta; de lo contrario, se le tendrá por desistido. El Comité Especial proveerá de un sistema de control de tiempo que sea visible para todos los participantes.

El período de puja mediante lances verbales culmina cuando se ha identificado el precio o costo más bajo, luego de que todos los demás postores que participaron en dicho período hayan desistido de seguir presentando nuevas propuestas.

³⁰ **Resolución 094-2007-CONSUCODE/PRE, Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Presencial**

Artículo 25.- Otorgamiento de la buena pro

La buena pro se otorgará al postor que haya obtenido el mayor puntaje. Si se presentara un solo postor con propuesta válida, se le otorgará la buena pro, de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 32 de la Ley.

De haberse previsto en la convocatoria, se podrá distribuir la buena pro en la forma establecida en el artículo 134° del Reglamento de la Ley. El otorgamiento de la buena pro a propuestas que superen el valor referencial hasta el límite señalado en el artículo 33 de la Ley, quedará supeditado a la asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego, debiendo suspenderse el acto público hasta que se obtenga dicha autorización, salvo que el postor ganador acepte adecuar su propuesta al valor referencial, en cuyo caso se le otorgará la buena pro.

Para efectos de la aplicación de lo establecido en el inciso 2) del artículo 203 del Reglamento de la Ley, debe precisarse en el acto público y anotarse en actas que, en caso que el postor al que se le otorga la buena pro no suscriba el contrato dentro de los plazos establecidos, la misma le corresponderá al postor que ha ocupado el segundo lugar. En el supuesto que el proceso de selección sea declarado desierto por la ausencia de propuestas válidas hasta en dos (2) oportunidades, la dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones convocará a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley.

3.3.2.1. Las propuestas económicas

69. De la información remitida por el BCR, se observa que las propuestas económicas presentadas por Alufersa y Pacífico, y E y R fueron diferentes. Al respecto, como se muestra en el Cuadro 2, los costos totales por tonelada consignados por E y R son menores en 6% y 5% a los de Alufersa y Pacífico.

**Cuadro 2. Ofertas Iniciales del ítem iii).
Dólares por tonelada de fleje de aluminio**

Rubros de costos	E y R	Alufersa	Pacífico
A. Costo de materia prima	2 595,24	2 595,24	2 595,24
B. Costos de transformación y otros gastos por flejes entregados en el puerto del Callao o en un local ubicado en Lima	2 480,00	2 800,00	2 750,00
C. Costo de tasa arancelaria	0,00	0,00	0,00
D. Costo de impuesto general a las ventas e impuestos de promoción municipal	964,30	1 025,10	1 015,60
E. Desaduanaje	16,85	16,85	16,85
F. COSTO TOTAL	6 056,39	6 437,19	6 377,69

Fuente: BCR

Elaboración: Secretaría Técnica

70. Por otro lado, Alufersa y Pacífico, y E y R, para la elaboración de sus respectivas propuestas económicas obtuvieron información de distintas fuentes. Así, el Cuadro 3 muestra las fuentes de información utilizadas por Alufersa y Pacífico, y E y R para el cálculo de los costos de transformación y otros gastos relacionados a la importación de flejes.

Cuadro 3
Fuentes de información por rubro de costos consignados en el ítem iii)

Rubro de costos	Sub-rubros de costos	E y R	Alufersa	Pacífico
A. Costo de materia prima		Bases de Licitación	Bases de Licitación	Bases de Licitación
B. Costos de transformación y otros gastos por flejes entregados en el puerto del Callao o en un local ubicado en Lima	General	-	Novelis Do Brasil Ltda. Deducido según la información de la Declaración única de Aduanas (DUA) 107184 y 107447, ambos del 2007.	- DUA 10718 del 2007 - Comunicación telefónica con Agencias de Aduana - Comunicación telefónica con Banco Scotiabank - Visita de nuestro Sectorista del Banco Scotiabank Utilidad: 9%
	Costo de transformación	Novelis Do Brasil Ltda.	-	Precio FOB menos materia prima
	Flete	Tramarse (4,6% sobre el valor FOB) Referencia de DUA 107184	-	5% sobre el valor FOB Referencia de DUA 107184
	Seguro	1,25 sobre el valor FOB Referencia de DUA 107184	-	1,5% sobre el valor FOB - Referencia de DUA 107184
	Agente de aduana	0,6% valor CIF - Palacios y Asociados Agente de Aduanas S.A.	-	0,8% sobre el valor CIF + IGV
	Costo de emisión de carta de crédito	Banco Continental: 0.8% sobre el valor CIF	-	Scotiabank: 1% sobre el valor CIF
	Gastos de representación	Agencias de viaje, estadías, pago personal, transportes internos, etc.	-	
	Costos de financiamiento	Por 6 meses: Banco Continental y otros	-	Por 8 meses, según Scotiabank.
	Utilidad estimada	Acuerdo de socios de la empresa.	15%	9%
C. Costo de tasa arancelaria				
D. Costo de impuesto general a las ventas e impuestos de promoción municipal		SUNAT – ADUANA	SUNAT – ADUANA	SUNAT – ADUANA
E. Desaduanaje		Bases de Licitación	Bases de Licitación	Bases de Licitación

Fuente: Requerimientos de información
 Elaboración: Secretaría Técnica

3.3.2.2. El Acto de Buena Pro

71. En el Cuadro 4 se presentan los resultados del Acto de Buena Pro del 8 de noviembre de 2007, lo que incluye el periodo de puja.

Cuadro 4. Ofertas Finales del ítem iii)

Postores	Oferta inicial (US\$)	Oferta final (US\$)	Puntaje
Center	6 148,16	5 530,39	100,000
E y R	6 056,39	5 700,39	97,017
Alufersa	6 437,19	6 437,19	85,913
Pacifico	6 377,69	6 377,69	86,714

Fuente: BCR
Elaboración: BCR

72. Del Cuadro 4, se observa que Center y E y R formularon ofertas finales en el acto de puja con valores menores a sus ofertas iniciales; mientras que Alufersa y Pacifico decidieron no presentar propuestas con menores precios a sus ofertas iniciales en esta etapa. De esa forma, debido a que Center ofreció la mejor oferta se le otorgó la Buena Pro. Sin embargo, posteriormente se declaró nulo el acto de otorgamiento de la Buena Pro.
73. Al respecto, corresponde señalar que en las bases del Proceso de Selección se estableció que el precio por tonelada de flejes laminado en bobinas del ítem ofertado deberá considerar las cotizaciones London Metal Exchange (LME) cash seller & Settlement de cierre del cobre, zinc, níquel y aluminio, según corresponda, del día 1 de agosto de 2007.
74. Según Resolución de Gerencia General, Adquisiciones y Contrataciones 127-2007-BCRP, emitida por el BCR, los costos por tonelada y costo total de la materia prima al 1 de agosto de 2007 del ítem iii) a considerar en el sobre de propuesta económica debieron ser US\$ 2 595,24 y US\$ 492 576,55.
75. En ese sentido, Center consignó un valor diferente por costo de materia prima, por lo que su propuesta no debió ser aceptada y, por tanto, no debió ser el ganador de la Buena Pro. Al respecto, el BCR dispuso que se retrotraiga el proceso a la etapa de evaluación económica, con exclusión de la propuesta de Center.
76. De acuerdo a lo anterior, el 17 de diciembre de 2007, se realizó el Acto Público de Puja y Otorgamiento de la Buena Pro para el ítem iii) con los siguientes postores.

Cuadro 5. Ofertas Finales del ítem iii)

Postores	Oferta inicial (US\$)	Oferta final (US\$)	Puntaje
E y R	6 056,39	5 956,39	100,000
Alufersa	6 437,19	6 437,19	92,530
Pacifico	6 377,69	6 377,69	93,394

Fuente: BCR
Elaboración: BCR

77. Del Cuadro 5, se observa que, si bien los tres postores se presentaron al Acto de Buena Pro, solamente E y R formuló oferta final en el acto de puja, mientras que Alufersa y Pacifico decidieron no presentar propuestas con menores precios a sus ofertas iniciales en esta etapa. De esa forma, debido a que E y R ofreció la mejor oferta, se le otorgó la Buena Pro.

