

Guía para identificar
**consorcios inusuales en
las contrataciones públicas**
bajo la Ley de Represión de
Conductas Anticompetitivas



Guía para identificar consorcios inusuales en las contrataciones públicas bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Documento elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia:

Javier Ricardo Documet Pinedo	Director
Jesús Eloy Espinoza Lozada	Exdirector
Humberto Ortiz Ruiz	Asesor económico sénior
Diego Rafael Reyna García	Asesor legal
Hugo Renzo Figari Kahn	Asesor económico
Erix Aldo Ruiz Mondaca	Asesor económico
Piero Arias Ureta	Ejecutivo 2

Documento aprobado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en su sesión del 10 de mayo de 2024:

Lucio Andrés Sánchez Povich	Presidente
Nancy Aracelly Laca Ramos	Vicepresidenta
María del Pilar Cebrecos González	Miembro

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024 - 08623
Primera edición digital: Agosto de 2024.

Indecopi
Comisión de Defensa de la Libre Competencia
Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú
Teléfono: +51 01 224 7800, anexo 3101
Correo: st-clc@indecopi.gob.pe
Página web: www.gob.pe/indecopi

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LOS CONSORCIOS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y EL CRITERIO DE COMPLEMENTARIEDAD	10
2.1. Los consorcios en las normas de contrataciones.....	10
2.2. El criterio de complementariedad.....	12
III. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN POSIBLE CONSORCIO INUSUAL	16
IV. BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PARTICIPACIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONSORCIOS.....	32
V. CONTACTO CON EL INDECOPI	35
VI. ANEXOS.....	36

Nota:

En el presente documento se mantienen las referencias a la vigente Ley de Contrataciones del Estado y a su reglamento.

Al momento de publicación de la presente guía ha sido publicada¹ en el Diario Oficial El Peruano la Ley n.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP) que deroga a partir de su vigencia a la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. La nueva ley entrará en vigor a los noventa días calendario contados a partir del día siguiente a la publicación de su reglamento², el mismo que será aprobado mediante decreto supremo, refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, en el plazo de ciento ochenta días calendario contados a partir del día siguiente de la publicación de la LGCP³.

Posteriormente a la entrada en vigor de la LGCP la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia evaluará y propondrá a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la aprobación de una adecuación de la presente guía que considere la nueva normativa de contrataciones públicas.

¹ El 24 de junio de 2024.

² Vigésima novena disposición complementaria final de la LGCP.

³ Vigésima octava disposición complementaria final de la LGCP.

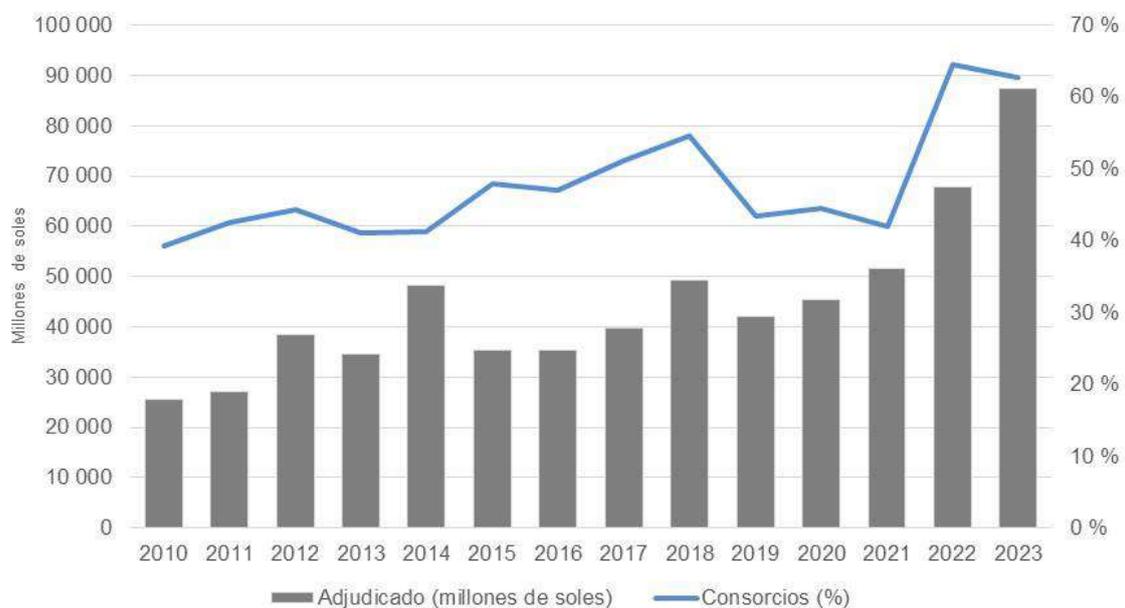
GUÍA PARA IDENTIFICAR CONSORCIOS INUSUALES EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS BAJO LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, las contrataciones públicas han cumplido un rol importante en el crecimiento económico del país. De acuerdo con información obtenida del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) durante el periodo 2010-2023, estas representaron alrededor del 6.4 % del producto bruto interno (PBI). De esta manera, solo en el 2023 se adjudicaron 87 448 millones de soles, cifra que es más de tres veces mayor que la adjudicada en el 2010, cuando se adjudicaron 25 492 millones de soles.

Al respecto, es importante destacar el rol de los consorcios en las contrataciones públicas, ya que en nuestro país estos tienen una intervención preponderante. Tal como se aprecia en el Gráfico 1, la participación de consorcios como adjudicatarios en el periodo 2010 a 2023 fue, en promedio, de 47 %, alcanzando su máximo en el año 2022 (64.5 %).

Gráfico 1
Evolución de las contrataciones públicas y participación de consorcios



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

En cuanto a los objetos de las contrataciones públicas, el Gráfico 2 muestra la evolución del porcentaje de los montos adjudicados a consorcios por cada tipo de contratación. Así, en los procedimientos de selección convocados para la ejecución de obras se observa un mayor porcentaje de montos adjudicados a consorcios (76 % en promedio durante el periodo 2010-2023), seguido de consultorías de obras (66 % en promedio)⁴.



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

En ese sentido, es importante señalar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA)⁵ y la Ley de Contrataciones del Estado (LCE)⁶ promueven la competencia en los

⁴ En línea con lo señalado, las instituciones con mayores montos adjudicados en obras son las que muestran mayor participación de consorcios. Una de ellas es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), que ha adjudicado el 66 % de sus contrataciones a consorcios durante el periodo 2010-2023, así como el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), que ha asignado, en promedio, el 52 % de sus contrataciones a consorcios. Asimismo, los gobiernos regionales han adjudicado, a partir del 2012, más del 50 % de sus contrataciones a consorcios (alcanzando el 75 % en el año 2023), mientras que los gobiernos locales incrementaron la adjudicación a consorcios hasta el año 2018 (71 %), para luego reducir el porcentaje de asignación a 60 % en el año 2021 e incrementar este porcentaje en los años 2022 y 2023 (80 % y 74 % respectivamente) (Ver anexo 1).

⁵ El texto único ordenado (TUO) de la LRCA fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 030-2019-PCM.

⁶ El texto único ordenado (TUO) de la LCE fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 082-2019-PCM.

De acuerdo con el artículo 5 de la LGCP, la competencia es uno de los principios rectores de la contratación pública. Al respecto la ley establece:

LGCP

Artículo 5. Principios rectores de la contratación pública

(...)

j) *Competencia: los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, de modo que garantice el equilibrio entre la calidad y el precio. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.*

procedimientos de contratación pública⁷, y buscan que la mayor y mejor concurrencia de ofertas pueda derivar en eficiencias para el gasto público, es decir, que se traduzcan en ahorros de recursos, mejor relación calidad-precio de los bienes o servicios demandados y más innovación.

De acuerdo con lo anterior, la formación de un consorcio es, en principio, lícita y puede contribuir a que las entidades contratantes logren obtener adquisiciones más eficientes. En esta línea, algunas de las eficiencias derivadas de la participación de los consorcios en contrataciones públicas son: el incremento del número de postores en una convocatoria (en especial de micro y pequeñas empresas)⁸, la reducción de costos a consecuencia de las sinergias⁹ generadas por los consorciados¹⁰, la mejora de la calidad o disminución del precio del bien o servicio contratado por la entidad¹¹, la innovación¹², entre otros.

No obstante, en ciertos casos la formación de consorcios tendría efectos anticompetitivos, por ejemplo, cuando sean usados para encubrir o facilitar un acuerdo colusorio entre los agentes económicos que lo conforman e, incluso, con otras empresas fuera del consorcio. A este supuesto es al que la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas¹³ aprobada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) denominó *consorcios inusuales*¹⁴.

La definición de consorcio inusual se refiere a los supuestos específicos en los que el contrato asociativo del consorcio no tiene origen en una necesidad de complementariedad, sino en un pacto colusorio para coordinar posturas, intercambiar información comercial sensible, repartir

⁷ De acuerdo con Kovacic, Gellhorn y Calkins, las normas antimonopolio promueven la competencia en tanto que presiona a los productores a satisfacer las necesidades de los consumidores a un precio más bajo utilizando menos recursos. En términos económicos, la competencia maximiza el bienestar del consumidor incrementando tanto la eficiencia asignativa como productiva. (Gellhorn, Ernest; William Kovacic & Stephen Calkins. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. 5ta edición. Ed. Thomson West, 2004, p. 57).

⁸ De acuerdo con algunos estudios citados por Reijonen y otros, la tasa de participación indirecta de las mypes en un consorcio, esto es, como socio no principal, excede la tasa de participación directa, lo que hace que la asociación sea una forma efectiva de participación para las mypes (REIJONEN, Helen, Jani SAASTAMOINEN & Timo TAMMI. "The importance of SMEs' network partners in consortium bidding for public sector tenders". *International Journal of Public Sector Management*, 2021, p. 2. Disponible en: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/IJPSM-04-2021-0082/full/html#abstract> (última consulta: 22 de abril de 2024).

⁹ **Diccionario de la Real Academia Española (RAE)**

Sinergia

(...)

1. f. Acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales.

2. f. Biol. Concurso activo y concertado de varios órganos para realizar una función.

¹⁰ ALBANO, Gian Luigi; Giancarlo SPAGNOLO & Matteo ZANZA (2009), *Regulating Joint Bidding in Public Procurement*. *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5, Issue 2, pp. 335-360.

¹¹ Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*. Disponible en: www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf (última consulta: 22 de abril de 2024).

¹² Al respecto, ver la decisión de la Comisión Europea del 14 septiembre de 1999, GEAE/P&W, Case IV/36.213/F2.

¹³ Como parte de sus facultades, la Comisión aprobó en el año 2018 la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas, disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067475-guia-de-compras-publicas> (última consulta: 22 de abril de 2024).

¹⁴ Indecopi (2018), Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas, p. 27.

mercados u otra conducta análoga; lo que es perjudicial para el sistema de contrataciones públicas¹⁵ y puede ser sancionado de acuerdo con la LRCA.

En el Indecopi se ha tramitado casos en los que, si bien la legalidad de los consorcios no ha sido cuestionada, estos sí han sido parte de esquemas colusorios que fueron investigados y luego sancionados por la Comisión. Por ejemplo, empresas que, habiéndose consorciado para participar en un procedimiento de selección, decidieron seguir incurriendo en acuerdos colusorios con una empresa que había decidido no formar parte de dicho consorcio¹⁶, o empresas que decidieron conformar un consorcio precisamente porque eso era lo que se había acordado de manera previa para poder aplicar el acuerdo anticompetitivo que había sido planeado por ellas¹⁷.

