

ADQUISICIONES PÚBLICAS: ¿SE REQUIERE COMPETENCIA EN LAS COMPRAS DEL ESTADO?

Eduardo Quintana Sánchez*

Las contrataciones y adquisiciones de bienes o servicios por parte del Estado normalmente se realizan bajo un sistema de selección, en el que se invita a las distintas empresas a ofertar con la finalidad de elegir la mejor propuesta al más bajo precio.

Los procesos de selección permiten que el Estado realice una inversión más eficiente de los recursos y obtenga las mejores condiciones a través de una pugna entre los postores, resultando imprescindible la máxima transparencia en dichos procesos para asegurar la defensa del interés público.

En el presente artículo, el autor, sobre la base de un conjunto de casos que se han presentado en la realidad, analiza cómo deben llevarse a cabo estos procesos de modo que la selección se efectúe dentro de un marco de libre competencia, prohibiéndose posiciones de dominio y licitaciones colusorias. Asimismo, propone las sanciones a imponerse frente al descubrimiento de prácticas que atenten contra la transparencia en los referidos procesos.

Entre 1990 y 1998, los recursos destinados a la adquisición de productos y a la contratación de servicios por el sector público, sin considerar a las empresas estatales, representaron aproximadamente el 17% del gasto total del gobierno central.¹ Por otro lado, mientras que el gobierno central gastó entre 1995 y 1998 un promedio de S/. 4,460 millones de nuevos soles anuales en la compra de bienes, la empresa más rentable del país, Telefónica del Perú S.A.A., obtuvo en ese mismo período utilidades por S/. 843 millones de nuevos soles anuales.² De ello se deduce que la correcta inversión de los recursos públicos destinados a la adquisición de bienes es muy importante, dada la cuantía de dichos recursos y la evidente necesidad de mantener el equilibrio fiscal.

Esto se consigue, en buena medida, obligando a que el suministro de bienes se realice mediante procesos de convocatoria pública para presentar ofertas. De este modo, el Estado puede elegir entre varias opciones la que más le conviene, de acuerdo a los fines que debe cumplir y según las necesidades que enfrenta.

Como es necesario que el Estado invierta adecuadamente los recursos que destina a la adquisición de bienes, cabe preguntarse si las normas de libre competencia cumplen alguna función en el terreno de las compras estatales o si éstas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de aquellas. En otras palabras, si las normas que regulan los procesos de selección de postores bastan para garantizar una inversión eficiente, dado que se requiere que las empresas que sumi-

* Agradezco el aliento que me dio Martha Martínez para realizar este trabajo, así como sus importantes comentarios; sin embargo, las opiniones vertidas en él son de mi entera responsabilidad.

¹ Banco Central de Reserva del Perú, Memoria anual 1998, anexo 47 (<http://www.bcrp.gob.pe>).

² FERNÁNDEZ BACA, G. y WEBB, R., Perú en números 1999, anuario estadístico previo al 2000 (Lima, Cuanto S.A., 1999), 900. CONASEV, las 3000 empresas más grandes en 1997 y en 1998 (<http://www.conasevnet.gob.pe>).

nistran bienes al Estado realicen el mayor esfuerzo para ofrecerle las mejores condiciones.

En este trabajo, se plantea que la ley de libre competencia es el mecanismo más adecuado para investigar si las empresas que ofrecen bienes al Estado compiten efectivamente para ser seleccionadas, o si evitan la pugna entre ellas para arreglar por acuerdo quién será la que suministre al Estado. No obstante, también se precisa que en determinados supuestos, la elección fraguada del "ganador" no responde a un acuerdo entre empresas competidoras, sino a la decisión de quien controla al grupo de empresas que se presentan, indebidamente, como postores independientes en procesos de adquisición pública.

Igualmente, se sostiene que en algunos casos la ley de libre competencia puede ser útil para determinar, a través de la figura del abuso de posición de dominio, si el Estado discrimina a postores potenciales, generando una distorsión en el mercado. Pero que, en gran parte de los casos, la eventual discriminación que podría cometer alguna entidad estatal, a través de la exigencia de requisitos excesivos o injustificados, debería ser cuestionada como una infracción a los principios de transparencia contenidos en las normas sobre contratación del Estado.

A continuación se analizarán los supuestos en que las normas de libre competencia son aplicables a las adquisiciones públicas y cómo colaboran con la inversión eficiente de los recursos del Estado, dentro de los parámetros de transparencia requeridos.

I. CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Las compras de productos o servicios por el Estado normalmente se realizan bajo un sistema de selección, invitando a distintas empresas a presentar ofertas, con la finalidad de elegir la mejor propuesta en términos de precio, calidad, oportunidad, entre otros parámetros. Es un mecanismo especialmente útil para la compra de bienes sin un valor estándar o cuando el mismo es difícil de determinar.