3.3.2. Evaluación de una presunta hipótesis de conducta anticompetitiva

78. De la evaluación de los resultados del Proceso de Selección y del Acto de Buena Pro, se verifica el ofrecimiento de propuestas distintas por los distintos postores; la eliminación de Center debido a un defecto formal de su propia propuesta; y, posteriormente, el otorgamiento de la Buena Pro a E y R.
79. Adicionalmente, es posible apreciar que en los dos actos de puja que se realizaron en el proceso analizado, Alufersa y Pacífico se abstuvieron de presentar propuestas con menores precios, siendo el resultado final el otorgamiento de la Buena Pro a E y R. Al respecto, una hipótesis de conducta anticompetitiva que se podría evaluar sería una supuesta colusión entre las empresas investigadas para intercalar ganadores en procesos sucesivos, lo que supondría que el acuerdo habría sido permitir que, en este proceso, E y R ganase la Buena Pro, y en otros procesos, permitir que Alufersa y Pacífico sean los ganadores³¹.
80. Como evaluación de esa presunta hipótesis de conducta anticompetitiva, cabe señalar, en primer lugar, que resultaría poco probable la realización de una licitación colusoria entre los agentes investigados puesto que la sostenibilidad de un acuerdo restrictivo de la competencia sería razonable bajo la hipótesis de que la mayoría de competidores o los más importantes formen parte de un presunto acuerdo. Sin embargo, en el presente caso no se aprecia la existencia de indicios de dicha situación.
81. Por el contrario, el denunciante era una de las dos empresas más importantes y con mayor probabilidad de obtener la Buena Pro del ítem iii), considerando que resultó ganadora en el 50% de los procesos de selección convocados por el BCR para la adquisición de flejes laminados durante 2005 y 2006; mientras que

³¹ Dentro de las estrategias que utilizan empresas colusorias en procesos de licitación está la rotación de ganadores. Esta estrategia consiste en que las empresas acuerdan rotar la empresa que se adjudica la licitación, es decir se acuerda ir rotando el postor ganador. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. (OECD). *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. pág. 3. <<http://www.oecd.org/dataoecd/27/19/42851044.pdf>>

en el resto resultó ganadora otra empresa que no guardó relación de vinculación con las investigadas durante ese periodo.

82. En el mismo sentido, del análisis de los postores y ganadores de las Buena Pro de los procesos de licitación para la adquisición de flejes laminados convocados por el BCR para el periodo 2005-2009, no es posible apreciar indicios razonables sobre una estrategia entre Alufersa y Pacífico, y E y R para intercalar ganadores, tal y como se puede apreciar en el Cuadro 6 a continuación.

Cuadro 6.
Procesos de licitación para la adquisición de flejes laminados convocados por el BCR (2005-2009)

Número del Proceso de Selección	Descripción del objeto de La Convocatoria	Item	Postores	Ganador de la Buena Pro	Monto Adjudicado (S/)
ADS - 23 - 2005 - BCRPLIM	i) Adquisición de 14 toneladas de flejes laminados de aluminio ASTM 1100.	-	INDUSTRIA PERUANA DEL ALUMINIO S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	219,676
		-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.		
ADS - 4 - 2005 - BCRPLIM	i) Adquisición de flejes laminados de aluminio en bobinas	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	86,301
ADS - 7 - 2005 - BCRP	i) Adquisición de 106 toneladas de flejes laminados de alpaca en bobinas ii) Adquisición de 254 toneladas de flejes laminados de latón en bobinas.	-	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	6,036,874
LP - 2 - 2005 - BCRPLIM	i) Adquisición de 155 Ton de flejes laminados de alpaca en bobinas. ii) Adquisición de 294 Toneladas de flejes laminados de latón en bobinas.	-	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	7,820,616
LP - 4 - 2006 - BCRPLIM	i) Adquisición de 393 Ton de flejes laminados de alpaca en bobinas. ii) Adquisición de 461 Toneladas de flejes laminados de latón en bobinas.	-	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	31,230,476
ADP - 1 - 2006 - BCRPLIM	i) Adquisición de 33,8 toneladas de flejes laminados de aluminio.	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	19,962
LP - 1 - 2007 - BCRPLIM	i) Adquisición de flejes laminados de aluminio 5754 en bobina, de 193 mm de ancho. ii) Adquisición de flejes laminados de aluminio 5754 en bobina, de 199 mm de ancho.	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	1,929,120
LP - 4 - 2007 - BCRPLIM	i) Adquisición de 797,5 toneladas de flejes laminados de alpaca en bobinas. ii) Adquisición de 486,1 toneladas de flejes laminados de latón en bobinas iii) Adquisición de 189,8 toneladas de flejes laminados de aluminio en bobinas	i)	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	CIRCULO DE INVERSIONISTAS SAC	33,485,597
		ii)	MITTAL APPLIANCES LIMITED		MITTAL APPLIANCES LIMITED
		iii)	E Y R REPRESENTACIONES, DISTRIBUCION Y SERVICIOS S.R.L.	E Y R REPRESENTACIONES, DISTRIBUCION Y SERVICIOS S.R.L.	3,536,653
	INDUSTRIAL ALUFERSA E.I.R.L.				
	CORPORACION DE INDUSTRIAS Y SERVICIOS DEL REPRESENTACIONES CENTER S.A.				
LP - 5 - 2008 - BCRPLIM	i) Adquisición de 45 toneladas de flejes laminados de aluminio en bobinas.	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	880,950
LP - 2 - 2008 - BCRPLIM	i) Adquisición de 189,9 toneladas de flejes laminados de aluminio en bobinas.	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	3,741,096
LP - 2 - 2009 - BCRPLIM	i) Adquisición de 105 toneladas de flejes laminados de aluminio en bobinas.	-	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	REPRESENTACIONES CENTER S.A.	1,839,504