Es por esta razón, aunada a la recomendación realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el estudio *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud*¹⁸, que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, la Dirección) decidió proponer a la Comisión la aprobación de la **Guía para identificar Consorcios Inusuales en las Contrataciones Públicas bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**. Esta guía busca ser un documento informativo que ayude a identificar, a partir de las recomendaciones y mejores prácticas internacionales, determinados indicios de la existencia de consorcios inusuales. Asimismo, procura brindar recomendaciones para los agentes económicos que conforman consorcios para asegurar su cumplimiento normativo.

¹⁵ De acuerdo con la OECD, la manipulación de las licitaciones puede incrementar los precios en un 20% o incluso en un porcentaje mayor en ciertos casos (OECD, 2021a, p. 20).

¹⁶ Ver Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI del 5 de mayo de 2021, confirmada por Resolución 183-2021/SDC-INDECOPI del 21 de diciembre de 2021.

¹⁷ Ver Resolución 080-2021/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2021. Al momento de la elaboración de la presente Guía, este pronunciamiento se encontraba en apelación ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

¹⁸ En dicho estudio (páginas 85 y 86), la OCDE realizó la siguiente recomendación:

“El Indecopi debería considerar publicar unas guías para las agencias compradoras sobre las condiciones para la presentación de ofertas conjuntas pro competitivas y abordar iniciativas de promoción, incluyendo la generación de capacidades para los funcionarios de compras públicas con el fin de incrementar la concientización de los efectos que la presentación de ofertas conjuntas pueden tener sobre la competencia en una licitación, y para responder preguntas ad hoc de los compradores públicos sobre el tema. El Indecopi y el OSCE deben cooperar para proporcionar guías y abogacía, debido a que el Indecopi conoce la competencia y el OSCE entiende otros aspectos del proceso de compras, como la complejidad técnica y la necesidad del trabajo conjunto.”

Este mismo interés sobre la existencia de prácticas anticompetitivas en contrataciones públicas ha sido mostrado por organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) a través de diversos estudios¹⁹ y recomendaciones²⁰. Por su parte, autoridades de competencia de Brasil, Colombia, Dinamarca, Ecuador, España, Estados Unidos, Gales, Hong Kong, Irlanda, la Unión Europea, México y Rumanía, han tratado estas prácticas en lineamientos o guías sobre contrataciones públicas.

Consortio inusual: *aquel consorcio que ha sido formado con el único objetivo de disfrazar, facilitar, consolidar o viabilizar un pacto colusorio para coordinar posturas, intercambiar información comercial sensible, repartir mercados u otra conducta análoga.*

En tal sentido, el objetivo de esta guía es informativo y busca que los funcionarios de las entidades contratantes y los órganos especializados, como la Central de Compras Públicas (Perú Compras) o el OSCE, cuenten con herramientas para identificar ciertos patrones que podrían encubrir una conducta anticompetitiva, con el objetivo de que estos y otros indicios sean puestos en conocimiento del Indecopi.

¹⁹ Ver, a modo de ejemplo (última consulta: 22 de abril de 2024):

- OCDE (2021a), *Lucha contra la colusión en el sector de la salud en el Perú: un examen del régimen de contratación pública de EsSalud*. Disponible en: <https://web-archiver.oecd.org/2021-10-25/558231-lucha-contra-la-colusion-en-el-sector-de-la-salud-en-el-peru-un-examen-del-regimen-de-contratacion-publica-de-essalud.htm>.
- OCDE (2021b), *Fighting Bid Rigging in Brazil: A Review of Federal Public Procurement*. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>.
- OCDE (2019), *Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina*. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_bid_rigging_espanol_con_nota.pdf.
- OCDE (2018), *Combate a la Colusión en Licitaciones en México. Combate a la colusión en las compras públicas del IMSS: Impacto de las recomendaciones de la OCDE*. Disponible en: <https://web-archiver.oecd.org/2018-12-13/497155-IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ESP.pdf>.
- OCDE (2017), *Competition in Public Procurement Markets, Working Party No. 2 on Competition and Regulation*, DAF/COMP/WP2(2017)1. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2017)1/en/pdf).
- OCDE (2009), *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/42761715.pdf>.

²⁰ UNCTAD (2013), *Guidelines for Fighting bid-rigging in Public Procurement*. Sofia Competition Forum, https://unctad.org/system/files/non-official-document/ccpb_SCF_Bid-rigging%20Guidelines_en.pdf (última consulta: 22 de abril de 2024).

Asimismo, este documento busca guiar las acciones de los agentes económicos para que puedan ejercer libremente su derecho a asociarse en consorcio, pero teniendo claro qué acciones dentro del desarrollo de esta oferta conjunta pueden ser contrarias a las normas de libre competencia en nuestro país y así fomentar la inclusión de buenas prácticas que estén orientadas a cumplir con la normativa²¹.

Para tales fines el documento ha sido dividido en tres partes. En la primera, se analiza el rol de los consorcios en las contrataciones públicas y cuáles son los límites impuestos por las normas pertinentes, poniendo especial atención en el criterio de complementariedad. En segundo lugar, se sugieren algunos indicios que podrían indicar que un consorcio estaría siendo utilizado como fachada para la ejecución de conductas anticompetitivas. Por último, en tercer lugar, la guía presenta algunas recomendaciones para aquellas empresas que deseen participar de una convocatoria pública en consorcio y buscan reducir la contingencia de infringir las normas de libre competencia.

En suma, este es un documento de carácter orientativo y didáctico que, a la luz de la experiencia y de mejores prácticas internacionales, tiene por finalidad instruir tanto a los servidores públicos como a los agentes económicos involucrados en una contratación pública sobre la existencia de consorcios inusuales, por lo que por ningún motivo se sugiere restringir la participación de los consorcios en las contrataciones públicas o establecer obligaciones de carácter vinculante que no se ajusten al marco normativo aplicable a las contrataciones del Estado.

Finalmente, es importante precisar que este documento ha sido elaborado teniendo en cuenta a los consorcios en el ámbito de las contrataciones públicas, por lo tanto, no están incluidos en el análisis otras formas de ofertas conjuntas o contratos asociativos como el *joint venture*²². Sin perjuicio de ello, tanto las recomendaciones generales como los indicios aquí señalados podrían ser considerados en otros escenarios dependiendo del análisis del caso en concreto.

²¹ Estas recomendaciones acompañadas de otras buenas prácticas que adopten voluntariamente las empresas pueden ser incluidas en un programa de cumplimiento normativo. Para más información se recomienda consultar la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia aprobada por la Comisión. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115530-guia-de-programas-de-cumplimiento-de-las-normas-de-libre-competencia> (última consulta: 22 de abril de 2024).

²² El *joint venture* es un contrato asociativo por el cual dos o más empresas o personas deciden, por un tiempo determinado, colaborar, compartir riesgos y distribuir utilidades respecto a un negocio en común, sin la necesidad de crear una nueva persona jurídica para tal objetivo. A diferencia de lo que sucede con el consorcio, en esta figura no es necesario individualizar la responsabilidad y las funciones de cada miembro.

Sin perjuicio de que el *joint venture* no es materia de análisis en la presente Guía, no está exento de la aplicación de la LRCA, en la medida que también podría servir de vehículo para un acuerdo anticompetitivo. Asimismo, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley n.º 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, el *joint venture* podría estar sujeto a una obligación de notificación previa si cumple con los requisitos establecidos por dicha norma.

II. LOS CONSORCIOS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y EL CRITERIO DE COMPLEMENTARIEDAD

2.1. Los consorcios en las normas de contrataciones

El Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado²³ (RLCE) define al consorcio como el contrato asociativo por el que dos o más personas se asocian para contratar con el Estado con el **criterio de complementariedad** de recursos, capacidades y aptitudes²⁴. En otras palabras, es una figura de colaboración empresarial para la presentación de una oferta conjunta²⁵.

Asimismo, el TUO de la LCE en su artículo 13 señala que varios proveedores pueden participar de un procedimiento de selección agrupados en un consorcio con la **finalidad de complementar sus calificaciones** para ejecutar conjuntamente un contrato y sin la necesidad de crear una persona jurídica diferente para ello.

A diferencia de otros países, en los que las leyes de contrataciones facultan a una entidad contratante a imponer ciertas condiciones previas a la postulación en consorcio o, incluso, a oponerse a una oferta de un consorcio si se cuenta con una justificación válida (por ejemplo, que la participación de dicho consorcio podría conllevar ciertos efectos anticompetitivos)²⁶, el TUO de la LCE contempla dos restricciones específicas para la participación de consorcios en contrataciones públicas: i) la prohibición de participación en procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco; y, ii) el límite de un número máximo de consorciados y/o del porcentaje mínimo de participación, en función a la naturaleza de la prestación²⁷.

²³ Aprobado por Decreto Supremo n.º 344-2018-EF y sus modificatorias.

²⁴ En la Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades, el consorcio es definido como “*el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía (...)*”. Para los efectos de esta guía, se utilizará la definición contemplada en el RLCE.

²⁵ La formación de consorcios, además, se puede encuadrar dentro del ejercicio de derechos como la libertad de asociación (reconocido en el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la protección a la iniciativa privada (artículo 58 del mismo cuerpo normativo).

²⁶ En México, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento facultan a las entidades contratantes a que se opongan, por razones justificadas, a la participación de un consorcio en un proceso de selección. Asimismo, pueden incluir dentro de las bases de la convocatoria requerimientos especiales para los consorcios o cuándo no serán aceptados. Por su parte, en Brasil, la Ley n.º 8666, Ley que regula las licitaciones públicas, en su artículo 33 regula los requisitos para la participación de un consorcio en un concurso público. Al igual que para el caso de México, las entidades convocantes también pueden aceptar o rechazar una oferta conjunta, pero dependiendo de los efectos pro- o anticompetitivos que se identifiquen (OECD. Ob. Cit., 2021b, p. 59).

Ello sin perjuicio de la actividad de las agencias de competencia frente a prácticas anticompetitivas que pueden involucrar la formación de consorcios o la utilización de consorcios inusuales. Así se tiene investigaciones y decisiones sancionando tales prácticas en jurisdicciones tales como, España, Italia, Francia, Dinamarca, Lituania, Colombia y Brasil. Algunos de estos casos se reseñan más adelante como parte de la presente guía.

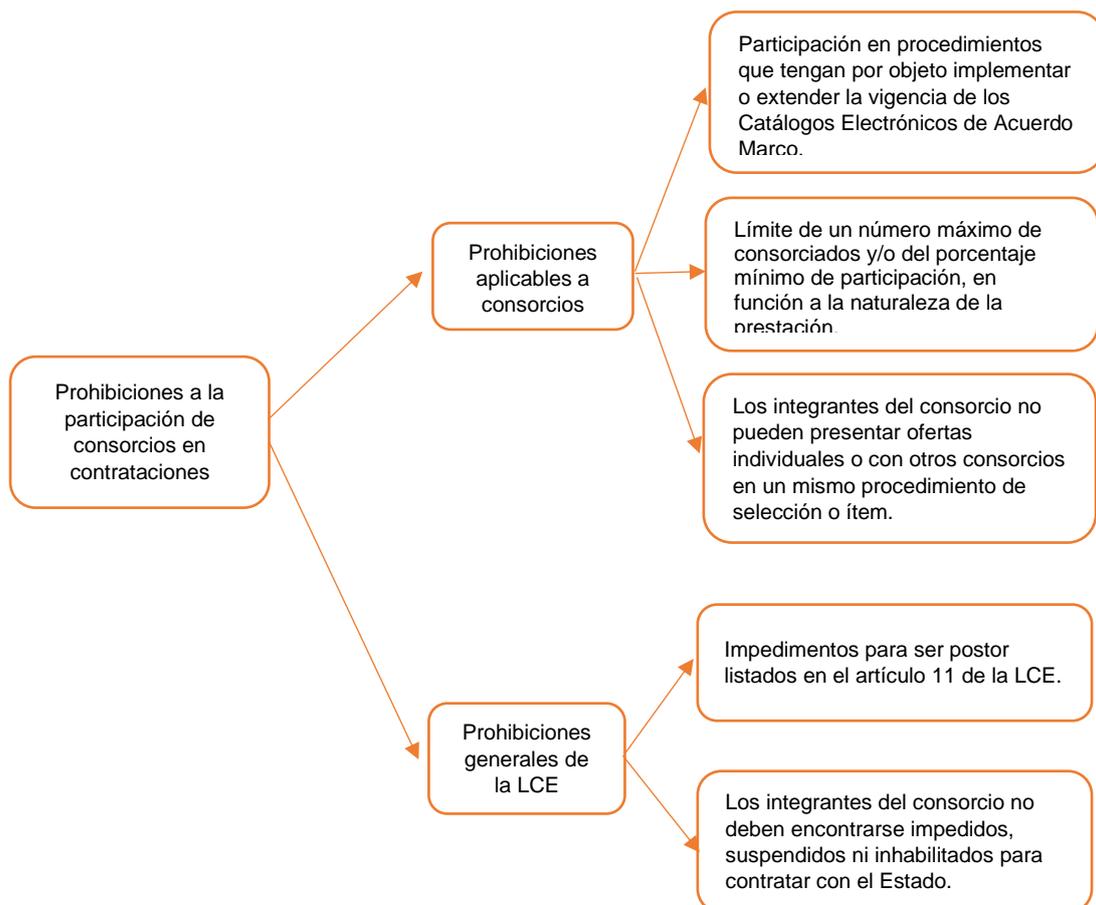
²⁷ Si bien la recientemente publicada LGCP no incluye un desarrollo como el del artículo 13 del TUO de la LCE sobre la participación en consorcio en los procedimientos de selección, sería de esperarse que el reglamento de la LGCP, que debe aprobarse en un plazo de ciento ochenta días calendario a partir del 25 de junio de 2024, sí se aboque a dicho asunto.

Adicionalmente, el artículo 52 del RLCE en el literal e) dispone la siguiente prohibición: “Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems”.

Cabe precisar que los impedimentos generales para ser participante, postor, contratista o subcontratista contenidos en el artículo 11 de la LCE también le son aplicables a los consorcios de conformidad con el artículo 13.5 del mismo cuerpo normativo, que dispone que “a los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del Capítulo III”.²⁸

De igual manera, el numeral 7.1 de la Directiva 005-2019-OSCE/CD, Directiva sobre la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado, precisa que ninguno de los miembros del consorcio debe encontrarse impedido, suspendido, ni inhabilitado para contratar con el Estado.

Gráfico 3
Principales prohibiciones para contratar con el Estado aplicables a los consorcios



²⁸ Cabe precisar que la LGCP establece en su artículo 30 los impedimentos para ser participante, postor, contratista o subcontratista con independencia del régimen legal de contratación aplicable. Es lógico suponer que tales impedimentos también aplicarían a la participación bajo consorcios en los procedimientos de selección.

Finalmente, de acuerdo con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1444, Decreto Legislativo que modificó ciertos artículos de la LCE, la facultad que tiene la entidad para establecer un porcentaje mínimo de participación se justifica porque proveedores sin experiencia se asociaban a empresas que sí la tenían con el objetivo de adjudicarse un contrato que en la práctica era ejecutado por la parte sin experiencia. Así, “(...) *en tanto el objetivo de participar en consorcio es **complementar** calificaciones; por lo que, resulta razonable que el Estado determine en cada contratación en particular si es necesario que todos los miembros del consorcio participen en la ejecución del objeto de la contratación.*” (énfasis agregado)²⁹.

2.2. El criterio de complementariedad

Como se ha visto, el TUO de la LCE y el RLCE señalan que los proveedores pueden agruparse en consorcio para contratar con el objetivo de complementar sus recursos, capacidades y aptitudes³⁰. Así, el propio concepto de consorcio implica que las dos o más empresas que lo conforman resultan complementarias entre sí, a efectos del objeto de la contratación.

Es posible vincular la idea de complementariedad entre los miembros de un consorcio con la necesidad de mantener procesos de contratación pública eficientes. La posibilidad de que dos o más empresas participen en una oferta conjunta bajo la forma de un consorcio tiene como objeto que dicha agrupación permita la provisión de los bienes o servicios de una manera más eficiente, optimizándose así el uso de los recursos públicos.

De esta manera, la conformación de un consorcio debe encontrar explicación o justificación objetiva en que las empresas que se agrupan bajo su velo consiguen, a través de dicha agrupación, ofrecer bienes o servicios a menor costo de producción o provisión, de mejor calidad o de forma más innovativa. El resultado de la participación del consorcio será una mejora para la entidad contratante comparado con un escenario en que las empresas consorciadas participasen de forma individual. Es este el caso en donde es posible afirmar que la provisión bajo el consorcio es más eficiente.

Un elemento central de esta vinculación complementaria entre los miembros de un consorcio, y las eficiencias que esto pueda conllevar, es que estas no solo se deben lograr, sino que deben redundar en un beneficio para el contratante, esto es, directamente, menores precios de provisión, mayor calidad o innovación. En otras palabras, la complementariedad entre empresas que conforman un consorcio se puede abordar analizando si, en efecto, cada una de estas aporta un *know-how*, tecnología o especialización que complementa los atributos de la otra o el resto de las empresas consorciadas. Aquellas sinergias logradas por el consorcio explican su

²⁹ El OSCE ha señalado que esta facultad de establecer porcentajes de participación es discrecional de la entidad. Así, en el Pronunciamiento n.º 031-2022/OSCE-DRG señaló que:

De lo expuesto, se puede colegir que, es una facultad exclusiva de la Entidad, a través de su área usuaria consignar las condiciones establecidas para los consorcios en atención a la naturaleza de la prestación; en razón a ello, mediante la consulta u observación materia de análisis e Informe Técnico, la Entidad en el marco de sus facultades y bajo su exclusiva responsabilidad habría decidido ratificar el porcentaje mínimo de participación de cada consorciado establecida en las Bases, argumentando para ello, que la necesidad del área usuaria es garantizar una correcta y oportuna ejecución de la obra teniendo en cuenta la magnitud y la complejidad de la obra a ejecutar; así como, prever que las empresas que integren el Consorcio, reflejen solidez técnica y financiera.

³⁰ Este criterio de complementariedad ha sido mencionado en el numeral 2.1.1 de la Opinión n.º 170-2017/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE.

existencia. En esa línea, en la medida que los partícipes del consorcio se complementan entre sí, sería posible afirmar que no resultan competidores a efectos del contrato para el que se les ha convocado, puesto que, más que competidores entre sí, complementan sus esfuerzos.

La complementariedad entre los miembros de un consorcio y, por ende, la necesidad de su existencia también puede apreciarse cuando dos o más empresas deciden unirse bajo este tipo de contrato asociativo con la finalidad de asegurar el cumplimiento de determinados requisitos dispuestos por la entidad contratante. Así, la unión de los consorciados puede responder a que, en conjunto, cada miembro contribuye con un determinado atributo para satisfacer requerimientos específicos de la convocatoria como la acreditación de determinados años de experiencia o como contar con determinado personal especializado.

Sin perjuicio de lo anterior, también podrían existir supuestos especiales en donde dos o más empresas que tienen capacidad para proveer de forma individual los bienes o servicios requeridos conforman un consorcio que consigue una mejora en términos de eficiencia (por ejemplo, reduce los costos o incluso reduce los plazos de finalización del contrato). En tal caso, se logrará la eficiencia que antes se ha resaltado y con redundancia en el beneficio de la entidad contratante, con lo cual tal consorcio sería deseable y legal³¹.

Por otro lado, cabe hacer notar que la compartición de riesgos financieros o técnicos entre los miembros de un consorcio también podría ser considerada como un factor que permitiría la provisión de los bienes o servicios requeridos de una manera más eficiente. Tal compartición de riesgos incluso podría hacer viable la provisión de algún bien o servicio de alto riesgo o, en otros casos, aminorar costos de provisión.

No obstante, cabe la pregunta acerca de que si los miembros de un consorcio podrían realizar la oferta requerida individualmente de forma competitiva y, por ende, no necesitaban conformar un consorcio³².

Precisamente, esta afectación al criterio de complementariedad es lo que representa una preocupación desde el punto de vista de la libre competencia, el cual también es un principio de las contrataciones públicas y el bien jurídico protegido por la LRCA. Ciertamente, si es el caso que, por ejemplo, dos empresas con capacidad para competir y prestar de forma individual un servicio que es requerido por una entidad pública, deciden formar un consorcio eliminando la competencia que podría haber existido entre ellas si hubiesen participado independientemente, tal práctica podría constituir una afectación al principio de competencia reconocido en el literal e) del artículo 2 del TUO de la LCE y en el literal j) del artículo 5 de la LGCP, así como una posible infracción a la LRCA.

³¹ Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*, página 4. Disponible en: www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf (última consulta: 22 de abril de 2024).

³² Al respecto, la OCDE ha observado para el caso peruano: “Durante la misión de investigación, los actores interesados señalaron que, en la práctica, las entidades de compras públicas no tienen suficientemente en cuenta los costos y los riesgos de las licitaciones conjuntas, y los consorcios pueden ser aceptados incluso si las compañías que participan en ellos podrían haber licitado por separado.” (OECD, 2021a, p. 84).

En el siguiente cuadro se resumen los aspectos relativos a la existencia de complementariedad que han sido comentados en la presente sección y se contrastan con las características que se encontrarían en casos de consorcios inusuales.

Cuadro 1
Indicios de complementariedad y de ausencia de ella

Criterio	Indicios de complementariedad	Indicios de ausencia de complementariedad
Eficiencia	Se logran reducción de costos, mejoras de la calidad o innovación. Es mejor la provisión conjunta que individual. Existe complementariedad técnica o compartición del riesgo financiero ³³ .	No se logran eficiencias o sería más eficiente que los consorciados compitan individualmente ³⁴ .
Número de postores en mercados concentrados	El consorcio permite la participación de un mayor número de empresas (como parte de este) y postores.	Reduce la competencia al reducir el número de postores en mercados concentrados.
Beneficios para los consumidores	Las ganancias en eficiencias son trasladadas a los consumidores (entidades contratantes).	No se identifican beneficios para los consumidores (entidades contratantes).
Relación de competencia entre miembros del consorcio	No son competidores directos para el contrato. Tienen distintos <i>know-how</i> y especialización.	Podrían ser competidores directos para el contrato.
¿Existe capacidad para proveer individualmente?	No, el consorcio permite cumplir requerimientos del concurso, lo que incluye condiciones técnicas o de experiencia.	Sí, incluso las empresas han participado previamente en licitaciones similares ³⁵ .
Aun cuando existe capacidad para proveer individualmente (supuesto especial)	Se logran eficiencias.	No se logran eficiencias (incluso puede existir un incremento en el valor).
Riesgos	Se comparten, lo que permite la atención del contrato y es más eficiente.	Podrían ser asumidos individualmente. ³⁶

³³ Por ejemplo, las empresas A y B forman un consorcio en un procedimiento para la construcción de una importante obra de infraestructura vial sobre un río en una región amazónica a cargo del Ministerio de Transportes. Las empresas A y B poseen maquinarias y tecnologías complementarias de tal forma que les ha permitido ofrecer la prestación del servicio a un valor menor en 20%, con relación a la última oportunidad en que se construyó una infraestructura comparable en otra ciudad amazónica un año antes, debido a los ahorros de costos obtenidos por la actividad conjunta.

