

Expediente Preliminar 003-2011/CLC

Resolución 006-2011/ST-CLC-INDECOPI

1 de abril de 2011

VISTO:

El Expediente 722-2010-TC remitido 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 al interior del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía 012-2009/MDT, en la modalidad de subasta inversa electrónica - Convocatoria 2 (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 5 de octubre de 2009, la Municipalidad Distrital de Tahuania convocó al Proceso de Selección para la adquisición de cemento Pórtland Tipo I, bajo el sistema de precios unitarios y por un valor referencial total ascendente a S/. 25 694,00 (veinticinco mil seiscientos noventa y cuatro con 00/100 nuevos soles)
2. El 7 de octubre de 2009 se llevó a cabo el Acto de Apertura de Propuestas y Periodo de Lances en el que se contó con la participación de los siguientes postores: i) Ferrocel S.R.L. (en adelante, Ferrocel) y ii) Agemor S.A.C. (en adelante, Agemor).

Después de la evaluación de las propuestas técnicas y económicas, se otorgó la Buena Pro a la empresa Ferrocel con una oferta económica de S/. 25 437,05 (Veinticinco mil cuatrocientos treinta y siete con 05/100 nuevos soles).

3. Mediante escrito del 8 de junio de 2010, la señora Neidy Blanca Gomez Ramos (en adelante, la señora Gomez) comunicó al Tribunal del OSCE que las empresas Ferrocel y Agemor habrían participado en prácticas restrictivas de la competencia durante el Proceso de Selección.

Al respecto, la señora Gomez señaló que ambas empresas se presentaron en forma independiente en lugar de participar como consorcio en el Proceso de Selección, aún cuando tenían socios comunes, infringiendo lo dispuesto en el

literal h) del artículo 51 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y en el literal h) del artículo 237 del Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

4. Mediante Oficio 002-2011/TCE-CSR del 4 de enero de 2011, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia del Expediente 722-2010-TC. Específicamente, al amparo del artículo 294 del Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹, el Tribunal del OSCE solicitó un pronunciamiento respecto a la supuesta participación de Ferrocel y Agemor en prácticas restrictivas de la competencia al interior del Proceso de Selección.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de conductas anticompetitivas al interior del Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Ferrocel y Agemor.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

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

¹ **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**
Artículo 294.- Causales de imposición de sanción a los proveedores, participante, postores y contratistas.-
El Tribunal impondrá la sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

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

(...)

(el subrayado es nuestro)

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

Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas

1. Infracciones

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

(...)

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

(...)

(el subrayado es nuestro)

6. 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 correspondan².
7. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 tipifica, en particular, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia³.
8. Una de las modalidades de este tipo de conductas anticompetitivas consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, supuesto conocido tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y sujeto a la prohibición absoluta prevista en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034⁴.
9. Una licitación colusoria supone que dos o más 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.

² **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;

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

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

⁴ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

(...)

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

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

10. En consecuencia, para determinar la posible existencia de licitaciones colusorias y, en general, la comisión de una práctica colusoria horizontal, es necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la conducta anticompetitiva son agentes económicos independientes entre sí o si pertenecen a un mismo grupo económico.
11. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal, toda vez que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
12. Así, si dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participaran en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas similares, ello respondería al interés de una misma unidad de decisión, la del grupo económico, por lo que no podría calificar como una práctica colusoria horizontal.
13. 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 pertenecen), no cabe la posibilidad de que compitan efectivamente. Ello debido a que, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte.
14. Al respecto, en la decisión *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la actuación de las empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica colusoria horizontal, puesto que no son competidores efectivos entre sí, sino que actúan como un “grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor”⁵.
15. En el mismo sentido, la “Ley Tipo de Defensa de la Competencia” de la UNCTAD ha establecido referencialmente lo siguiente⁶:

Los convenios entre empresas están prohibidos en principio en el Conjunto, “excepto” cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras. (...) Conviene señalar que una mayoría de órganos jurisdiccionales ha resuelto que las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras. En los Estados Unidos, aunque para algunos tribunales esta regla incluye a las sociedades en las que otra empresa tiene una participación mayoritaria, el Tribunal Supremo sólo se ha limitado a declarar la imposibilidad de que una sociedad central y su filial en propiedad absoluta conspiran a los efectos de la Ley Sherman⁷.