Fuente: OSCE

Elaboración: Secretaría Técnica

3.3.3. Sobre la presunta coincidencia del domicilio legal; la utilización de un mismo formato para las propuestas económicas; y la incapacidad financiera y diferente giro comercial de E y R

83. Como parte de sus argumentos acerca de la existencia de presuntas conductas anticompetitivas, Center señaló la coincidencia del domicilio legal de Alufersa y Pacífico; la utilización de un mismo formato para las propuestas económicas por parte de las tres investigadas; y una presunta incapacidad financiera y económica y diferente giro comercial de E y R.

84. Sobre el particular, se debe indicar que las oficinas de Alufersa y Pacífico se encuentran próximas una de la otra. En efecto, la dirección legal de Alufersa es la Calle Alberto Aberd 656, interior b, Urbanización Zarumilla, mientras que la dirección legal de Pacífico es la Calle Alberto Aberd 656, interior 35-e, Urbanización Zarumilla.
85. A la luz de lo expuesto en los párrafos precedentes, donde no se advirtió la existencia de indicios razonables sobre posibles conductas anticompetitivas entre Alufersa y Pacífico, y E y R, el hecho de que Alufersa y Pacífico, ambas pertenecientes a un mismo grupo económico, tengan oficinas próximas una de la otra o que hayan utilizado el mismo formato para presentar las propuestas económicas en el Proceso de Selección, no constituye un indicio suficiente sobre una presunta práctica restrictiva de la competencia en el marco del Proceso de Selección.
86. Finalmente, cabe señalar que son las entidades convocantes las encargadas de evaluar la capacidad y giro comercial de los postores según las bases de los procesos de selección respectivos.
87. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales al interior del Proceso de Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial 0004-2007-BCRPLIM.

3.3.4. La labor de las entidades convocantes y el OSCE en la promoción de la competencia

88. A la luz del análisis del presente caso, esta Secretaría Técnica considera conveniente destacar la labor de las entidades convocantes y el OSCE en la promoción de la competencia en los procesos de contratación pública; a efectos de que el BCR pueda identificar, en los procesos de selección que lleve a cabo, situaciones en las cuales podrían haberse configurado prácticas colusorias horizontales que deban ser puestas en conocimiento de la Comisión y diferenciarlas de aquellas situaciones en las cuales podría descartarse.
89. Sin perjuicio de las facultades de la Comisión, las entidades convocantes y el OSCE también tienen a su cargo determinadas funciones vinculadas con la promoción de la libre competencia, previstas en la legislación sobre contrataciones del Estado.
90. De acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado, las entidades convocantes son responsables, a través de sus funcionarios competentes, del cumplimiento de la referida Ley y su Reglamento³². Asimismo, el OSCE es el organismo encargado de velar por el cumplimiento de estas normas³³.

³² **Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017**
Artículo 46.- De las Responsabilidades y Sanciones

Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento.

³³ **Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017**
Artículo 58.- Funciones

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

91. Al respecto, cabe señalar que, como parte de la normativa que regula las contrataciones y adquisiciones del Estado, se encuentran normas destinadas a la protección de la libre competencia en este ámbito, cuya aplicación es de responsabilidad de las entidades convocantes y del OSCE.
92. En primer lugar, se encuentra el principio de libre concurrencia y competencia³⁴. Cabe señalar que los principios que informan la contratación pública, entre ellos el de libre competencia, se aplican a todo el sistema de contratación pública y tienen, a decir de GASPAR ARIÑO, “carácter vinculante (...), de tal manera que su violación conlleva la nulidad del acto de adjudicación y por tanto del contrato”³⁵.
93. El principio de libre competencia “es la mejor manera de promover la competencia por los contratos públicos y obtener así un precio que sea adecuado al mercado”³⁶. En aplicación de este principio, se encuentra prohibido establecer cláusulas o condiciones discriminatorias en las bases, así como presentar varias ofertas por un mismo postor o por empresas que forman parte de un mismo grupo económico.
94. En segundo lugar, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado tiene por finalidad garantizar un mayor nivel de competencia, prohibiendo que dos o más empresas que tengan socios comunes³⁷ participen en un mismo proceso de selección, afectando las decisiones de la entidad convocante y de los competidores efectivos³⁸.

a) Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta norma, su Reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias; (...)

