

Resolución 007-2012/ST-CLC-INDECOPI

2 de mayo de 2012

VISTOS:

El Oficio 215-2009/TCE-CSR del 16 de setiembre de 2009, el Oficio 228-2010/TCE-CSR del 2 de noviembre de 2010 y el Oficio 223-2011/TCE-MYL del 23 de mayo de 2011, mediante los cuales el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), remitió los Expedientes 3251/2007.TC, 3243/2007.TC y 3483-2007-TC, respectivamente, sobre presuntas conductas anticompetitivas en el Proceso de Selección Abreviado 001-2007-MPCH/PSA (en adelante, el Proceso de Selección), convocado por la Municipalidad Provincial de Chepén (en adelante, la Municipalidad), y la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de abril de 2007, la Municipalidad convocó al Proceso de Selección para la ejecución de la Obra “Electrificación Rural del Distrito de Chepén”, por un valor referencial total de S/. 2'347,525.72 (dos millones trescientos cuarenta y siete mil quinientos veinticinco con 72/100 Nuevos Soles).

Los postores fueron: i) Consorcio Chepén, integrado por las empresas HCB Contratistas Generales S.R.L.¹ y SIGMA S.A. Contratistas Generales² (en adelante, el Consorcio Chepén), ii) Consorcio Constructores, integrado por las empresas R.M.C. Contratistas Generales S.A. (en adelante, RMC)³ y

¹ Empresa dedicada a la elaboración de estudios preliminares, ejecución de obras de ingeniería, estudios y ejecución de obras de programas de rehabilitación, erradicación, etc. Según Partida Electrónica 11004944 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Trujillo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

² Empresa dedicada a la industria de la construcción, puentes, caminos, edificación, asesoría, obras de habilitación, etc. Según Partida Electrónica 00729787 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

³ Empresa dedicada a la construcción de obras civiles, otras clases de negocios y operaciones comerciales y financieras, etc. Según Partida Electrónica 00823252 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

Construcciones y Transporte Vialibe E.I.R.L. (en adelante, Vialibe)⁴ (en adelante, el Consorcio Constructores), y iii) Construcciones Metálicas y Civiles S.A.C. (en adelante, Construcciones Metálicas)⁵.

2. El 3 y 7 de mayo de 2007, la Municipalidad realizó la apertura y evaluación de las propuestas técnicas y económicas de los postores, otorgando la buena pro al Consorcio Chepén.
3. El 9 de mayo de 2007, Construcciones Metálicas interpuso recurso de revisión ante el Tribunal del OSCE, solicitando que se vuelvan a analizar los puntajes asignados en la evaluación técnica y que se le otorgue la buena pro.
4. El 29 de mayo de 2007, el Consorcio Chepén puso en conocimiento del Tribunal del OSCE que Construcciones Metálicas habría incurrido en irregularidades, por lo que correspondía descalificar su propuesta.
5. El 30 de mayo de 2007, la Municipalidad puso en conocimiento del Tribunal del OSCE que, al abrir el sobre de la propuesta económica del Consorcio Constructores, se encontró copia de la propuesta económica de Construcciones Metálicas.
6. Mediante Resolución 574-2004-TC-S1 del 1 de junio de 2007, el Tribunal del OSCE declaró infundado el recurso de revisión interpuesto por Construcciones Metálicas contra el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Chepén y dispuso iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas por supuestas prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección.
7. Mediante Acuerdos 388/2008.TC-S3 del 30 de setiembre de 2008, 024/2009.TC-S3 del 26 de enero de 2009 y 211/2010.TC-S4 del 19 de abril de 2010, el Tribunal del OSCE decidió remitir al Indecopi lo actuado en los Expedientes 3243/2007.TC, 3251/2007.TC y 3483-2007-TC, respectivamente, para que se emita un pronunciamiento sobre la supuesta participación del Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas en prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección.
8. Mediante Oficio 042-2011/ST-CLC-INDECOPI del 8 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió a la Municipalidad que presente copia simple de los documentos que el Consorcio Constructores presentó en el Proceso de Selección.
9. Mediante correo electrónico del 9 de marzo de 2012, el ingeniero Martín Antonio Torres Pérez, en representación de la Municipalidad, remitió a esta Secretaría

⁴ Empresa dedicada a la construcción de obras civiles, otras clases de negocios y operaciones comerciales y financieras, etc. Según Partida Electrónica 00823252 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁵ Empresa dedicada a la construcción de obras metálicas y civiles, y actividades conexas y afines con el negocio inmobiliario. Según Partida Electrónica 00682977 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