Tomando en cuenta que los recursos que se utilizan en las contrataciones y adquisiciones del Estado provienen de fondos públicos, se buscan dos objetivos

esenciales con los procesos de selección: la inversión eficiente de los recursos y la máxima transparencia en el proceso de selección. La inversión eficiente implica obtener las mejores condiciones a través de una pugna entre los postores, en términos simples, el menor precio por la mejor oferta. Por su parte, la transparencia resulta imprescindible para asegurar la defensa del interés público y se logra a través de un proceso de selección riguroso e imparcial, de carácter público y con la posibilidad de impugnar la elección del ganador.

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850 y su Reglamento,³ contemplan tres tipos de proceso de selección, denominados licitación pública, concurso público, y adjudicación directa y de menor cuantía. Dichos procesos se distinguen esencialmente por lo siguiente: (i) los montos referenciales que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada tipo de proceso; (ii) las formalidades que debe cumplir cada uno; y, (iii) el tipo de bien que se adquiere a través de ellos.⁴

Todos los organismos públicos, así como las empresas estatales de derecho público o privado, se encuentran obligados a utilizar dichos procesos para contratar obras o adquirir productos o servicios. El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE es el encargado del cumplimiento de dichas normas, teniendo como instancia de solución de controversias al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La Ley 26850 ha establecido los principios que rigen los procesos de contratación y adquisición pública. Dichos principios son, por un lado, los que se encuentran relacionados a la inversión eficiente de los recursos del Estado: libre competencia, eficiencia, economía y vigenia tecnológica. Por otro lado, los principios relacionados con el proceso de selección son: moralidad, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario para todos los postores. La finalidad práctica que buscan dichos principios es que se obtengan bienes de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios adecuados.⁵ Estos principios son directrices para el comportamiento de los organismos públicos y empresas estatales que realizan procesos de selección para adquirir bienes.

³ La Ley 26850 fue publicada el 03 de agosto de 1997 y su Reglamento, el Decreto Supremo 039-98-PCM, el 28 de setiembre de 1998.
⁴ No obstante, la principal diferencia es el monto referencial establecido anualmente para cada tipo de proceso, el mismo que se divide en tres bandas: la más baja es para la adjudicación directa, la intermedia para el concurso público y la más elevada para la licitación pública. Por su parte, las formalidades que debe cumplir cada proceso son más rigurosas según el monto referencial sea más elevado.
⁵ Artículo 3 de la Ley 26850.

Como se aprecia, uno de los principios es que la entidad que realiza el proceso de selección respete la libre competencia en el mercado, evitando incurrir en prácticas que la limiten. Adicionalmente, la Ley 26850 se preocupa también de establecer claramente que los postores se encuentran prohibidos de celebrar acuerdos, entre ellos o con terceros, con el fin de realizar prácticas restrictivas de la competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado y sin perjuicio de las otras sanciones a que haya lugar.⁶

II. LIBRE COMPETENCIA

En cuanto a las normas de libre competencia, debe señalarse que las mismas pueden tener diversos objetivos dependiendo de cada país e, incluso, que a veces tales objetivos pueden resultar contrapuestos. Sin embargo, el objetivo más reconocido por las normas es el mantenimiento y la promoción de la competencia efectiva. En tal sentido, se protege que la actividad empresarial se desarrolle dentro de las reglas del mercado, bajo el supuesto de que a través del mismo se logra una eficiente asignación de recursos. Sin embargo, las normas de competencia sólo garantizan que los jugadores actúen según esas reglas, sin influir en el resultado final del juego, puesto que ello depende del mercado en sí mismo.

El marco general de competencia en el Perú, contenido en la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, Decreto Legislativo 701 (en adelante DL 701),⁷ define como su principal objetivo permitir que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de consumidores y usuarios. Para ello, prohíbe dos tipos de figuras, las prácticas restrictivas entre competidores y los actos de abuso de posición de dominio.⁸

Las prácticas restrictivas, comúnmente denominadas concertaciones, son acuerdos entre dos o más competidores destinados a evitar los riesgos económicos que podría generar la competencia coordinando su comportamiento en el mercado, a fin de asegurar beneficios para todos los participantes, en perjuicio de otras empresas - sus clientes o proveedores - y/o de los consumidores. El efecto práctico es que las empresas actúan como un monopolio, aunque aparentan competir agresivamente.

Por otro lado, el abuso de posición de dominio está constituido por actos de parte de la empresa más grande o más importante del mercado, realizados con la finalidad de obtener beneficios y causar perjuicios a otras empresas o al consumidor, que no hubiesen sido posibles de no ostentarse dicha posición en el mercado. En tal sentido, se trata de una empresa que puede actuar independientemente de sus competidores, clientes o proveedores, imponiendo unilateralmente condiciones tales como el precio y la cantidad producida. Dichas conductas se plasman en negativas injustificadas de contratar, tratos discriminatorios, cláusulas de atadura, entre otras.

Finalmente, debe señalarse que el DL 701 se aplica a cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que realice actividad económica; siendo la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI la autoridad encargada del cumplimiento de dicha norma.

En lo que se refiere a las contrataciones y adquisiciones públicas, las disposiciones de libre competencia contenidas en el DL 701 podrían ser aplicadas para evitar, por un lado, que la entidad que convoca al proceso cometa actos de abuso de posición de dominio contra los postores y, por otro, para sancionar a los postores que realicen acuerdos restrictivos de la competencia entre ellos, incluyendo a veces a la entidad que realiza el proceso de selección, para elegir al "ganador" de manera fraudulenta.

En tal sentido, las normas de libre competencia serían aplicables para cuidar que el proceso de compra del Estado se desarrolle dentro de reglas de juego que permitan una pugna equitativa entre todos los postores, bajo el supuesto que a través de ello se invierten eficientemente y con transparencia los recursos públicos. A pesar de ello, debe reiterarse que dichas normas protegen la competencia en el proceso de compra, mas no que la entidad que lo convocó logre los objetivos que buscaba con dicha compra, ya que esto último depende de factores internos de la propia entidad.

III. COMPETENCIA EN LAS ADQUISICIONES DEL ESTADO

Corresponde definir ahora los supuestos en que las prácticas concertadas o el abuso de posición de

⁶ Artículo 10 de la Ley 26850.

⁷ Decreto Legislativo 701, publicado el 07 de noviembre de 1991, posteriormente fue modificado por el Decreto Legislativo 807, publicado el 16 de abril de 1996.

⁸ Artículo 3 del DL 701.

dominio pueden ocurrir, distinguiéndolas de aquellas con las que podrían confundirse y que deberían ser evaluadas por organismos diferentes a la Comisión de Libre Competencia. Al respecto, resulta necesario distinguir también los diferentes tipos de responsabilidad que podrían generarse en casos como los indicados, a fin de identificar quien sería competente para sancionar la conducta prohibida.

3.1. Licitaciones colusorias

Según lo expresado, la transparencia en defensa del interés público y la inversión eficiente de los recursos son los dos objetivos principales que se buscan al realizar las adquisiciones del Estado a través de procesos de selección. A su vez, dos comportamientos pueden impedir que se alcancen dichos objetivos, por un lado, las irregularidades en el comportamiento de los funcionarios encargados de dirigir los procesos de selección, que eliminan la transparencia y, por otro, el comportamiento concertado de las empresas postoras, que impide la inversión eficiente.

Este último tipo de comportamiento se conoce genéricamente como licitaciones colusorias. Al impedir la inversión eficiente de los recursos, generan dos efectos perjudiciales: obligan a que el Estado pague montos en exceso por los bienes adquiridos y, paralelamente, evitan que los fondos pagados en exceso se destinen a otros fines de interés público.

En el caso peruano, dentro de los supuestos de concertación prohibidos por el DL 701, se encuentran las licitaciones colusorias, que han sido definidas como los acuerdos entre postores para presentar ofertas o abstenerse de presentarlas en licitaciones o concursos públicos.⁹ Dicho supuesto se encuentra prohibido porque es un mecanismo para arreglar entre los postores una oferta "ganadora", en vez de competir por la buena pro, con ello frustran el proceso de selección haciendo creer a la entidad que convocó que elige la propuesta más conveniente, a pesar de que la misma ha sido fraguada.

Las licitaciones colusorias pueden adoptar diversas modalidades, pero por lo general se enmarcan dentro

de alguna de las tres formas más conocidas: (i) el retiro de ofertas, a través del cual los postores deciden no ofrecer o retirar una oferta previamente presentada, de modo que gane la siguiente oferta más baja; (ii) las ofertas complementarias, que implican el acuerdo de presentar ofertas con precios diferentes y más elevados que la que ha sido arreglada como "ganadora", o presentar precios competitivos pero con condiciones inaceptables, a fin de aparentar una competencia vigorosa; y, (iii) la rotación de propuestas "ganadoras", que permite que cada uno de los participantes del acuerdo gane uno o varios concursos según un programa rotativo.¹⁰

Si bien lo característico de las licitaciones colusorias es que la restricción de la competencia sea impuesta por el acuerdo de las empresas postoras, en algunos casos la entidad que convoca al proceso de selección también participa en el acuerdo, caso en el cual se genera una doble infracción y, consecuentemente, una doble responsabilidad. Por un lado, los funcionarios que favorecieron al postor "ganador" serían responsables administrativamente por infracción a la Ley 26850 y, eventualmente, por infracción a las leyes penales.¹¹ Por otro lado, las empresas que participaron en el acuerdo serían responsables por una infracción al DL 701.

a) Investigación y sanción de licitaciones colusorias

En cuanto a la responsabilidad de las empresas postoras, sea que se pongan de acuerdo únicamente entre ellas o con la entidad que convocó al proceso de selección, es la Comisión de Libre Competencia (en adelante CLC) la entidad encargada de investigar y sancionar su conducta, en virtud del DL 701. No obstante, debe reiterarse que, de acuerdo al artículo 10 de la Ley 26850, el CONSUCODE también puede sancionar a dichas empresas con la inhabilitación para contratar con el Estado.

Aparentemente esta duplicidad de sanciones parecería ir en contra del principio *non bis in idem*, que informa el derecho administrativo sancionador y prohíbe que una misma conducta sea castigada por dos autoridades del mismo orden. Pero lo cierto es que la

⁹ El artículo 6 del DL 701 establece lo siguiente: "Prácticas restrictivas de la libre competencia. 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 libre competencia. 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".

¹⁰ KHEMANI, Shyam y otros: "A framework for the design and implementation of competition law and policy". Estados Unidos. The World Bank - OECD, 1998. p. 23.

¹¹ Corresponderá sancionar este tipo de infracciones al Sistema Nacional de Control - órganos de control interno de cada entidad estatal o Contraloría General de la República - y al Poder Judicial, respectivamente.

acumulación de sanciones heterogéneas se encuentra reconocida, cuando una es accesoria de otra, responden a infracciones de ordenamientos diferentes y tienen una finalidad distinta. Normalmente, la sanción accesoria se condiciona a que se encuentre responsabilidad y se aplique la sanción principal, siendo la primera de carácter temporal.¹²

En el presente caso, mientras que la multa es la sanción prevista por infracción al DL 701 y su finalidad es desincentivar la concertación de propuestas, la Ley 26850 contempla la inhabilitación como sanción y su finalidad es impedir que los postores realicen nuevamente prácticas restrictivas de la competencia. En tal sentido, se trata de una conducta que infringe a la vez dos ordenamientos diferentes. Adicionalmente, la inhabilitación que puede imponer el CONSUCODE, se encuentra condicionada a que la CLC concluya que los postores incurrieron en una licitación colusoria. Finalmente, debe señalarse que si bien dicha inhabilitación no debe ser menor a un año, siempre tendrá carácter temporal, salvo casos de reincidencia comprobada.¹³

De lo anterior se deduce que la dualidad de sanciones previstas en el ordenamiento peruano para la concertación de propuestas o licitaciones colusorias, no contradice el principio *non bis in idem*, sino que siendo sanciones heterogéneas, una resulta accesoria de la otra.

Respecto de los casos de licitaciones colusorias que ha conocido la CLC, debe señalarse que han sido sólo dos hasta la fecha. Ambos fueron declarados fundados, considerándose la infracción como grave y ameritando la imposición de multas a las empresas infractoras.

El primero de ellos fue iniciado por denuncia de Petroperú S.A. contra las empresas Envases Metálicos S.A. y Rheem Peruana S.A., por concertación de precios en los procesos de adquisición de cilindros de acero de 55 galones para envasar aceites lubricantes¹⁴. En dicho caso, se determinó que desde agosto de 1992, época en que ingresó al mercado Envases Metálicos S.A., las dos empresas denunciadas compitieron muy agresivamente por suministrar los cilindros de acero a Petroperú S.A., desatándose una guerra de precios entre ellas desde marzo de 1993

hasta en abril de 1995. Sin embargo, en el proceso de compra realizado en octubre de 1995 y en los dos siguientes de febrero y marzo de 1996, las empresas denunciadas ofrecieron un precio unitario exactamente igual hasta en centavos (US \$ 23.8) y sólo la mitad de la cantidad requerida.

En la investigación se concluyó que la coincidencia de precios en tres procesos de compra consecutivos resultaba sumamente extraña, teniendo en cuenta que los años anteriores las empresas habían competido haciendo ofertas con precios cada vez menores (llegando en una oportunidad a cotizarse en US \$ 17.94) y que los procesos de compra se realizaban por solicitudes remitidas directamente por Petroperú S.A. a las denunciadas, quienes a su vez presentaban sus cotizaciones en sobre cerrado.

Adicionalmente, las empresas no pudieron demostrar que los precios ofrecidos respondieran a sus costos de producción, como afirmaban, porque en etapas anteriores los habían reducido para hacer más atractiva su oferta y también porque los precios ofrecidos a otros clientes en el mismo período fueron muy diferentes. Tampoco pudieron explicar porqué habían ofrecido sólo la mitad de la cantidad requerida por Petroperú S.A., ya que en todos los procesos de compra anteriores su oferta había sido por todo el pedido y en la época de la concertación no habían tenido mayor demanda de parte de sus otros clientes, por lo que no se justificaba que no ofrecieran el íntegro de los cilindros solicitados.

Considerando las extraordinarias coincidencias que se habían producido en las ofertas de las empresas denunciadas, dentro de un contexto previo de agresiva competencia, la CLC concluyó que había existido un acuerdo entre los postores para ofrecer un precio y cantidades iguales para repartirse el mercado y lograr que Petroperú S.A. les compre a las dos. La sanción impuesta fue una multa de 20 UIT a cada empresa.

El otro procedimiento correspondió a la denuncia presentada por la Municipalidad Distrital de El Tambo, de la ciudad de Huancayo, contra cinco empresas contratistas de obras, por concertación de ofertas en el concurso público de precios para el asfaltado de la Avenida Mariátegui.¹⁵ En este caso, tres empresas

¹² CARRETERO PÉREZ, A. y A. CARRETERO SÁNCHEZ. "Derecho administrativo sancionador". Madrid. Edersa, 1992. p. 151-158 y 172-174.

¹³ Artículo 177 del Reglamento de la Ley 26850.

¹⁴ Resolución 024-96-INDECOPI-CLC, confirmada mediante Resolución 255-97-TDC, de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, ambas publicadas el 26 de noviembre de 1997.

¹⁵ Resolución 003-99-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de mayo de 1999.

postoras presentaron un documento denominado "Análisis de Costos Unitarios" que era copia de los originales presentados por las otras dos postoras, tanto así que contenían idénticos errores ortográficos. Por otro lado, en el presupuesto base las cinco empresas calcularon un mismo costo directo de la obra (S/. 914,804.43) y cuatro de ellas fijaron sus utilidades en una cantidad exactamente igual (S/. 91,444.13).

En la investigación se determinó que efectivamente los documentos habían sido elaborados con la misma máquina de escribir o computadora y que se habían producido las mencionadas coincidencias de costos y utilidades, a pesar de ser este último rubro el que más fácilmente podrían haber manejado las empresas para hacer más atractiva su oferta. Adicionalmente, se encontró que algunas empresas postoras ofrecían equipos para realizar la obra que, paradójicamente, les iban a ser alquilados por los otros postores, es decir sus supuestos competidores. Igualmente, se determinó que la legalización notarial de unos documentos presentados en el concurso por una de las postoras había sido pagada por la empresa a la que se adjudicó la buena pro.

Ante tales circunstancias, cuatro de las empresas denunciadas presentaron un compromiso de cese de los hechos investigados, según lo previsto por el artículo 20 del DL 701, reconociendo la infracción pero afirmando que habían sido los representantes que nombraron en Huancayo para su participación en el concurso quienes habían realizado la concertación. La CLC sostuvo que tal defensa no era válida puesto que la responsabilidad por los actos de dichos representantes era directamente atribuible a la empresa que los designó; adicionalmente, tomó en cuenta que ninguna de las afirmaciones y pruebas de las empresas contradecían los cargos en su contra.

Finalmente, la CLC señaló que este tipo de infracción debía ser considerada ilegal y sancionable por sí misma. Por ello, a pesar que el concurso público fue declarado nulo, impuso una multa a las empresas, pero sólo de 0.5 UIT a cada una considerando que la concertación no había producido un perjuicio tan importante.

De acuerdo a lo anterior, si bien los casos de licitaciones colusorias no han sido muchos, su carácter fraudulen-

to y sus efectos dañinos resultan evidentes, por ello se les considera en la generalidad de casos como ilegales por sí mismas, sin tomar en cuenta sus efectos perjudiciales sobre el mercado o su razonabilidad, es decir si la práctica es idónea o no para producir los efectos mencionados. La gravedad de estas prácticas amerita la sanción de las empresas infractoras no sólo con una multa según el DL 701, sino también con la inhabilitación para contratar con el Estado que prevé la Ley 26850.

Finalmente, cabe mencionar también que la CLC ha conocido varios procedimientos en que empresas que pretendían ser postoras denunciaron a las entidades que convocaron al proceso de selección, genéricamente por infracción al DL 701 o simultáneamente por abuso de posición de dominio y por concertación. Sin embargo, no se denunciaba a las otras empresas postoras y tampoco se presentaban pruebas que permitieran sostener la existencia de un acuerdo entre la entidad estatal y el postor ganador.

Por ello, la única vía legal que encontró la CLC para continuar tramitando dichos procedimientos, fue analizar la denuncia bajo el supuesto de abuso de posición de dominio. Aunque es conveniente precisar que la CLC remitió copia del expediente a la Contraloría General de la República, en los casos en que a pesar de no haberse demostrado un acuerdo entre postores y la entidad que convocó al proceso de selección, se encontraron irregularidades en el comportamiento de esta última.¹⁶

b) ¿Licitaciones colusorias o grupos de empresas?

Otro aspecto de especial interés es el referido a los grupos económicos de empresas. Conceptualmente las prácticas concertadas son consecuencia del acuerdo entre dos o más empresas para evitar la competencia entre ellas. En tal sentido, una concertación requiere necesariamente de la independencia de los agentes participantes, de lo contrario, si las empresas actúan coordinadamente porque tienen objetivos comunes y responden a una misma unidad de interés, como sucede por ejemplo entre la casa matriz y una subsidiaria, su comportamiento no estaría prohibido por las normas de libre competencia.¹⁷

¹⁶ Por ejemplo, la CLC remitió copia de lo actuado en un procedimiento en que se denunció al Ministerio de Educación y otras empresas postoras por concertación en varias licitaciones públicas. Ello se debió a que si bien no se encontraron pruebas de concertación, sí se determinó que los plazos establecidos en las bases para la entrega de las muestras y del material didáctico objeto de la licitación, fueron muy cortos y sólo habrían podido ser cumplidos por una empresa que ya conocía de antemano las especificaciones de los productos que iba a requerir el Ministerio (Resolución 067-96INDECOPI/CLC, de fecha 29 de agosto de 1996).

¹⁷ Esta teoría fue sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos en la decisión *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984). De acuerdo a ella, la actuación de empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica concertada, puesto que no son competidores efectivos, sino que actúan como un "grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor" (traducción libre). ROSS, Stephen: "Principles of antitrust law". New York. The Foundation Press Inc., 1993. p. 179-181.

Tal argumento también puede trasladarse al campo de las licitaciones colusorias, puesto que no existe competencia entre dos empresas postoras que pertenecen al mismo grupo económico y, consecuentemente, no puede existir entre ellas una licitación colusoria, ya que no pugnan realmente por ganar el mercado.

De acuerdo a lo señalado, las normas de libre competencia no resultan aplicables a la participación de aquellos postores que pertenecen a un mismo grupo económico, dentro de un proceso de selección convocado por una entidad estatal. Ello se debe a que si bien dicha conducta tiene efectos similares a los de una licitación colusoria, no produce una concertación entre empresas competidoras.

Sin embargo, resulta obvio que en este caso el fraude es mucho más obvio, puesto que las empresas sólo son distintas formalmente y es la voluntad que controla el grupo empresarial la que designa de antemano cuál de las unidades que participa en el proceso de selección será la “ganadora”.

Tomando en cuenta lo anterior, debe señalarse que entre las normas de nuestro ordenamiento que permitirían hacer frente a la conducta antes descrita, se encuentran aquellas que obligan a las empresas vinculadas a presentarse como un consorcio y no independientemente en los procesos de selección. Tal es el caso del Reglamento del Registro Nacional de Contratistas y del Reglamento de Inhabilitados para Contratar con el Estado, que establece que cuando dos o más contratistas tengan socios comunes, cuyas participaciones sean iguales o mayores al 5% del capital, deberán comprometerse a participar como consorcios en los procesos de adquisición pública.¹⁸

De acuerdo a esa norma, la justificación para establecer que empresas vinculadas con un mínimo de 5% de porcentaje común deban presentarse como consorcio

y no independientemente, es que dicha limitación “sólo tiene sentido cuando el socio es propietario de un porcentaje significativo de las acciones y participaciones de las sociedades involucradas, de modo tal que pueda influenciar sobre la adopción de las decisiones empresariales, originando con ello prácticas restrictivas de la libre competencia”.¹⁹

Como se advierte, dicha afirmación es incorrecta, dado que a través de la limitación establecida no se evita una licitación colusoria, sino un comportamiento fraudulento de otra especie. Pero además, también debe señalarse que una participación cruzada del 5% en el accionariado de las empresas postoras no siempre genera la capacidad de influenciar sobre la adopción de sus decisiones estratégicas, por lo que dicha limitación podría constituirse en una barrera injustificada para la participación de determinados postores, que en realidad no conforman un grupo económico.²⁰