³⁴ **Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017**

Artículo 4.- Principios que rigen a las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

³⁵ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. “Garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia en los procesos de licitación y contratación pública”. 2004.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo 184-2008-EF:**

Artículo 260.- Socios comunes

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

³⁸ Así, podría darse el caso que, ante varias propuestas presentadas por empresas con socios comunes, la entidad convocante tome como cierta una competencia ficticia, evitando de esta manera que el proceso de selección cumpla con el propósito de generar competencia por los contratos con el Estado y favorecer el acceso de la Administración Pública a bienes y servicios a precios y condiciones competitivos.

95. Respecto de esta prohibición, la normativa establece que las entidades convocantes y el OSCE son los organismos encargados de controlar su cumplimiento, así como sancionar su inobservancia³⁹.
96. En tercer lugar, se encuentra la facultad del OSCE para sancionar con inhabilitación a aquellos postores que participen en prácticas restrictivas de la competencia o incurran en el supuesto de socios comunes prohibido según lo dispuesto por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁴⁰.
97. La finalidad de la sanción de inhabilitación es proteger la competencia en futuros procesos de selección que convoquen las entidades del Estado, impidiendo que empresas que incurrieron en estas infracciones vuelvan a participar en dichos procesos.
98. Para ello, resulta necesario que la autoridad competente en materia de defensa de la competencia, esto es, la Comisión, determine la existencia de una conducta anticompetitiva de manera previa a la sanción de inhabilitación del OSCE⁴¹.
99. De acuerdo a lo anterior, en el ámbito de las contrataciones del Estado, la Comisión sólo es competente para sancionar supuestos de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de licitaciones colusorias, mientras que las entidades convocantes y el OSCE son los órganos competentes para verificar los supuestos de socios comunes y grupo económico.
100. Al respecto, como se ha señalado anteriormente, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre empresas que son parte de un mismo grupo económico pues, siendo que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al cual pertenecen), no cabe la posibilidad de que tales empresas compitan efectivamente. Ello debido a que,

³⁹ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF:**

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1 Infracciones

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

(...)

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

⁴⁰ Íbidem.

Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017

Artículo 11.- Prohibición de prácticas restrictivas

Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

⁴¹ Este criterio ha sido recogido en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1034.

Decreto Legislativo N° 1034

Disposiciones complementarias finales

Segunda.- Prácticas anticompetitivas en contrataciones del Estado.-

(...)

Únicamente en caso de que el INDECOPI determinara la existencia de una infracción y ésta quedara firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda.

cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte.

101. En consecuencia, corresponde que las entidades convocantes y el OSCE remita a la Comisión única y exclusivamente aquellos casos donde existan indicios de posibles licitaciones colusorias y no aquellos casos donde existan indicios de socios comunes y grupo económico.
102. El análisis de estos indicios supone, como paso previo, verificar si las empresas involucradas en una presunta práctica colusoria horizontal son efectivamente competidoras. En tal sentido, las entidades convocantes y el OSCE –en cumplimiento de sus funciones– deben analizar si las empresas que presuntamente habrían participado en la conducta anticompetitiva pertenecen a un mismo grupo económico, de manera previa a la remisión del expediente a la Comisión. Ello, debido a que, como se ha señalado, si dos o más empresas pertenecen a un mismo grupo económico, no es posible que se configure una práctica colusoria horizontal entre ellas.
103. En resumen, sólo cuando se haya descartado la existencia de un grupo económico entre los postores y existan indicios de una posible licitación colusoria, las entidades convocantes y el OSCE deberán remitir el expediente a la Comisión para que se pronuncie sobre la existencia de dicha conducta anticompetitiva⁴².

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:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra E y R Representaciones, Distribuciones y Servicios S.R.L., Industrial Alufersa E.I.R.L. y Corporaciones de Industrias y Servicios del Pacífico S.A.C., al no existir indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior del Proceso de Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial 0004-2007-BCRPLIM.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico

⁴² Para la determinación de indicios de posibles conductas anticompetitivas al interior de un proceso de selección, ver el listado enunciativo descrito en la Sección 4.4 del Informe 32-2008-INDECOPI/ST-CLC.