Técnica copia de los documentos denominados Anexo 2 Carta de Presentación y Declaración Jurada de Datos del Postor presentados por RMC y Vialibe. Cabe precisar que el documento de RMC estaba firmado por el señor Rolando Marín Cachay, como representante de RMC y como representante del Consorcio Constructores. Por su parte, el documento de Vialibe estaba firmado por el señor Víctor Ybañez Bernui, como representante de Vialibe, y por el señor Rolando Marín Cachay, como representante del Consorcio Constructores.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

10. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma Aplicable

11. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁶, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
12. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, 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.
13. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701⁸, 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

⁶ **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.

⁷ **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.

⁸ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

Anticompetitivas⁹, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento¹⁰.

14. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034¹¹, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

3.2. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 701

15. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
16. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar¹².
17. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹³.

⁹ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

¹⁰ **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.

¹¹ **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;

¹² **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-
Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

¹³ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

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

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

[Énfasis agregado]

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

3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

20. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.
21. Las prácticas restrictivas de la competencia son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores¹⁴. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
22. En toda práctica restrictiva de la competencia existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.

¹⁴ Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

23. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
24. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable¹⁵.
25. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
26. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
27. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹⁶. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹⁷.
28. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión,

¹⁵ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

¹⁶ PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

¹⁷ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan¹⁸.

29. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, modalidad conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701¹⁹.
30. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Un primer supuesto puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio²⁰. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú - Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buena pro²¹.
31. Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para repartirse las ventas o las compras de determinado bien o servicio, ya sea mediante la designación de consumidores específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o

¹⁸ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. “*Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación*”. Traducción libre de: “*However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association*”. GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

¹⁹ **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.

²⁰ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

²¹ Para mayor detalle, ver Resolución 004-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia (hoy, Comisión de Defensa de la Libre Competencia), confirmada mediante Resolución 255-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia (hoy, Sala de Defensa de la Competencia 1).

de zonas geográficas²². Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima²³.

3.4. Análisis de la conducta investigada

32. Como se ha señalado, la Municipalidad puso en conocimiento del Tribunal del OSCE que, al abrir el sobre de la propuesta económica del Consorcio Constructores, se encontró copia de la propuesta económica de Construcciones Metálicas. De acuerdo a la Municipalidad, este hecho demostraría la existencia de un acuerdo entre el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas.
33. Al respecto, cabe recordar que, para determinar la existencia de indicios razonables de prácticas colusorias horizontales y, en particular, de licitaciones colusorias, es necesario verificar previamente si las empresas involucradas son agentes económicos independientes entre sí o si pertenecen a un mismo grupo económico.
34. Esta verificación previa es importante porque no pueden existir prácticas colusorias horizontales entre empresas que pertenecen a un mismo grupo económico. En efecto, las empresas que forman parte de un mismo grupo económico responden al interés de una unidad de decisión y, en esa medida, no compiten efectivamente entre sí. La razón es muy sencilla y es que, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico al que pertenece.
35. En lo que se refiere al concepto de grupo económico, si bien no existe en el ordenamiento jurídico peruano una norma general y abstracta que sea de aplicación en todos los casos y a todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que se podrían tomar como referencia y aplicar supletoriamente. 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).
36. De acuerdo a esta norma, un grupo económico puede estar formado sobre la base de relaciones de propiedad²⁴ o de gestión²⁵ que otorguen a una empresa el

²² En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

²³ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en la segunda instancia administrativa.

²⁴ **Resolución de la SBS**
Artículo 4.- Relaciones de propiedad

control sobre otra u otras empresas. En otras palabras, la condición suficiente para afirmar la existencia de un grupo económico entre dos o más empresas es que las relaciones de propiedad o de gestión entre ellas sean fuentes de control.

37. El control se define como la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica²⁶. En ese sentido, cuando dos o más empresas responden a una misma fuente de control, actúan como una unidad y sus actividades tienen un objetivo común, que corresponde al de la entidad que detenta el control. Por lo tanto, cuando dos o más empresas responden a una misma fuente de control y, en esa medida, forman parte de un mismo grupo económico, deben ser consideradas como un único agente económico para efectos de la aplicación del Decreto Legislativo 701.

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% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- a) Cuando el cónyuge o los parientes 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 de la presente norma.

25

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.

26

Resolución de la SBS

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.