En tal sentido, es necesario diferenciar los conceptos de vinculación y control de empresas, puesto que sólo este último es característico de un grupo económico. El control es definido generalmente como la capacidad de influenciar preponderantemente en la adopción de las decisiones estratégicas de una empresa.²¹ Lógicamente, cuanto mayor sea la vinculación entre las empresas más probable será que exista control de unas sobre otras y que conformen un mismo grupo económico. La vinculación puede darse a través de relaciones de propiedad (participación cruzada en el capital social), de gestión (a través de representación en los órganos sociales o de influencia en la adopción de decisiones estratégicas) o de parentesco.²²

Las normas sobre contratación pública deberían establecer los mecanismos necesarios para evitar la participación de postores que pertenezcan a un mismo grupo económico en procesos de adquisición pública. Es decir, preocuparse por el control de los postores

¹⁸ Artículo 7 de la Resolución Ministerial 043-99-PCM, modificado a través de las Resolución Ministerial 089-99-PCM que fue publicada el 6 de octubre de 1999.

¹⁹ Tercer considerando de la Resolución Ministerial 089-99-PCM.

²⁰ Efectivamente, podría darse el caso de empresas que tendrían una excelente oferta que hacer en un proceso de adquisición pública, pero que se verían imposibilitadas de participar en el mismo, por el hecho de tener un accionista común con 5% o más de participación en ambas y por no desear participar como consorcio debido a la competencia que existe entre ellas.

²¹ El concepto de control ha merecido un copioso desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario en la Comunidad Europea; ver por ejemplo: BELLO MARTÍN-CRESPO, M. Pilar. "Concentración de empresas de dimensión comunitaria". Pamplona. Aranzadi S.A., 1997. p. 225-258; y, BRIONES, Juan y otros. "El control de concentraciones en la Unión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97". Madrid. Marcial Pons, 1999. p. 40-56.

Por su parte, en aplicación de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876, la CLC ha definido el control como la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica, que genera la primacía de una posición dentro de una empresa sobre la opinión de los demás accionistas (Resolución 012-99-INDECOP/CLC, publicada el 04 de febrero del 2000).

²² Sobre el control y las distintas formas de vinculación en la legislación peruana, revisar la Resolución CONASEV 722-97-EF/94.10, publicada el 29 de noviembre de 1997, y la Resolución SBS 01-98, publicada el 6 de enero de 1988. En ellas se ha definido el control como “la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica” y como “la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica”, respectivamente.

antes que por su vinculación. Por otro lado, debería tenerse en cuenta que el control de empresas se genera por distintas vías e incluso a través de porcentajes menores al 5% de participación, como sucede con las empresas de accionariado difundido. Igualmente, tendría que considerarse que las modalidades de control de empresas son cada vez más sutiles, incluyendo situaciones de hecho no formalizadas que otorgan el poder de influenciar en la adopción de las decisiones estratégicas de las empresas.²³

Sin embargo, ni la existencia de una estructura que reúna a las empresas, ni la de una multiplicidad de firmas sin una organización única, sirve para definir si deben o no ser tratadas como un grupo económico. Por ello, más importante que la distinción formal entre personas jurídicas, resulta el concepto de empresa como una entidad maximizadora de beneficios más que de utilidades.

En efecto, un grupo económico permitirá que algunas de sus unidades pierdan si con ello otras recaudan grandes utilidades, porque a través de dicha estrategia podría maximizar los beneficios del conjunto. Si bien la coordinación que dicha estrategia supone no es anticompetitiva, sí resulta cuestionable a efectos de la participación en procesos de adquisición pública.

Por ello y en defecto de una aproximación formal, una posibilidad para investigar dicha conducta sería analizar la capacidad de las empresas, o de los postores en el presente caso, para traicionar el acuerdo. Si existen incentivos suficientes para que una de las empresas actúe de forma independiente, desacatando lo programado con la finalidad de maximizar sus propias utilidades, significa que difiere del grupo económico, es decir, que tiene capacidad para concertar y resulta aplicable el DL 701.²⁴ De lo contrario, se trataría de un grupo económico y no debería permitirse que las empresas que lo conforman participen de forma independiente en procesos de adquisición pública.

De acuerdo a lo anterior, sería conveniente hacer una revisión de los criterios de fiscalización relevantes y que pueden ser controlados efectivamente por las entidades que convocan a procesos de selección o por los organismos del Sistema Nacional de Control, a fin

de reglamentar de forma más rigurosa la participación de postores que pertenecen a un mismo grupo empresarial en procesos de adquisición pública.

3.2. Abuso de posición de dominio

Habiendo analizado en la sección anterior lo relativo a las licitaciones colusorias y la forma en que dicho tipo de infracción es perseguida, corresponde ahora desarrollar cómo puede ser comprendida y utilizada la figura del abuso de posición de dominio dentro del mercado de adquisiciones del sector público.

Al respecto, las normas de libre competencia, en particular las correspondientes a la prohibición del abuso de posición de dominio, serían aplicables al Estado como adquirente de bienes, solamente si se le considera como un agente económico en igual condición que las demás empresas que compiten en el mercado por el suministro de productos o servicios.

Al respecto, algunos autores sostienen que cuando el Estado adquiere bienes se comporta como cualquier otro consumidor final - únicamente desde el lado de la demanda - adquiriendo bienes para satisfacer sus propias necesidades, que en el caso del Estado consistirían en realizar funciones de administración, pero sin participar en el tráfico mercantil como un vendedor.

No obstante, otras opiniones precisan que el Estado participa en el mercado como agente económico tanto a través de empresas estatales como cuando las instituciones públicas se comportan únicamente como compradoras, debido a los volúmenes y monto de sus adquisiciones, que le otorgan una posición muy influyente sobre el mercado de los bienes que adquiere.²⁵ Evidentemente, esta segunda posición toma en cuenta la real participación del Estado como agente económico, reconociendo que en su calidad de comprador podría generar distorsiones en la competencia.

Como se ha señalado previamente, nuestro ordenamiento reconoce que las contrataciones y adquisiciones del Estado se encuentran regidas por el principio de libre competencia, y ordena a las entidades públicas dar un trato justo e igualitario a todos los postores, con lo cual puede afirmarse válidamente que se ha inclinado por considerar que cuando el Estado ad-

²³ Al respecto, pueden consultarse, entre otros: BROSETA. "Manuel, Manual de derecho mercantil". Novena edición. Madrid. Tecnos, 1991. p. 367-377; ETCHEVERRY, Raúl. "Derecho comercial y económico, formas jurídicas de la organización de la empresa". Buenos Aires. Astrea, 1989. p. 195-232; y, URÍA, Rodrigo. "Derecho mercantil". Décimo novena edición. Madrid. Marcial Pons, 1992. p. 537-548.

²⁴ HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy, the law of competition and its practice (St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1994), 180-182.

²⁵ GALÁN CORONA, Eduardo. "Acuerdos restrictivos de la competencia". Madrid. Montecorvo S.A., 1977. p. 189-199; y, VICIANO, Javier. "Libre competencia e intervención pública en la economía". Valencia. Tirant lo Blanch, 1995. p. 459-469.

Entre los requisitos referidos a las características de los productos, se puede señalar las denuncias de Medidores Peruanos S.A. y otros contra Sedajuliaca y Sedapar, por requerir medidores de chorro múltiple, a pesar que podían utilizarse también medidores de chorro único.³⁷

c) ¿Abuso de posición de dominio o barreras de acceso al mercado?

Si bien los requisitos antes señalados fueron objeto de denuncia ante la CLC por infracción al DL 701, la impugnación de los mismos también podría haber sido evaluada y resuelta por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE (en adelante TCAE) en aplicación de la Ley 26850 y, probablemente, con mayor posibilidad de éxito para los denunciados que se sintieron discriminados.

Al respecto, como se ha señalado previamente, la Ley 26850 establece como obligación de toda entidad pública que convoca a un proceso de selección, el respeto de los principios de libre competencia y trato justo e igualitario de los postores.³⁸ La aplicación de

Por ello, los principios de libre competencia y trato justo e igualitario contenidos en las normas de contratación pública impiden que el Estado excluya sin justificación a ofertantes adecuados. Sería un contradictorio, no deseado por la Ley 26850, que el propio Estado le cierre las puertas de la pugna a algunos postores aptos, mediante requisitos excesivos o no técnicos.

En esa línea de razonamiento, el TCAE ha conocido de recursos de impugnación contra el otorgamiento de la buena pro en diversos procesos de selección, relacionados la exigencia de requisitos referidos a las cualidades de los postores³⁹ así como a las características de los productos o servicios requeridos.⁴⁰

En cuanto a las cualidades de los postores, pueden citarse casos como el de la empresa Timer S.A. que impugnó la buena pro otorgada por la Gerencia Departamental de Junín del Seguro Social de Salud - ESSALUD, para contratar el servicio de mantenimiento de equipos electromecánicos y térmicos, calificando inadecuadamente el factor cartera de clientes y respaldo técnico.⁴¹ Asimismo, la impugnación pre-