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

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

⁷ Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.

16. En lo que se refiere al concepto de grupo económico, si bien en la legislación nacional no existe una norma general y abstracta que sea de aplicación en todos los casos y para todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que 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).

17. La Resolución de la SBS contiene la definición de grupo económico en los siguientes términos:

Artículo 8.- Definición.

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

(...)

18. De la definición citada se desprende que existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las 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.

19. 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.

20. El control en un grupo económico es ejercido por una persona natural o jurídica o un conjunto de ellas que actúan como una unidad de decisión. En ese sentido, el control se puede concebir como la dirección consciente de las actividades de un conjunto de agentes controlados, guiada por un interés único, correspondiente al detentador del control.

21. Así, las empresas que se encuentran bajo la misma fuente de control actuarán como una unidad y sus actividades responderán a una finalidad o designio común, que corresponde a la entidad que detenta el control. En ese sentido,

diferentes empresas bajo control común deberían ser consideradas como un único actor económico.

22. 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 controlado⁸.
23. La dirección, organización, creación o formación que supone el ejercicio del control debe ser preponderante y continua –tal como lo establece la definición contenida en el artículo 9 de la Resolución de la SBS– para que las actividades de diferentes empresas sean consideradas como actividades de un solo agente económico.
24. 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.
25. 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 parientes⁹ 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^[10] de la presente norma.”

26. 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

⁸ SOLO, Robert A. *Intra-enterprise conspiracy and the theory of the firm*. The Journal of Business, Vol. 34, N° 2, 1961, pág. 157.

⁹ Según el artículo 2 de la Resolución de la SBS, se entiende por “parientes” a aquellas personas con relaciones de parentesco hasta el segundo grado de consaguinidad y el primero de afinidad.

¹⁰ Anexo que contiene la fórmula para calcular la propiedad indirecta.

influir preponderante y continuamente en las decisiones de sus respectivos órganos de gobierno¹¹.

27. 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.
28. 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.
29. 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.
30. 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 entrelazados¹².
31. 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.*

¹¹ 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.

¹² SAPELLI, Claudio. *Concentración y grupos económicos en Chile*. Revista Estudios Públicos 88, 2002. págs. 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.*

32. 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).
33. 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.
34. 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 mercado¹³. En consecuencia, la conducta coordinada entre

¹³ **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)

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.

35. 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 1034.
36. En esa misma línea se ha pronunciado uniformemente esta Secretaría Técnica en casos anteriores remitidos por el Tribunal del OSCE, en los que los postores denunciados formaban parte de un mismo grupo económico y, por ello, su conducta no podía ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia al interior de los respectivos procesos de selección¹⁴.

3.2. Análisis del Caso

37. Considerando el marco teórico desarrollado en el acápite anterior, corresponde determinar si Ferrocel y Agemor 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.
38. Al respecto, de la revisión de la participación accionarial y los representantes de Ferrocel y Agemor, se observa lo siguiente:

Cuadro 1. Participación accionarial y representantes de Agemor y Ferrocel (Desde agosto de 2009 hasta febrero de 2011)

Empresa	Accionista	Participación accionarial	Representante	Cargo
Ferrocel	Juana Emperatriz Orihuela Mosquera	60%	Juana Emperatriz Orihuela Mosquera	Facultades de Gerente General
	Dick Henry Orihuela Mosquera	40%	Dick Henry Orihuela Mosquera	Gerente General
Agemor	Juana Emperatriz Orihuela Mosquera	90%	Juana Emperatriz Orihuela Mosquera	Gerente General
	Dick Henry Orihuela Mosquera	5%		
	Richard Hans Orihuela Mosquera	5%		

Fuente: SUNARP. Partidas registrales 11011625 y 11662783 del Registro Público de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Pucallpa y Lima.
Elaboración: Secretaría Técnica

¹⁴ Ver: Resolución 003-2010/ST-CLC-INDECOPI, Informe Técnico 023-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 012-2008-INDECOPI/ST-CLC, Informe Técnico 022-2007-INDECOPI/ST-CLC, 021-2007-INDECOPI/ST-CLC, Resolución 004-2011/ST-CLC-INDECOPI, entre otros.

39. Como se puede apreciar, en primer lugar, existió una relación de propiedad entre Ferrocel y Agemor. En efecto, la señora Juana Emperatriz Orihuela Mosquera (en adelante, la señora Juana Orihuela) tuvo el mayor porcentaje de participación en el accionariado de ambas empresas durante el periodo en que se realizó el Proceso de Selección.

Así, el hecho de que la señora Juana Orihuela tuviese el 60% de las acciones de Ferrocel y el 90% de las acciones de Agemor, indica que esta accionista tenía el control directo de ambas empresas.

40. En segundo lugar, existió una vinculación por razones de gestión entre Ferrocel y Agemor, toda vez que el señor Dick Henry Orihuela Mosquera fue accionista y Gerente General de Ferrocel y también fue accionista de Agemor.
41. Por lo tanto, las empresas Ferrocel y Agemor actuaron como una unidad económica, cuyo centro de decisión fue la señora Juana Orihuela, quién ejerció el control directo de ambas empresas. En atención a ello, las empresas Ferrocel y Agemor, al haber formado parte de un mismo grupo económico, no pueden ser consideradas como competidoras efectivas entre sí, por lo que no podría haberse configurado una práctica colusoria horizontal entre ellas.
42. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales al interior del Proceso de Selección, por lo que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Ferrocel y Agemor.
43. Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que la evaluación y sanción del posible incumplimiento de la prohibición de incurrir en los supuestos de socios comunes, establecida en el Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁵, es de competencia del OSCE.

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

44. 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

¹⁵ **Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**
Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas

1. Infracciones

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

(...)

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

(...)

Artículo 260.- Socios Comunes

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

(el subrayado es nuestro)

promoción de la competencia en los procesos de contratación pública; a efectos de que estas entidades puedan identificar, en los procesos de selección que lleven 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 podrían descartarse.

45. 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.
46. 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 Reglamento¹⁶. Asimismo, el OSCE es el organismo encargado de velar por el cumplimiento de estas normas¹⁷.
47. 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.
48. En primer lugar, se encuentra el principio de libre concurrencia y competencia¹⁸. 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 GASPARELLI, "carácter vinculante (...), de tal manera que su violación conlleva la nulidad del acto de adjudicación y por tanto del contrato"¹⁹.
49. 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"²⁰. En aplicación de este principio, se encuentra prohibido

¹⁶ **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.

¹⁷ **Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017**

Artículo 58.- Funciones

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

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

¹⁸ **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.

¹⁹ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. "Garantías de cumplimiento de los principios de igualdad, concurrencia y transparencia en los procesos de licitación y contratación pública". 2004.

²⁰ *Ibidem*.

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.

50. 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 comunes²¹ participen en un mismo proceso de selección, afectando las decisiones de la entidad convocante y de los competidores efectivos²².
51. 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 inobservancia²³.
52. 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 Estado²⁴.
53. 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.

²¹ **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.

²² 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.

²³ **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).

²⁴ *Ibidem*.

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.

54. 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 OSCE²⁵.
55. 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.
56. 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, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte.
57. 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 existen indicios de socios comunes y grupo económico.
58. 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.
59. 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 anticompetitiva²⁶.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

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.

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Ferrocel S.R.L. y Agemor S.A.C., al no existir indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía 012-2009/MDT, en la modalidad de subasta inversa electrónica - Convocatoria 2.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, para que dicha autoridad pueda evaluar y determinar el posible incumplimiento de la prohibición de incurrir en los supuestos de socios comunes, establecida en el Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁷.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico

²⁷ **Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**
Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas

1. Infracciones

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

(...)

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

(...)

Artículo 260.- Socios Comunes

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

(el subrayado es nuestro)