³⁴ Esto se podría constatar a partir de revisión de las condiciones de contratación y mercado (p. ej. la comparación del precio de adjudicación o las condiciones de la oferta).

³⁵ En este punto, la entidad contratante debería revisar las condiciones de contratación previa y los antecedentes de las empresas consorciadas para descartar motivos que expliquen el consorcio como, por ejemplo, la complementariedad de experiencia.

³⁶ Se deben tomar en cuenta elementos importantes para determinar el riesgo, entre ellos la situación financiera de la empresa, el contexto del mercado del bien o servicio demandado, la situación política global o nacional, entre otros.

Ante la identificación de indicios que indiquen la ausencia de complementariedad y otros elementos que permitan presumir la existencia de un consorcio inusual, la principal acción que debería realizar la entidad convocante es comunicar los hechos al Indecopi, tal como lo disponen el artículo 14 de la LCE y la vigésima cuarta disposición complementaria final de la LGCP³⁷.

En particular, aunque durante las primeras fases de un procedimiento de selección podría dificultarse contar con indicios suficientes acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, la falta de complementariedad, sumada al análisis de otros elementos, podría dar lugar a que la autoridad de competencia inicie una investigación.

³⁷ TUO de la LCE

Artículo 14. Protección y promoción de la competencia y prevención del delito

14.1 Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación (...).

LGCP

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

(...)

VIGÉSIMA CUARTA. Protección y promoción de la competencia y prevención del delito

1. Cuando las entidades contratantes, el OECE o el Tribunal de Contrataciones Públicas verifiquen la existencia de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, deben remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para que esta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación.

(...)

III. CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN POSIBLE CONSORCIO INUSUAL

Conforme ha sido desarrollado, en el Perú el consorcio es una modalidad lícita de participación en contrataciones públicas que debe respetar el marco jurídico que protege y promueve la libre competencia.

En efecto, aunque la participación de manera consorciada en un procedimiento de contratación pública no es, por sí misma, un objeto de reproche. Por otro lado, sí lo es el que dicha figura sea utilizada como un medio para la comisión de una conducta anticompetitiva, o que el mismo consorcio solo haya sido conformado con la intención de restringir o distorsionar la competencia en un procedimiento de selección determinado.

Dado que el TUO de la LRCA establece dos tipos de prohibiciones para las prácticas anticompetitivas: la prohibición absoluta³⁸ y la prohibición relativa³⁹, la Dirección deberá determinar la prohibición aplicable a la práctica que se encuentre investigando en relación con la existencia de un consorcio inusual.

En ciertos casos en que los consorcios son utilizados como parte de un cártel (acuerdos de precios, acuerdos de niveles de producción, repartos de mercado o licitaciones colusorias) entre las empresas consorciadas y otros competidores, será claro que la prohibición aplicable es la prohibición absoluta. En otros casos, corresponderá determinar el tipo de prohibición a aplicar en función del cumplimiento de los requisitos del TUO de la LRCA para cada prohibición.

Por lo tanto, cuando el consorcio sea empleado como instrumento de un pacto colusorio, es decir, con la intención de coordinar posturas, intercambiar información sensible, repartir mercados o, en general, con la intención de restringir la competencia entre agentes, sus miembros podrán ser investigados y sancionados por el Indecopi por prácticas colusorias horizontales bajo el ámbito de aplicación del TUO de la LRCA⁴⁰. En el momento que el consorcio deja de ser un instrumento que permite complementar los esfuerzos de dos o más agentes económicos y actúa como fachada de un acuerdo anticompetitivo, es competencia del Indecopi investigarlo y sancionar a sus miembros⁴¹.

³⁸ **TUO de la LRCA**

Artículo 8.- Prohibición absoluta

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

³⁹ **TUO de la LRCA**

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

⁴⁰ En esa línea, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha señalado en su Resolución n.º 26266 de 2019 que *“así, los “consorcios” y las “uniones temporales” como también sus miembros individualmente considerados, son destinatarios del régimen de protección de la competencia económica. Lo anterior implica que estas figuras legales no pueden ser utilizadas como vehículos o instrumentos que desborden la finalidad con la que fueron concebidas por el legislador, siendo indebidamente instrumentalizadas con la intención de falsear la libre competencia en los procesos de selección contractual y, por ende, se conviertan en una excusa para que sus miembros individualmente considerados se sustraigan indebidamente del cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia.”*

⁴¹ En el caso de la Unión Europea, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, disponen que el análisis respecto a un consorcio identifique y compare tanto las eficiencias logradas frente a los efectos anticompetitivos. Esta postura ha sido

Ahora bien, las entidades contratantes, los órganos especializados en contrataciones del Estado y los servidores públicos, desempeñan un rol en la detección de estos consorcios inusuales, más aún, si durante el diseño de la convocatoria pública no es posible incorporar límites que permitan mitigar el riesgo de que, a través de los consorcios, se instrumentalicen acuerdos colusorios. Como consecuencia, es esencial que, pese a las limitaciones que enfrenta cada unidad de abastecimiento u oficina encargada de contrataciones, a nivel del diseño del proceso de selección y durante el mismo, se haga lo posible por revisar la información, las bases o atender a los requisitos de cada convocatoria.

Por ello, a partir de las recomendaciones realizadas por la OCDE⁴² de la revisión de determinadas guías sobre consorcios y normas de competencia de otros países⁴³, y del análisis de casos resueltos por otras agencias de competencia donde se han analizado denuncias que implican la participación de consorcios, es que se han identificado una serie de criterios que permitirían caracterizar a un consorcio como inusual.

El objetivo es que las entidades contratantes, los órganos y los organismos especializados en contrataciones del Estado y, en general, los funcionarios públicos puedan —en los procesos de contrataciones públicas— observar la concurrencia de dichos factores y considerar la existencia de indicios de que se estaría cometiendo una conducta prohibida por el TUO de la LRCA.

Cabe precisar que los casos citados a continuación tienen una finalidad meramente ilustrativa y dan a conocer procedimientos de selección en donde los consorcios fueron empleados como una fachada para fines anticompetitivos. Por lo tanto, los criterios adoptados por estas autoridades de competencia no vinculan al Indecopi, ni a las entidades contratantes u órganos especializados en contrataciones, en ningún sentido.

adoptada a partir de la práctica jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-228/18, caso Budapest Bank y otros), la cual también ha sido recogida por la jurisprudencia de la Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia de España. No obstante, en países como Noruega y Dinamarca, actualmente se aplican reglas más estrictas, por ejemplo, de acuerdo con los lineamientos aprobados por la Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor y el fallo en el asunto *Dansk Vejmarkerings Konsortium*, su postura es más restrictiva con relación a aceptar acuerdos de consorcio.

⁴² OECD (2021). Óp. Cit.; OECD (2018).

⁴³ Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*. Disponible en: www.en.kfst.dk/media/t1lmhwkt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf; Comisión de Competencia y Protección al Consumidor de Irlanda (2014), *Consortium Bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium: A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, disponible en: <https://www.ccpc.ie/business/help-for-business/guidelines-for-business/consortium-bidding-guide/> (última consulta: 22 de abril de 2024).

Caso “autobuses escolares de Bas-Rhin” (Francia)⁴⁴

La *Autorité de la Concurrence*, autoridad de competencia francesa, sancionó a un grupo de empresas de transporte por dividir lotes de contratos de transporte público escolar de la parte norte del departamento de Bas-Rhin entre los años 2010 y 2012. Dichas empresas formaron un consorcio que tenía como objetivo presentar ofertas conjuntas cada año durante el periodo investigado. Como resultado, a través del consorcio las empresas se repartieron el mercado y mantuvieron las tarifas altas en la zona investigada.

Como parte de la investigación, se determinó que la formación del consorcio no era necesaria para que estas empresas licitaran, ya que no existía cooperación entre ellas, las empresas sumaban el 89 % de la cuota del sector de transporte escolar público en la parte norte del departamento de Bas-Rhin y, además, se seguía una política de adjudicación que se manifestaba en el reparto de las licitaciones.

Una vez identificados los indicios de un consorcio inusual conforme a los criterios que pasaremos a desarrollar, también es útil que las entidades recopilen toda la información vinculada al caso y que permita extraer elementos de juicio adicionales que sustenten la hipótesis colusoria. Así, no debe bastar con la configuración de la situación inusual, sino que también resulta importante agregar información que se pueda encontrar en pliegos de consultas, observaciones o equivalentes, similitudes o identidades en los documentos cursados con anterioridad, la filtración de información o pruebas documentarias de que el consorcio está siendo usado como parte de un acuerdo ilegal⁴⁵.

En aquel contexto, es importante que las entidades convocantes identifiquen los posibles indicios, además de contrastarlos con circunstancias que aminoran el riesgo de que exista un pacto colusorio. Este podría ser el caso en el que las empresas consorciadas no sean competidoras, siendo así que en este supuesto existe mayor probabilidad de que el consorcio esté logrando sinergias a partir de la diversificación de las actividades o la generación de eficiencias⁴⁶.

⁴⁴ Decisión emitida por la *Autorité de la Concurrence* (Autoridad de Competencia francesa) el 27 de enero de 2016, en el Caso N° 16-D-0. Caso autobuses escolares en Bas-Rhin.

⁴⁵ En el Caso de Hormigón, Resolución del 5 de septiembre de 2016, Expte. S/DC/0525/14, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España pudo verificar información del uso de Uniones Temporales (UTE o consorcios) con fines anticompetitivos en conversaciones de los directivos de las empresas. Así, el órgano resolutor señaló:

Dentro de las pruebas se encontraron correos con frases como: “la nueva propuesta para un futuro lo más inmediato posible, es que en la reunión de G.J. se decida “compartir obras” en UTE o sin (...)” (sic) (folios 2813 y 2814), pone de manifiesto la intención indiscutible de BETÓN CATALÁN en este caso, de compartir obras en general, como estrategia general e indiscriminada de reparto de mercado, sin que se pueda justificar por necesidades específicas ya sean técnicas o financieras de ninguna obra en concreto.

(...) El contenido de dicha conversación, y el uso de términos como “pactar a cambio de áridos”. Ello no deja lugar a dudas de que el objetivo que subyace en todo momento a la creación de la UTE, es la consecución de acuerdos para el reparto de mercado y fijación de condiciones competitivas, máxime cuando se esgrime la posibilidad reflejada en este extracto, de acudir en solitario, por lo que la concurrencia conjunta no resultaría indispensable, y utilizándose, para este fin la creación de UTES como una forma más de instrumentar las diferentes prácticas anticompetitivas que se les imputa a empresas incoadas en el presente expediente.

⁴⁶ Al respecto, la Guía Danesa sobre consorcios señala que “siempre que los participantes (de un consorcio) no sean competidores por el contrato licitado, el hecho de que formen un consorcio normalmente no será en sí mismo problemático según las normas de competencia, a menos que existan algunas circunstancias excepcionales (...)”.

Otro de los elementos que las autoridades deben tener en cuenta al momento de evaluar si existen indicios sobre un consorcio que persigue fines anticompetitivos, es la existencia de vinculación entre los miembros integrantes del consorcio⁴⁷. Por ejemplo, si se trata de empresas que forman parte de una misma entidad económica, grupo económico o cuando los directivos o representantes legales tengan vínculos familiares.

Finalmente, es importante que, por su rol en el procedimiento de contratación pública, tanto las entidades convocantes como los órganos especializados en contrataciones públicas cooperen con el Indecopi a fin de identificar estos consorcios inusuales, en la medida que tienen mayor contacto con los participantes y se encuentran al tanto de las condiciones especiales de cada contratación.

Como se puede apreciar, la primera evaluación bajo los criterios establecidos en esta guía para la identificación de posibles indicios de la existencia de un consorcio inusual, le corresponde a las entidades contratantes, los órganos especializados en contrataciones del Estado o los servidores públicos a cargo de las contrataciones. Una vez que cualquiera de estos actores con funciones sobre las contrataciones públicas haya determinado, que bajo uno o más de los criterios establecidos, se encuentran indicios de un consorcio inusual, deberá trasladar las evidencias identificadas al Indecopi para que se realicen las investigaciones correspondientes bajo lo previsto en el TUO de la LRCA (Ver anexo 2).

Para la evaluación inicial que le tocaría realizar a las entidades contratantes, los órganos especializados en contrataciones del Estado o los servidores públicos a cargo de las contrataciones, será recomendable contrastar los indicios identificados bajo algún criterio específico con los resultados de evaluar la existencia de indicios adicionales bajo cualquiera del resto de los criterios, así como con cualquier otra información adicional que pueda servir para identificar indicios de un consorcio inusual.

Sin perjuicio de la recomendación anterior, no se descarta la posibilidad de que los indicios de la existencia de un consorcio inusual se obtengan de la aplicación de tan solo uno de los criterios establecidos, lo que requeriría una fuerte convicción de que se está ante una situación que resulta difícil explicar bajo una hipótesis distinta a la utilización anticompetitiva de la figura del consorcio.

Bajo estas consideraciones, a continuación, procederemos a detallar los principales criterios que permitirían identificar indicios de un consorcio inusual.

(ver: Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*, página 6).

⁴⁷ Comisión de Competencia y de Protección al Consumidor de Irlanda (2014), *Consortium Bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium: A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, página 13.

3.1. Las empresas que forman parte del consorcio se han presentado de manera individual en otras convocatorias de iguales o similares características

Uno de los elementos que puede llamar la atención de las entidades contratantes al momento de recibir las ofertas es el hecho de que los integrantes de un consorcio hayan participado anteriormente de concursos públicos de iguales o similares características de manera individual. En esta situación, es importante revisar la data histórica a fin de verificar el comportamiento de las empresas consorciadas en las anteriores licitaciones o concursos públicos y si las condiciones de la contratación no han variado de forma significativa.

Como es posible apreciar, la evaluación de este criterio exige una comparación entre la actual convocatoria y las anteriores. Esto requiere de un análisis minucioso de las especificaciones técnicas y condiciones de cada proceso que determine la cercanía en las características de ellos para que la comparación sea adecuada. En esta comparación podrían tener relevancia aspectos específicos como el resultado de las contrataciones anteriores, puesto que puede darse el caso que las participaciones previas individuales hayan concluido con provisiones de bienes o servicios inadecuados (por ejemplo, que hayan provocado arbitrajes por algún conflicto entre las partes).

En efecto, la entidad deberá evaluar los términos de referencia y las características técnicas de las convocatorias en las que participaron los miembros del consorcio. En la determinación sobre si existe identidad o similitud entre las convocatorias que están siendo comparadas, la entidad debe descartar algunas razones como las variaciones en las condiciones del mercado, el valor de los bienes o servicios involucrados, los riesgos políticos, la existencia de crisis a nivel nacional o internacional, entre otras.

En todo caso, si se puede advertir la existencia de razones sobre la situación financiera, técnico o legal de las empresas consorciadas, la entidad puede sumar estos factores para respaldar o desvirtuar su sospecha.

Así, son pocas las razones objetivas que puedan explicar que, sin cambios en las bases o en el contexto general del mercado, las empresas que se hayan adjudicado un contrato igual o similar, o se hayan considerado en condición de hacerlo (por ejemplo, presentando una oferta), repentinamente decidan ir en consorcio con otras empresas competidoras. Especialmente, en caso de que existan pocos postores o mercados concentrados y el proyecto no implique altos riesgos o inversiones.

Esta evaluación también debe tomar en cuenta algunas variables que justifican la formación del consorcio, como el hecho de que se requiera el desarrollo de un nuevo producto o tecnología, o si se trata de una empresa que por sí sola no podría cumplir con los requerimientos del concurso. Sucede lo contrario cuando las empresas que forman parte del consorcio sí han participado de forma individual en otras convocatorias iguales o similares, lo que incrementaría la sospecha sobre la conformación de este consorcio.

Al momento de evaluar este indicio, el rol de las entidades es crucial debido a que, como convocantes, están al tanto de las condiciones del contrato y del contexto por el que atraviesa el mercado materia de evaluación, por ello, será más fácil que identifiquen si existen circunstancias que justifiquen este consorcio o si, por el contrario, no resultaría usual esta conformación bajo las mismas o similares condiciones.

Caso de Hormigón⁴⁸

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España sancionó a distintas empresas cementeras que, entre los años 2013 y 2014, acordaron precios y se repartieron el mercado de hormigón a nivel nacional. Como parte de este acuerdo, cada empresa estuvo sujeta a zonas geográficas delimitadas. En particular, en la zona noreste, el acuerdo se materializó a través del uso de uniones temporales de empresas o UTE (consorcios).

En relación con las empresas constitutivas de las UTE, se comprobó también que, dadas sus capacidades económicas, técnicas y profesionales, podrían haber participado de manera individual, lo cual quedó constatado en los correos electrónicos que fueron analizados en el caso y en el hecho que tales empresas ya habían ganado o participado individualmente antes de otras convocatorias.

3.2. Las empresas consorciadas tienen la capacidad para cumplir con el contrato de manera independiente

Si bien en la práctica es complejo saber con exactitud si es que una empresa está en condiciones de ofertar de manera independiente sobre un determinado bien o servicio, existen una serie de elementos que podrían respaldar esta hipótesis y que pueden estar vinculados al criterio de complementariedad anteriormente descrito. Lo importante es que, además de estos factores, se evalúe también el tamaño y las características de cada contratación.

En tal sentido, la entidad convocante podría recurrir a su experiencia para identificar las capacidades individuales de las empresas que están conformando un consorcio a la luz de su participación en otros procesos de contratación. Asimismo, se podría recurrir a información de cada empresa relacionada con sus niveles de ventas, su capacidad productiva, las características de sus productos o servicios, sus condiciones comerciales, las características de los clientes que abastece; sus redes de distribución o fuentes de financiamiento, entre otros, que permitan conocer su posición en el mercado y sus capacidades.

En el caso de las empresas consorciadas, la información podría obtenerse en distintas etapas: en la fase previa durante la indagación de mercado, en el procedimiento de selección a partir de otros medios como el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y durante el análisis de las ofertas a través de la solicitud de información a los miembros del consorcio.

⁴⁸ Resolución S/DC/0525/14 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 5 de septiembre de 2016.

Este tipo de indagación resultaría útil sobre todo en procedimientos de selección en los que, de acuerdo con la Guía para combatir la concertación en contrataciones públicas, existen condiciones que pueden propiciar concertaciones como lo son: mercados con un número reducido de empresas, pocas o ninguna empresa nueva entrante al mercado en los últimos años, o cuando se anticipe que puede haber poca competencia⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que, en aquellos casos donde la integración entre las partes logre eficiencias que permitan innovaciones, mejora de las condiciones, cotizaciones a un bajo precio, reducir el riesgo, o aumentar la capacidad de inversión, la hipótesis sobre la existencia de un pacto colusorio detrás del consorcio perdería fuerza.

Asimismo, si las empresas consorciadas evidencian la existencia de compartición de riesgo financiero, reducción de costos de transacción en la negociación con proveedores, sinergias empresariales, compartición de experiencias, complementariedad técnica o factores similares, la sospecha de que podrían cumplir por sí solas con el contrato de manera más eficiente pierde fuerza.

Al respecto, la guía danesa sobre consorcios⁵⁰ indica que las eficiencias logradas pueden ser: ahorro de costos, mejora de calidad de productos, desarrollo de innovación, entre otros. Algunos de los elementos que permiten considerar si es que existen o no eficiencias del consorcio son:

- La oferta presentada es más competitiva de la que hubiese hecho cada una de las partes de manera individual.
- Se traslada un beneficio razonable a los consumidores (que en este caso pueden ser las entidades públicas o los ciudadanos).
- La colaboración no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo.
- Las empresas que forman parte del consorcio no deben tener la posibilidad de restringir la forma en que compiten por bienes que no son el objeto de la licitación.

⁴⁹ Para más información, consultar la *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas* (2018).

⁵⁰ Autoridad Danesa de la Competencia y Protección al Consumidor (2020), *When companies bid jointly – guidelines for joint bidding under competition law*, páginas 10 a 12. Disponible en: www.en.kfst.dk/media/t1lmhwt/20201211-guidelines-on-joint-bidding.pdf.

Caso “consorcio malla vial de Bogotá”⁵¹

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia sancionó a un conjunto de empresas, consorcios y directivos por la existencia de licitaciones colusorias en distintos procesos de selección relacionados con obras de la malla vial de Bogotá y puentes peatonales.

En el caso, los consorcios eran formados por las empresas coludidas para participar de diferentes procesos de selección, de los cuales resultaban adjudicatarios. En otras palabras, los miembros del cártel se agrupaban en distintos consorcios para simular un escenario de competencia. Sin embargo, estas empresas elaboraban conjuntamente las ofertas de sus consorcios para asegurar que una ganara y las otras no cumplieran con alguno de los requisitos de la licitación, pese a que, en la práctica, sí reunían las condiciones económicas o técnicas para poder adjudicarse el contrato.

Estas conductas ilícitas fueron acreditadas mediante las conversaciones contenidas en correos entre las empresas investigadas y otras pruebas que vinculaban a las empresas que formaban parte de los consorcios, permitiendo así confirmar la existencia de un patrón de rotación.

Asimismo, en este caso existió de forma previa un acuerdo con algunos servidores públicos con el fin de contar con antelación con información de los términos de referencia, lo que incluso les dio tiempo para conformar los consorcios o uniones temporales para cada proceso.

⁵¹ Resolución n.º 26266 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, de fecha 5 de julio de 2019.

Caso “consorcio de señalización vial”⁵²

La controversia surgió a partir de la licitación convocada por la Dirección de Carreteras de Dinamarca para la implementación y mantenimiento de señalización en las autopistas de tres diferentes distritos. Conforme a los hechos analizados, la licitación fue dividida en tres lotes (correspondientes a tres distritos) para que se fomentara la competencia. Así, el objetivo de la Dirección de Carreteras era obtener precios más bajos. No obstante, era posible que un postor pudiera presentar una oferta por los tres lotes.

En el caso, se verificó que dos de las empresas más grandes en el mercado decidieron conformar un consorcio para presentar una oferta por los tres lotes licitados, siendo los únicos en presentar una oferta de este tipo y logrando, finalmente, la adjudicación de la totalidad del contrato.

De acuerdo con la autoridad de competencia danesa, el análisis en este caso debía: 1) evaluar si las partes del consorcio eran competidores reales o potenciales del contrato; 2) si el acuerdo de consorcio tenía como objeto o efecto restringir la competencia; y 3) si la cooperación generaba eficiencias que pudieran superar las restricciones de la competencia.

Para la autoridad danesa, no había motivos para que una sola empresa cubriera la totalidad de la oferta; por el contrario, la forma en que la había sido diseñado el procedimiento de selección tenía como finalidad que las empresas pudiesen presentar ofertas de manera individual para cada distrito o combinadas para más de uno, pero no que una sola se adjudicara la totalidad del contrato. Esta situación fue corroborada ya que todas las otras empresas ofertantes se presentaron solo para abarcar uno o dos lotes.

Finalmente, en cuanto a las empresas sancionadas que conformaban el consorcio, la Autoridad danesa señaló que ambas podrían haber licitado para lotes individuales debido a que estas empresas eran la primera y segunda mayor contratista de señalización vial del país. Además, del cálculo de la capacidad de cada una de ellas, era posible advertir que podrían haber cubierto, incluso, los tres lotes por sí solas. Sin embargo, ambas empresas optaron por consorciarse y ofertar por la totalidad de lotes de manera conjunta.

⁵² Decisión emitida por la Autoridad Danesa de Competencia y Protección al Consumidor el 24 de junio de 2015, Asunto 14/04158, *Dansk Vejmarkerings Konsortium*.

Caso “GEAP/P&W”⁵³

Dos agentes económicos colaboraron para la elaboración de un tipo de motor de avión. Al momento de evaluar esta colaboración, la Comisión Europea consideró que, además del hecho de que ambas empresas eran potenciales competidores, los costos de desarrollo no constituían un obstáculo fundamental para que las partes pudiesen desarrollar por sí solas este nuevo motor. Sumado a ello, se evaluó el hecho de que ambas compañías en el pasado habían realizado inversiones significativas en desarrollo de productos de este tipo, además que ambas eran parte de grupos económicos que poseían recursos financieros sustanciales. Así, se esperaba que fueran capaces de soportar el riesgo técnico y financiero que implicaba desarrollar un nuevo tipo de motor aeronáutico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Europea concluyó que la colaboración entre las empresas involucradas iba a permitir el desarrollo de un nuevo motor más rápido y a un costo menor al que hubiesen incurrido si dichas empresas lo hubiesen fabricado de manera individual. Para llegar a esta conclusión, la Comisión Europea tomó en cuenta que las partes poseían tecnología complementaria y conocimientos que les permitió desarrollar un motor a un menor costo y más amigable con el medio ambiente. Por lo tanto, la colaboración sumó eficiencias importantes, ya que significó que la colaboración entre estas empresas sirvió para desarrollar el motor en menos tiempo y a un menor costo debido a que cada uno de ellos contribuyó con sus mejores habilidades tecnológicas.

3.3. Los miembros del consorcio tienen cuotas elevadas en un mercado concentrado

Durante la indagación de mercado, las entidades contratantes podrían obtener más información sobre las condiciones del mercado y cuáles son las cuotas de mercado de los posibles ofertantes, ya que se ha podido apreciar casos de empresas con una alta cuota de mercado que participan en consorcio de una convocatoria pública solo para facilitar acuerdos colusorios como reparto de procesos de selección o ganancias.

Así, este criterio por sí solo no respalda la sospecha de una práctica colusoria, pero evidencia una condición de mercado que puede facilitar la realización de esta práctica. Es por ello que debe tenerse presente que este criterio debe ser considerado en mercados concentrados y que debe ser contrastado siempre con otros indicios como los que se desarrollan en este documento y en la *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas*. En efecto, en mercados más concentrados la unión de empresas en consorcio puede representar una disminución de la competencia, lo que podría facilitar la aparición de un acuerdo anticompetitivo detrás de un consorcio inusual que afecte dicha contratación.

⁵³ Decisión de la Comisión Europea del 14 septiembre de 1999, GEAE/P&W, Case IV/36.213/F2.

Caso “servicios de gestión de lodos en Lombardia y Piamonte”⁵⁴

En este caso, un consorcio que agrupaba a cinco empresas se adjudicó el contrato de gestión, recolección y recojo de lodos en las regiones de Lombardia y Piamonte en Italia, entre 2008 y 2013. Durante su investigación, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (la autoridad de competencia italiana) verificó que las empresas que formaban parte del consorcio agrupaban aproximadamente el 50 % del mercado. De igual manera, se pudo verificar que durante varios años este consorcio ganaba las mismas licitaciones públicas detrás de las cuales funcionaba un acuerdo de precios.

Al respecto, las empresas argumentaron distintas razones como la insolvencia de otras empresas o que la calidad del barro a ser recogido podría variar, por eso debían compartir riesgos. Sin embargo, la autoridad de competencia consideró que los riesgos inherentes a la actividad comercial que realizaban no justificaban un acuerdo de este tipo y, de esta manera, sancionó a dichos agentes.

3.4. Las empresas presentan cotizaciones individuales en la fase de la indagación de mercado y luego se presentan en consorcio

La fase de indagación de mercado tiene como finalidad el verificar la existencia de pluralidad de proveedores e identificar los posibles costos de la contratación⁵⁵. En cuanto a la solicitud de cotizaciones, es cierto que las empresas son consultadas de forma individual, es por esta razón que incluso la intención de formar un consorcio no se conoce hasta el momento de presentación de la oferta.

Sin embargo, las entidades pueden tener en cuenta la presentación de la cotización en la fase de indagación para que, junto a otros elementos, verificar si la empresa consorciada se encontraba en condiciones de ejecutar el contrato. De tal manera que, si la empresa que presentó la cotización realiza una oferta en consorcio con otra empresa que también presentó una cotización o alguna de las empresas participó individualmente en alguna otra convocatoria de iguales o similares características, tal situación debería llamar la atención de los funcionarios encargados del procedimiento de selección. Asimismo, podría evaluarse que al momento de solicitar cotizaciones se consulte si se estima que la participación para la provisión de los bienes o servicios requeridos requeriría de la formación de un consorcio.

⁵⁴ Decisión de la *Autorità garante della Concorrenza e del Mercato* (autoridad de competencia italiana) del 3 de febrero de 2015, procedimiento 25302, 17656, *Gare gestione fanghi in Lombardia e Piemonte*.

⁵⁵ Al respecto, el artículo 32.2 del RLCE señala que “Al realizar la indagación de mercado, el órgano encargado de las contrataciones puede recurrir a información existente, incluidas las contrataciones que hubiera realizado el sector público o privado, respecto de bienes o servicios que guarden similitud con el requerimiento. En el caso de consultoría en general, el área usuaria proporciona los componentes o rubros, a través de una estructura que permita al órgano encargado de las contrataciones estimar el presupuesto del servicio luego de la interacción con el mercado”.

A su vez, el artículo 32.3 del mismo cuerpo normativo refiere que “La indagación de mercado contiene el análisis respecto de la pluralidad de marcas y postores, así como, de la posibilidad de distribuir la buena pro. En caso solo exista una marca en el mercado, dicho análisis incluye pluralidad de postores.”

Por otro lado, también podría darse la situación que, entre la fecha de cotización y de presentación de oferta, las condiciones o evaluación de la empresa que cotizó individualmente cambió y evaluó que la forma más eficiente de participar era mediante un consorcio.

Sobre el particular, la guía de consorcios danesa ha mencionado que en algunos casos las empresas se presentaban al procedimiento de preselección y calificaban, pero en la siguiente fase lo hacían como parte de un consorcio. En ese contexto, el hecho de que dos o más empresas precalificadas decidan formar un consorcio en vez de buscar ejecutar el contrato por sí solas, podría constituir un motivo de sospecha para una entidad contratante; sin embargo, como se ha indicado anteriormente, este indicio podrá ser contrastado con otros que puedan advertir la existencia de una práctica colusoria detrás del consorcio formado.

Caso “escuelas primarias”⁵⁶

Durante dos años, dos empresas constructoras lituanas participaron de 24 licitaciones públicas para la renovación y mantenimiento de escuelas y centros de educación preescolar. Las empresas se presentaban y acordaban cómo compartir los contratos individuales y los ingresos entre ellas si ganaban los contratos en cuestión. De acuerdo con los propios tribunales, las empresas habrían podido licitar solas, pero no lo hicieron.

En este caso, las dos empresas implicadas en la conducta anticompetitiva se presentaban de forma individual a los procesos de selección, donde quedaban precalificadas. No obstante, al momento de la presentación de la oferta final, estas dos empresas se presentaban en consorcio. Ante ello, la autoridad de competencia lituana señaló que la licitación de forma conjunta entre estas dos empresas no era necesaria, debido a que, en estos procedimientos, las empresas pudieron presentarse individualmente. Además, el consorcio restringía la competencia al disminuir el número de ofertantes en dichos procedimientos sin una necesidad real de colaboración.

Caso “licitación pública de trenes y subterráneos”⁵⁷

El *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) de Brasil sancionó a 11 empresas y 42 personas por formar parte del cártel de licitaciones públicas de trenes y subterráneos para distintas ciudades de Brasil durante los años 1999 a 2013.

El acuerdo colusorio empleó, entre otras estrategias, la formación de consorcios y la subcontratación para dividir mercados, fijar precios, ajustar condiciones, ventajas y formas de participación de dichas empresas en las licitaciones.

⁵⁶ Decisión del *Konkurencijos Taryba* (Consejo de Competencia de Lituania) del 21 de diciembre de 2017, en el caso contra UAB Irdaiva y AB Panevezio statybos.

⁵⁷ Decisión del *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Consejo Administrativo de Defensa Económica) del 8 de julio de 2019, en el *Processo Administrativo* N° 08700.004617/2013-41 (*Apartado Restrito* n° 08700.011937/2014-39).

Así, una de las conductas detectadas fue el hecho de que las empresas que formaban parte de este cártel se presentaban al inicio de los procedimientos de selección compitiendo entre ellas. Sin embargo, luego de pasar la fase de precalificación, estos grupos de empresas se consorciaban en uno solo para presentar su oferta final, es decir, pese a que estas empresas contaban con la capacidad técnica y económica para presentar una oferta tal y como habrían sido conformados inicialmente, al final presentaban una oferta conjunta.

Cabe señalar que el CADE consideró sospechosa esta forma de consorciarse en la etapa final de los procedimientos de selección. No obstante, este indicio no fue analizado aisladamente, puesto que se acompañó de otras pruebas que daban cuenta que la forma de agruparse en consorcios era resultado de un acuerdo anticompetitivo. Así, entre otros medios probatorios se encontraron: correos electrónicos entre los miembros del cártel, faxes, notas, actas de reuniones, hojas de cálculo, documentos en los que estas empresas discutían la realización y seguimiento del cártel, así como la asignación de ofertas y las propuestas a presentarse en distintas licitaciones.

3.5. El consorcio se adjudica un contrato y luego subcontrata la ejecución con una empresa o consorcio competidor

De acuerdo con el artículo 35 de la LCE⁵⁸, las entidades contratantes tienen la facultad de autorizar previamente la subcontratación. De esta forma, la entidad contratante tiene la posibilidad de solicitar los motivos detrás de la subcontratación, además, esta puede realizarse solo hasta por el 40 % del monto del contrato original y siempre que no esté limitada por los documentos del procedimiento de selección ni que se trate de prestaciones esenciales del contrato, vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

Sobre el particular, las entidades contratantes pueden, en dicha evaluación, analizar la situación del consorcio y los motivos presentados por este para la subcontratación de sus competidores (requiriendo más información, de ser el caso). De manera que, si no existen razones que justifiquen la subcontratación, este indicio puede ser contrastado con otros para sustentar una hipótesis anticompetitiva e informar al Indecopi sobre el hecho.

⁵⁸ TUO de la LCE

Artículo 35. Subcontratación

35.1 El contratista puede subcontratar, previa autorización de la Entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2 No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

35.3 Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

35.4 El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la Entidad.

LGCP

Artículo 87. Infracciones administrativas a participantes, postores, proveedores y subcontratistas

87.1. Son infracciones administrativas pasibles de sanción a participantes, postores, proveedores y subcontratistas las siguientes:

(...)

c) Subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad contratante o en porcentaje mayor al permitido por el reglamento, o cuando el subcontratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP o esté impedido para contratar con el Estado.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que la sospecha sobre la existencia de un consorcio inusual por ningún motivo supeditaría o restringiría la autorización de la subcontratación. Asimismo, cabe evaluar las hipótesis alternativas a la colusoria sobre las explicaciones de la subcontratación, considerando la importancia relativa de esta (el porcentaje que representa del contrato) o si está vinculada con una práctica reiterada a lo largo del tiempo en sucesivos procesos de contratación.

Finalmente, una situación adicional que puede reforzar la hipótesis anticompetitiva puede ser el hecho de que el consorcio decida subcontratar a sus competidores sin haber solicitado la autorización previa de la entidad contratante.

Caso “seguridad y comunicaciones ferroviarias”⁵⁹

La CNMC impuso multas a ocho empresas y a 10 de sus directivos por la creación de un cártel que se repartió 82 licitaciones entre los años 2002 y 2017 para la construcción, ejecución de obras, suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de las instalaciones de seguridad y comunicaciones de la red ferroviaria de alta velocidad y de la convencional.

El objetivo de las empresas era no competir, sino repartirse las licitaciones a través de la instrumentalización de figuras jurídicas como las UTE y la subcontratación. De esta manera, las empresas simulaban una situación de competencia en los procedimientos de licitación y encubrían los acuerdos de reparto de mercado. Así, examinando las ofertas presentadas, la CNMC advirtió que existió una coordinación previa a la presentación de dichas ofertas, de modo que algunas de ellas servían para cubrir a otras. Además, en la práctica no existía una necesidad de concurrir por intermedio de una UTE y tampoco se lograban eficiencias derivadas de esta.

El objetivo de los acuerdos era conservar las posiciones en los contratos en los que participaron, con independencia de la necesidad o no de concurrir en UTE o de llevar a cabo subcontrataciones. Incluso, la CNMC encontró que los porcentajes de reparto de las licitaciones se establecía teniendo en cuenta la cuota de mercado de cada empresa que formaba parte del acuerdo anticompetitivo.

Caso “licitación pública de trenes y subterráneos”

Parte del acuerdo anticompetitivo sancionado por el CADE de Brasil, consistía en repartos de procedimientos por el cual consorcios que ganaban las licitaciones, a su vez subcontrataban con empresas competidoras tras la adjudicación del contrato con la finalidad de premiar su colaboración en el acuerdo.

Asimismo, en algunas licitaciones el consorcio ganador subcontrataba al consorcio perdedor dividiendo el alcance del proyecto. En estos casos el objetivo era eliminar la competencia y elevar el precio de los proyectos finales en beneficio del acuerdo colusorio.

⁵⁹ Resolución S/DC/0614/17 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, del 29 de septiembre de 2021.

3.6. El intercambio de información sensible y ajena al procedimiento de selección o del objeto de la contratación

El intercambio de información en el contexto de la formación de un consorcio, la presentación de la oferta y de la ejecución de las prestaciones no siempre configurará un indicio de prácticas anticompetitivas, en la medida que resulta lógico prever que las partes desean viabilizar la oferta a presentar o cumplir con el contrato.

Sin perjuicio de ello, si la información trasladada por las partes va más allá del objetivo de la contratación o del procedimiento de selección (por ejemplo, se aprovecha para informar políticas generales de precios y su variación, o producción futura de bienes y servicios no vinculados con el objeto de la contratación pública), este podría ser un motivo para sospechar que el consorcio está siendo usado con fines anticompetitivos.

Un factor que podría desvirtuar esta sospecha es que las empresas consorciadas cuenten con protocolos y medidas de resguardo que mitiguen los riesgos del intercambio de la información sensible y que permita el rastreo de la información compartida (por ejemplo: la conformación de *Clean Teams*, el empleo de *Data Room* o la designación de personal con deberes de confidencialidad).

Es preciso señalar que, como se ha indicado anteriormente, el hecho que se verifique este supuesto no necesariamente debe ser usado como único elemento de juicio para sostener la existencia de un consorcio inusual que tiene por finalidad encubrir o facilitar un acuerdo colusorio, por el contrario, se podrá agregar otros indicios para poder sustentar correctamente la hipótesis anticompetitiva.

3.7. La competencia tiende a disminuir en otros concursos públicos o mercados donde operan los miembros del consorcio

De acuerdo con la guía irlandesa sobre consorcios, el hecho de que dos o más empresas participen a través de una oferta conjunta en una licitación, no debería afectar la forma en la que estas empresas compiten por otros proyectos⁶⁰.

Así, por ejemplo, si se verifica que las empresas consorciadas dejan de competir en otros procedimientos de selección donde habitualmente compiten, o se presentan otras evidencias como desistimientos o descalificaciones inesperadas, ofertas reiteradamente perdedoras o descalificadas, subidas repentinas o inusuales en los precios ofertados, rotaciones en la adjudicación de la buena pro, entre otras señales de advertencia, la entidad podrá verificar si estas condiciones irregulares en los procedimientos a su cargo obedecen a una sospecha de concertación entre las empresas consorciadas o a condiciones particulares de esos otros procedimientos.

⁶⁰ Comisión de Competencia y de Protección al Consumidor de Irlanda (2014), *Consortium Bidding. How to comply with competition law when tendering as part of a consortium: A Guide for Small and Medium Enterprises (SMEs)*, página 18.

No obstante, esta sospecha debe ser acompañada de otros indicios que respalden la existencia de la conducta y, además, en este caso en particular, se debe descartar algunas explicaciones alternativas como inestabilidad política, incremento de costos, entre otros que pueden afectar la industria de forma general.

Con base a lo expuesto en la presente sección, en los anexos 3 y 4 de la presente guía se muestra un listado de posibles señales de la existencia de un consorcio inusual y algunos ejemplos hipotéticos de consorcios inusuales.

IV. BUENAS PRÁCTICAS PARA LA PARTICIPACIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MEDIANTE CONSORCIOS

Visto el punto anterior, las empresas que decidan participar en consorcio también deberían tener en cuenta algunas recomendaciones para evitar contingencias vinculadas al cumplimiento de las normas de libre competencia.

En ese sentido, el siguiente listado no pretende agotar todos los supuestos que podrían ocurrir en la conformación de un consorcio, pero sí podrían evitar que las empresas que se consorciaron se encuentren expuestas a riesgos de incurrir en prácticas colusorias:

1. La cooperación entre los miembros del consorcio debe realizarse dentro de los límites del objeto de la convocatoria, del proceso de selección y de la ejecución de la prestación. Se debe evitar discusiones que excedan esta finalidad y que impliquen políticas de precios, producción o distribución de clientes o zonas geográficas que puedan conllevar a un acuerdo colusorio. Si tales discusiones suceden, su empresa debería abstenerse de participar en ellas.

Asimismo, si durante una reunión un miembro del consorcio divulgara información sensible ajena a la finalidad del consorcio o su conformación, como puede ser las políticas de su empresa vinculadas a precios, producción, distribución de clientes o zonas geográficas, el resto de los miembros del consorcio debería abstenerse de seguir participando en dicha reunión mientras se continúe divulgando información de ese estilo.

2. Las empresas deberían asegurar su información confidencial y evitar el intercambio de información ajena al objeto de la contratación o aquella que sea necesaria para la ejecución de la prestación. Asimismo, se debe procurar compartir el mínimo de información necesaria, evitando difundir entre los miembros del consorcio información comercial sensible o aquella que no ha sido solicitada.

Cabe resaltar que recibir información comercial sensible de un competidor, si esta información no fue solicitada, puede exponer a una empresa a riesgos de incurrir en prácticas colusorias, por lo que no se debe permitir ni fomentar más allá del interés del consorcio.

En el caso de compartir información ajena al consorcio, debe asegurarse que esto sea realizado a través de comités o terceros con deberes de confidencialidad sobre todo si el fin es comercial o con carácter de evaluar a su futuro socio comercial.

3. El hecho que una empresa forme parte de más de un consorcio en los que participen diferentes competidores (por ejemplo, que una empresa A forme parte de un consorcio con su competidor B y, a la vez, forme parte de otro con su competidor C), no debe conducir a que se facilite o filtre información sensible entre dichos competidores. En caso de que las empresas participen en más de una licitación bajo distintos consorcios deberían evitar la transferencia de información entre los distintos competidores que pueda facilitar acuerdos anticompetitivos como la fijación de precios, la limitación de la producción, el reparto de mercados o las licitaciones colusorias.

4. Las empresas deben tener clara la finalidad del consorcio antes de formar parte de uno. Las entidades contratantes deben ser específicas acerca del objeto a licitar y los productos o servicios vinculados. Ello disminuiría el riesgo de que las empresas consorciadas filtren (de manera intencional o no) información sobre mercados no contemplados por la convocatoria.
5. Los acuerdos sobre precios o condiciones que sean ajenas a la convocatoria o al contrato serán ilegales, sobre todo si estos acuerdos no son necesarios para sus fines.
6. Si una empresa es capaz de presentar una oferta de manera independiente, debe examinar las razones por las cuales desearía iniciar un consorcio. Sobre todo si se cumple con el criterio de complementariedad y no se busca disminuir la presión competitiva en los procesos de selección o verse favorecido por la disminución de competencia.
7. Es muy importante que la cooperación entre los miembros del consorcio en una oferta en particular sea claramente definida desde el principio, en línea con lo establecido en las bases de la convocatoria, con la finalidad de que dicha cooperación no se desvíe hacia otros aspectos.
8. La participación en un consorcio no debe afectar cómo una empresa se comporta hacia otros clientes o en otros proyectos o licitaciones, pues esta debería seguir compitiendo en otros mercados no vinculados a aquel en el que participe el consorcio.
9. Contar con un programa de cumplimiento efectivo que pueda mitigar los riesgos de cometer conductas anticompetitivas con la formación de consorcios en licitaciones con el Estado. De esta manera, se garantiza un adecuado sistema de autorregulación eficaz que cuente con herramientas de prevención y educación del personal encargado de los procedimientos de contrataciones con el Estado.
10. Documentar y registrar las razones o necesidades de la conformación de un consorcio con un competidor, a efectos de tener un respaldo frente a cualquier requerimiento de información de las entidades contratantes, autoridades de contrataciones del Estado o la autoridad de competencia.

Con base a lo expuesto en la presente sección, en el anexo 5 de la presente guía se muestra un listado de buenas prácticas para formar consorcios desde el punto de vista de la libre competencia.

SANCIONES

De acuerdo con el TUO de la LRCA, cualquier empresa que cometa una infracción por conductas anticompetitivas o los funcionarios que estén involucrados en estos actos, se exponen a las siguientes sanciones:

Empresas: multas de hasta el 12 % de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor o su grupo económico relativo a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la fecha de la sanción⁶¹.

Ejecutivos: multas de hasta 100 unidades impositivas tributarias aplicables a los representantes legales del infractor o a las personas que integran sus órganos de dirección o administración, según se determine su responsabilidad en el planeamiento, realización o ejecución de los ilícitos⁶².

⁶¹ Ver el numeral 1 del artículo 46 del TUO de la LRCA.

⁶² Ver el numeral 3 del artículo 46 del TUO de la LRCA.

V. CONTACTO CON EL INDECOPI

Los servidores públicos pertenecientes a las entidades públicas convocantes, el OSCE, o cualquier ciudadano, pueden contactar a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi para comunicar la existencia de indicios de la comisión de una conducta anticompetitiva.

Para facilitar la tarea de la Dirección, es recomendable que la persona que realice el contacto tenga a la mano cierta información relevante como los datos del procedimiento de selección y el mercado involucrado, la identificación de los postores, el tipo de conducta anticompetitiva que se presume, y cualquier evidencia como documentos, correos electrónicos, videos, fotografías, entre otros. De ser necesario, la Dirección puede mantener la confidencialidad de la identidad del denunciante y actuará con reserva en el desarrollo de sus investigaciones.

Del mismo modo, cualquier funcionario o servidor público puede también contactar a la Dirección para recibir orientación sobre cómo fomentar mayor competencia en los procedimientos de selección y contratación de su entidad, o para formular cualquier consulta sobre el contenido y alcance de esta guía.

El contacto con la Dirección se puede realizar de lunes a viernes en el horario de 8:30 a.m. a 5:30 p.m. a través de los siguientes medios:

Teléfono: +51 01 224 7800, anexo 3101

Correo electrónico: st-clc@indecopi.gob.pe

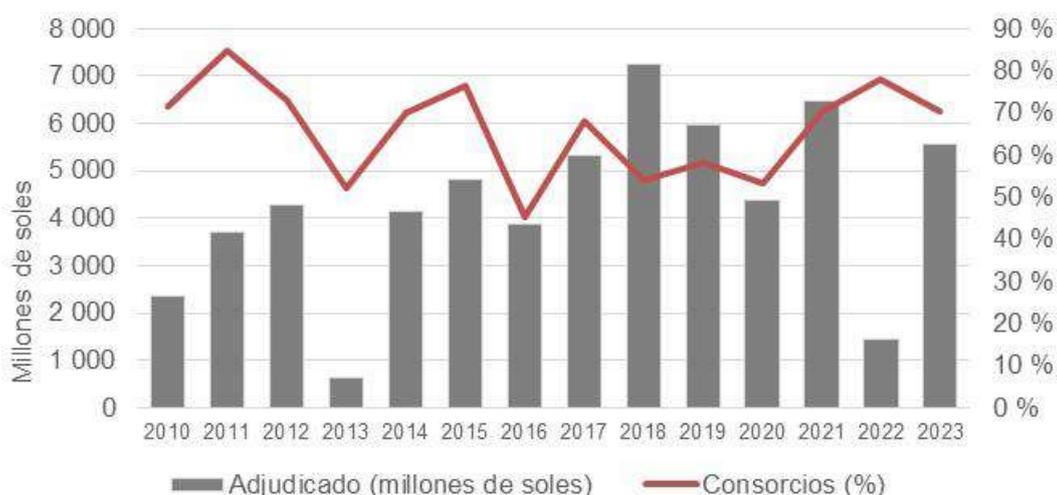
Dirección: calle De la Prosa 104, San Borja, Lima

VI. ANEXOS

ANEXO 1

Instituciones con mayores montos en contrataciones públicas adjudicadas a consorcios

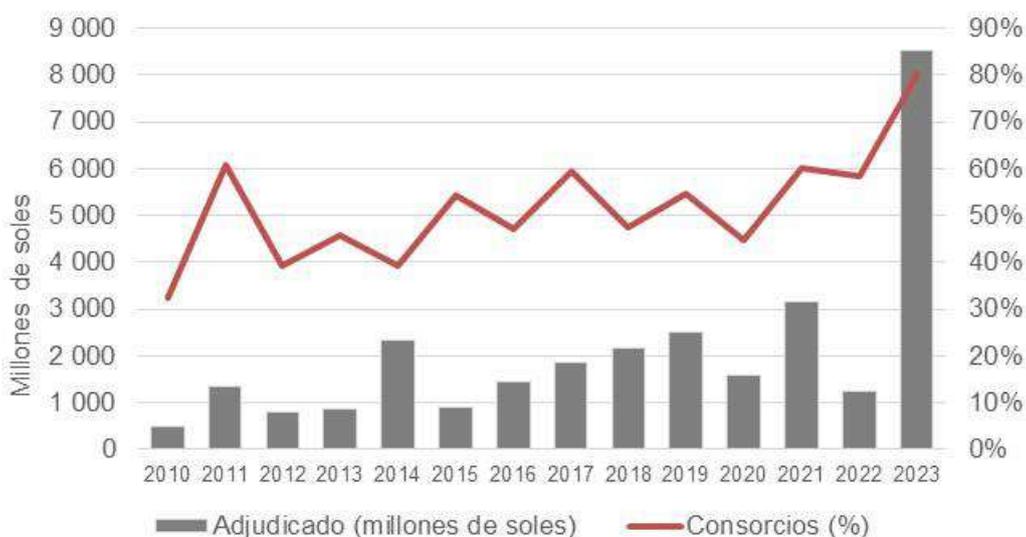
Ministerio de Transportes y Comunicaciones



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

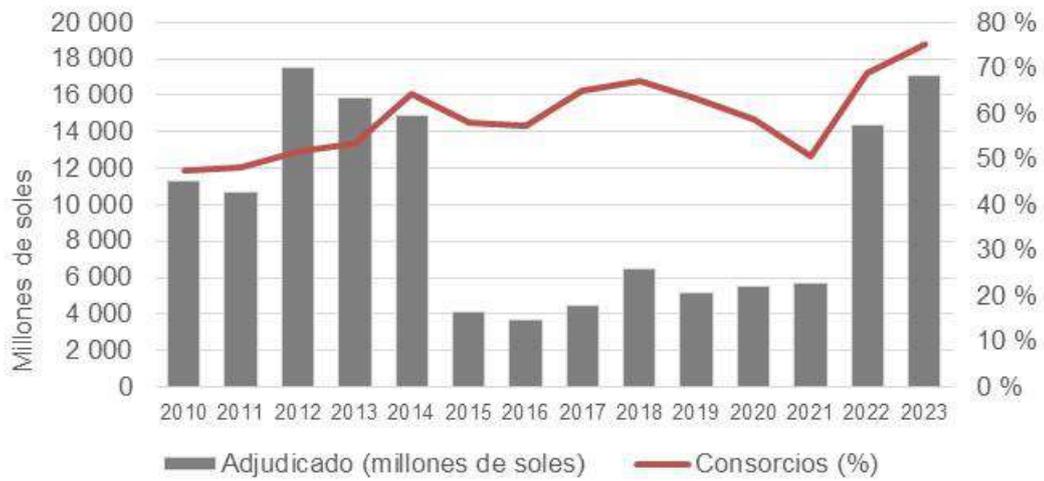
Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

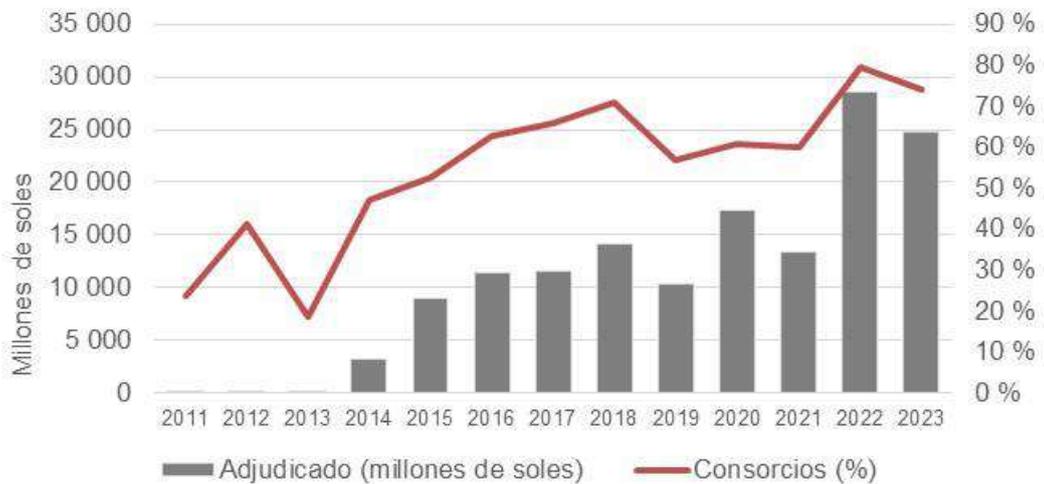
Gobiernos regionales



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

Gobiernos locales



Fuente: OSCE

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi

ANEXO 2

Gráfico de cooperación entre el Indecopi y las demás entidades públicas



ANEXO 3
Siete posibles señales de la existencia de un consorcio inusual

N.º	Señales	
1	Los miembros del consorcio han tenido participación previa por separado en iguales o similares convocatorias.	
2	Los miembros del consorcio cuentan con capacidad individual para proveer sin necesidad de consorciarse.	
3	Los miembros del consorcio tienen una alta participación en un mercado que es concentrado.	
4	Los miembros del consorcio cotizaron individualmente, pero luego se consorciaron.	
5	El consorcio subcontrató a un competidor anterior.	
6	Los miembros del consorcio intercambiaron información sensible ajena al procedimiento de selección o al objeto de la contratación.	
7	La competencia se ve disminuida en otros concursos o mercados donde participan los miembros del consorcio.	

ANEXO 4
Ejemplos de Consorcios Inusuales

CASO 1	CASO 2	CASO 3
<p>Las empresas A y B han sido, en los últimos cinco años, proveedoras regulares de insumos para programas alimenticios de la municipalidad M de un distrito del norte del país. Sin embargo, en los tres últimos procesos de selección han participado consorciadas. Ambas empresas han ostentado en conjunto más del 80 % del mercado con cuotas de mercado similares a lo largo del tiempo.</p>	<p>Las empresas A y B, que conforman un consorcio en la provisión de textos escolares al Ministerio de Educación, han estado intercambiando intensamente información de precios y niveles de producción de publicaciones comerciales como catálogos, folletos y revistas.</p>	<p>Las empresas A y B ganaron el procedimiento de selección para la provisión de oxígeno medicinal a los hospitales públicos de la región R por un año. Resultó sospechoso conocer que ambas empresas pertenecen a grupos económicos internacionales de grandes recursos financieros, es decir, serían empresas con capacidad individual para proveer el oxígeno medicinal. Por otro lado, la empresa perdedora C fue subcontratada al segundo mes de ejecución.</p>

ANEXO 5

Diez buenas prácticas para utilizar consorcios desde el punto de vista de la libre competencia

N.º	Buenas Prácticas	
1	La cooperación entre los miembros del consorcio se da dentro de los límites de la convocatoria, el proceso de selección y la ejecución del contrato.	
2	Los miembros del consorcio evitan el intercambio de información sensible ajena al objeto de la contratación o al contrato.	
3	En el caso que se conforme más de un consorcio en los que participan distintos competidores, se debe evitar el intercambio de información sensible entre competidores.	
4	Los miembros deben tener claridad sobre la finalidad del consorcio.	
5	Los miembros del consorcio deben evitar acuerdos de precios o condiciones comerciales ajenos a la convocatoria o el contrato.	
6	Si una empresa es capaz de presentar su oferta de manera independiente, debe examinar las razones por las cuales desearía conformar un consorcio.	
7	La cooperación entre los miembros del consorcio debe estar claramente definida desde el inicio, de acuerdo con las bases del concurso.	
8	La participación en un consorcio no debe afectar el comportamiento empresarial frente a otros clientes o en otros proyectos o licitaciones.	
9	Se debe procurar contar con un programa de cumplimiento efectivo en materia de libre competencia.	
10	Es recomendable documentar o registrar las razones o necesidades de conformar un consorcio con competidores.	



www.gob.pe/Indecopi

Síguenos en: **Indecopi Oficial**



PERÚ
Presidencia
del Consejo de Ministros



BICENTENARIO
PERÚ
2024