38. De acuerdo a lo anterior, para verificar si dos o más empresas pertenecen a un mismo grupo económico, se debe determinar si existe entre ellas algún tipo de relación de propiedad (por ejemplo, accionistas en común) o de gestión (por ejemplo, directores, gerentes o principales funcionarios en común) que las vincule y que otorgue a una fuente de control una influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de sus órganos de gobierno.
39. En el presente caso, de una revisión de las partidas registrales del Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas, durante el periodo en que se llevó a cabo el Proceso de Selección, se ha verificado lo siguiente:

Cuadro 1
Accionistas y representantes de Construcciones Metálicas y Consorcio Constructores

Empresa	Accionista	Cuota	Representante	
Construcciones Metálicas	Aidor Marín Cachay	40%	Rolando Marín Cachay (Representante desde setiembre de 2002)	
	Luis Marín Cachay	40%		
	Jorge Alfredo Villa Rímac	20%		
Consorcio Constructores	RMC	Rolando Marín Cachay	99.60%	Rolando Marín Cachay (Gerente General desde setiembre de 2000)
		Wilson Edgar Silva Barrios	0.20%	
		Miguel Ángel Silva Barrios	0.20%	
	Vialibe	Víctor Ybañez Bernui	100%	Víctor Ybañez Bernui (Gerente General desde enero de 1985)

Fuente: Partidas Electrónicas 00682977 y 00823252 del Registro Público de Personas Jurídicas de Lima y Callao, y Partida Electrónica 02007994 del Registro Público de Personas Jurídicas de Chachapoyas.
Elaboración: Secretaría Técnica

40. Como se puede apreciar, el señor Rolando Marín Cachay era representante de Construcciones Metálicas. Asimismo, el señor Rolando Marín Cachay era accionista mayoritario (99.60%) y representante de RMC, empresa que formaba parte del Consorcio Constructores.
41. Por otro lado, se ha verificado que Construcciones Metálicas otorgó al señor Rolando Marín Cachay facultades para realizar cualquier clase de acto, contrato u operación bancaria, comercial o civil, como realizar actos y celebrar contratos de préstamo con o sin garantía, mutuo, venta, arrendamiento, dación en pago, permuta, dar en prenda, anticresis, fideicomiso, fianza, comodato, uso, usufructo, opción, cesión de derechos y de posición contractual, entre otras, así como las facultades establecidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil²⁷.
42. Asimismo, se ha verificado que RMC otorgó al señor Rolando Marín Cachay facultades para abrir, operar y cerrar cuentas bancarias, girar, cobrar, depositar, endosar, protestar, aceptar, dar en cobranza, aceptar, prorrogar, renovar, avalar toda clase de títulos valores como cheques, letras de cambio, vales, pagarés, warrants, acordar y negociar cualquier operación de crédito bancario, financiero o particular, solicitar y otorgar avales, fianzas, celebrar contratos de arrendamiento financiero, entre otras, así como las facultades establecidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil²⁸.

²⁷ Según Partida Electrónica 00381012 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao de la SUNARP.

²⁸ Según Partida Electrónica 00823252 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao de la SUNARP.

43. Finalmente, como se ha señalado, en respuesta al requerimiento realizado mediante Oficio 042-2011/ST-CLC-INDECOPI, la Municipalidad informó que el representante legal del Consorcio Constructores para el Proceso de Selección fue el señor Rolando Marín Cachay.
44. De acuerdo a lo anterior, se ha determinado que entre el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas existen relaciones de propiedad y de gestión, a través del señor Rolando Marín Cachay. Asimismo, esta Secretaría Técnica considera que estas relaciones de propiedad y de gestión otorgan al señor Rolando Marín Cachay una influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de sus órganos de gobierno y que, en consecuencia, el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas pertenecen a un mismo grupo económico.
45. Como se ha señalado, las empresas que forman parte de un mismo grupo económico responden al interés de una unidad de decisión (en este caso, el señor Rolando Marín Cachay) y, en esa medida, no compiten efectivamente entre sí. En tal sentido, no es posible que existan prácticas restrictivas de la competencia entre el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas.
46. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Constructores y Construcciones Metálicas.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Consorcio Constructores, integrado por R.M.C. Contratistas Generales S.A. y Construcciones y Transporte Vialibe E.I.R.L., y Construcciones Metálicas y Civiles S.A.C., debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección Abreviado 001-2007-MPCH/PSA.

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

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia