



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Expediente 011-2012/CLC-IP

Resolución 013-2013/ST-CLC-INDECOPI

1 de agosto de 2013

VISTOS:

El Oficio 564-2012/PRE del 8 de noviembre de 2012 y la Cédula de Notificación 26269/2013.TC del 21 de junio de 2013, mediante los cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE) remitió los Expedientes 654-2012-TC, 655-2012-TC, 656-2012-TC y 658-2012-TC (en adelante, los Expedientes) sobre presuntas conductas anticompetitivas en los procesos de Licitación Pública 001-2010-CE-MDSMP, 003-2010-CE-MDC, 001-2011-CE-MDC y 001-2011-MDI-CE (en adelante, los Procesos de Selección) convocados por las Municipalidades Distritales de San Martín de Porres, Carabayllo e Independencia; y, la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

1. El 9 de marzo de 2010, la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres convocó a la Licitación Pública 001-2010-CE-MDSMP para la adquisición de leche evaporada entera en tarros de 410 gramos para el Programa del Vaso de Leche. El 11 de mayo de 2010, el Comité Especial otorgó la buena pro a NIISA Corporation S.A. (en adelante, NIISA).
2. El 26 de octubre de 2010, la Municipalidad Distrital de Carabayllo convocó al proceso de Licitación Pública 003-2010-CE-MDC para la adquisición de mezcla de cereales para el Programa del Vaso de Leche. El 10 de diciembre de 2010, NIISA obtuvo la buena pro.
3. El 16 de febrero de 2011, la Municipalidad Distrital de Independencia convocó al proceso de Licitación Pública 001-2011-MDI-CE para la adquisición de leche evaporada entera en tarros de 440 gramos y hojuela de cereales con soya precocida enriquecida con vitaminas y minerales en sachets de 440 gramos para el Programa del Vaso de Leche. Al respecto, mediante Resolución de Alcaldía 205-2011-MDI del



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

11 de abril de 2011, la Municipalidad Distrital de Independencia declaró la nulidad de oficio del proceso de selección y lo retrotrajo a la etapa de publicación de las bases integradas; sin embargo, mediante Resolución de Gerencia Municipal 317-2011-GM-MDI del 26 de diciembre de 2011, resolvió cancelar dicho proceso.

4. El 25 de mayo de 2011, la Municipalidad Distrital de Carabayllo convocó a la Licitación Pública 001-2011-CE-MDC para la adquisición de leche evaporada entera en tarros de 410 gramos para el Programa del Vaso de Leche. El 24 de junio de 2011, el Comité Especial otorgó la buena pro a NIISA.
5. El 26 de abril de 2012, mediante Memorando 323-2012/DTN.AEO, la Dirección Técnica Normativa¹ del OSCE puso en conocimiento del Tribunal del OSCE la denuncia realizada por Nutrial Soluciones Nutricionales y Logísticas S.A.C. (en adelante, Nutrial) contra NIISA, por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia al interior de los Procesos de Selección.

Al respecto, Nutrial adjuntó a su denuncia la Disposición Fiscal de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima Norte, del 30 de enero de 2012, contra los señores Moisés Martin Alfaro Barreto, Edwin Jesús Ruiz Lozada, empleados de la empresa NIISA; y funcionarios de las Municipalidades Distritales de San Martín de Porres, Carabayllo e Independencia, por la existencia de indicios de delitos de Colusión, Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del cargo².

La denuncia de Nutrial se sustenta en que los documentos (el resumen ejecutivo, las bases, absolución de consultas y observaciones) que supuestamente garantizarían la libre competencia de los Procesos de Selección, y que debían ser elaborados por los funcionarios de las municipalidades o integrantes de los Comités Especiales, fueron elaborados por NIISA según las pruebas encontradas por el personal de la División de Alta Tecnología de la Policía Nacional del Perú³.

¹ Tiene como finalidad establecer los criterios técnicos legales sobre la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, elaborar los proyectos normativos referidos a la aplicación de dicha normativa, así como brindar asesoría de carácter técnico legal y desarrollar las actividades referentes a la difusión y capacitación en materia de contratación pública. Disponible en: <http://www.osce.gob.pe/opcion.asp?ids=1&ido=2>

² Los procesos de selección investigados fueron:

- Licitación Pública 001-2010-CE-MDSMP, Municipalidad de San Martín de Porres.
- Licitación Pública 003-2010-CE-MDC, Municipalidad de Carabayllo.
- Licitación Pública 001-2011-CE-MDC, Municipalidad de Carabayllo.
- Licitación Pública 001-2007-CE-MDI, Municipalidad de Independencia.
- Licitación Pública 001-2011-CE, Municipalidad de Independencia.

³ Escrito de Nutrial del 11 de abril de 2012 remitido a la Presidencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado.



6. Mediante acuerdos 402/2012.TC-S3 del 3 de agosto de 2012, 449/2012.TC-S3 del 17 de agosto de 2012, 578/2012.TC-S1 del 26 de septiembre de 2012 y 773-2013-TC-SC2 del 4 de diciembre de 2012, el Tribunal del OSCE acordó:

- (i) Suspender el inicio de los Procedimientos Administrativos Sancionadores contra la empresa NIISA hasta el pronunciamiento de la autoridad competente.
- (ii) Remitir todo lo actuado al Indecopi, a fin que se pronuncie respecto de la participación de NIISA en las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia.

7. En ese sentido, mediante Oficio 564-2012/PRE del 8 de noviembre de 2012 y Cédula de Notificación del 21 de junio de 2013, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia de los Expedientes a fin de que se pronuncie respecto a la supuesta participación de NIISA en prácticas restrictivas de la libre competencia.

8. Para el análisis del presente caso, es importante recordar que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, en materia de prácticas colusorias, se circunscribe únicamente a aquellas conductas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia⁴.

9. De acuerdo al contenido de la denuncia de Nutrial, no se identifica indicios de un presunto acuerdo entre dos o más agentes económicos competidores entre sí, sino entre un agente económico (NIISA) y funcionarios públicos de las municipalidades o integrantes de los Comités Especiales, con la finalidad de beneficiar a NIISA con la buena pro de los Procesos de Selección. Por lo tanto, este hecho no podría configurar un supuesto de prácticas colusorias, de acuerdo al Decreto Legislativo 1034.

Por otro lado, cabe recordar que ni esta Secretaría Técnica ni la Comisión de Defensa de la Libre Competencia son competentes para conocer una supuesta infracción de los funcionarios de las municipalidades a las normas sobre

⁴

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 11.- Prácticas Colusorias Horizontales

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

contrataciones del Estado⁵ o un supuesto delito contra la administración pública en el ejercicio de sus funciones⁶.

10. De la información que obra en los Expedientes no se aprecian indicios de que NIISA realizó algún tipo de acuerdo o coordinación con los otros postores para restringir la competencia en los Procesos de Selección.
11. Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias en los Procesos de Selección y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de NIISA.
12. Sin perjuicio de ello, en atención a los artículos 15.1 y 15.2 del Decreto Legislativo 1034⁷, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría Técnica continuará supervisando este y otros mercados de la economía, con la finalidad de

⁵ Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 46.- De las Responsabilidades y Sanciones.-

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

En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo se aplicarán, de acuerdo a su gravedad, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación escrita;
- b) Suspensión sin goce de remuneraciones de treinta a noventa días;
- c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y,
- d) Destitución o despido.

Artículo 58.- Funciones

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

(...)

l) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

⁶ Código Penal

Artículo 384.- Colusión simple y agravada.-

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años. (Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley 29758, publicada el 21 julio 2011).

⁷ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) Efectuar investigaciones preliminares;
- (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

contribuir a la promoción de la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores.

13. Finalmente, esta Secretaría Técnica considera que corresponde remitir copia de los Expedientes a la Contraloría General de la República, con la finalidad de que dicha autoridad pueda evaluar la actuación de las municipalidades en el marco de sus competencias.

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

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de NIISA Corporation S.A., debido a que no existen indicios razonables de prácticas colusorias en los procesos de Licitación Pública 001-2010-CE-MDSMP, 003-2010-CE-MDC, 001-2011-CE-MDC y 001-2011-MDI-CE.

SEGUNDO: Remitir copia de los expedientes 654-2012-TC, 655-2012-TC, 656-2012-TC y 658-2012-TC a la Contraloría General de la República, para que dicha autoridad pueda evaluar la actuación de las Municipalidades Distritales de San Martín de Porres, Carabayllo e Independencia en el marco de su competencia.



Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico