

Resolución 016-2012/ST-CLC-INDECOPI

18 de setiembre de 2012

VISTO:

La investigación preliminar realizada por la Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) en atención a la información presentada por Laboratorios Bagó del Perú S.A. (en adelante, Bagó) sobre presuntas prácticas colusorias en el mercado de procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 11 de abril de 2012, Bagó presentó información sobre presuntas prácticas colusorias realizadas entre Cardio Perfusión E.I.R.L. (en adelante, Cardio) y el Seguro Social de Salud – EsSalud en el mercado de procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico.
2. Al respecto, Bagó señaló lo siguiente:
 - i. Por un lado, EsSalud suscribió un contrato con Cardio para el suministro de IOBITRIDOL, como consecuencia de la convocatoria a la Licitación Pública 0011-2010-ESSALUD/GCL (en adelante, la LP 11-2010). Ello, a pesar de que el Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, mediante el Oficio D-0739-2011/DSF-SPG y el Informe Final 017-2011/DSF/SSUP-VVS¹, había ordenado a dicha entidad, entre otras cosas, que declarara la nulidad de este proceso de selección. Según Bagó, esta circunstancia constituía un indicio de concertación entre Cardio y EsSalud.
 - ii. Por otro lado, el 29 de diciembre de 2011, EsSalud convocó a la Licitación Pública 13-2011-ESSALUD/GCL (en adelante, la LP 13-2011) requiriendo, en el ítem 47, el suministro de noventa y cuatro mil ciento cincuenta y dos (94,152) ampollas de IOBITRIDOL, por un monto total de S/. 13'761,350.47

¹

Cabe señalar que estas actuaciones se realizaron en el marco de la denuncia interpuesta por Bagó ante la Dirección de Supervisión y Fiscalización del OSCE, alegando que, mediante la convocatoria a la LP 11-2010, EsSalud habría violado el Principio de Trato Justo e Igualitario establecido en el literal k) del artículo 4 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

(trece millones setecientos sesenta y un mil trescientos cincuenta con 47/100 nuevos soles) y por un período de doce (12) meses. Así, según Bagó, EsSalud habría convocado a la LP 13-2011 con la finalidad de requerir específicamente el IOBITRIDOL en lugar de requerir sustancias de contraste radiológico en general, circunstancia que constituiría un direccionamiento a favor de Cardio.

3. Mediante Oficio 122-2012-DIGEMID DG-DAUM-URM/MINSA (en adelante, el Oficio 122-2012), la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas - DIGEMID señaló que la comercialización de IOBITRIDOL se encontraba en una situación de monopolio, debido a que era ofertado en el mercado por una sola empresa².
4. Por dichos motivos, Bagó solicitó a la Secretaría Técnica iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Cardio y EsSalud.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de la comisión de prácticas colusorias entre Cardio y EsSalud en el mercado de procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico y si, en consecuencia, corresponde iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

6. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
7. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar³.

² Al respecto, ver foja 13 del expediente.

³ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

8. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado⁴.
9. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

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

[Énfasis agregado]

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

3.2. Ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034

11. De conformidad con el principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 resulta aplicable siempre que la conducta en cuestión no cuente con regulación específica.
12. Así, por ejemplo, en los mercados de energía y minería, telecomunicaciones e infraestructura de transporte de uso público, el ordenamiento jurídico ha establecido de manera expresa que las normas de libre competencia se aplican de manera supletoria a la regulación sectorial y que, en caso de conflicto, priman las normas regulatorias⁵.

⁴ **Ley 27444**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

⁵ **Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG**

Artículo 12.-Principio de Supletoriedad

13. Al respecto, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) ha establecido lo siguiente⁶:

Ahora bien, si el Estado, a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701.
[Énfasis agregado]

14. Por su parte, el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL ha establecido lo siguiente⁷:

De acuerdo con el principio de supletoriedad, las normas de libre competencia son supletorias a la regulación del sector, es decir, se aplican solamente cuando una determinada práctica o conducta no se encuentra tipificada o cubierta de manera expresa por la regulación sectorial de telecomunicaciones.
[Énfasis agregado]

15. Por lo tanto, de conformidad con el principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 resulta aplicable siempre que la conducta en cuestión no cuente con regulación específica. En ese sentido, si una conducta se encontrara regulada específicamente en alguna otra norma del ordenamiento jurídico, el Decreto Legislativo 1034 no le resultaría aplicable.

3.3. Prácticas colusorias

16. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034. Por su

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG.

Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

Artículo 12.-Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN

Artículo 11.-Principio de Supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN.

⁶ Ver Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo de 2002, emitida en el procedimiento iniciado por Empresa de Distribución Eléctrica de Lima – Norte S.A.A. - Edelnor contra Paneles Napsa S.A., sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada y discriminación.

⁷ Ver Resolución 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo de 2005, emitida en el procedimiento iniciado por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C., sobre abuso de posición de dominio.

parte, las prácticas colusorias verticales se encuentran tipificadas en los artículos 1 y 12 del Decreto Legislativo 1034.

17. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes⁸, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores. Por su parte, las prácticas colusorias verticales son aquellas realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.
18. En toda práctica colusoria existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
19. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
20. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable⁹.
21. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones o indicaciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes

⁸ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

⁹ La voluntad común de restringir la competencia puede inferirse a partir de "(...) evidencia que tiende a excluir la posibilidad de acción independiente de las [partes]. Esto es, debe haber evidencia directa o circunstancial que lleve razonablemente a probar que [las partes] tienen un compromiso consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito". Traducción libre de: "(...) evidence that tends to exclude the possibility of independent action by the [parties]. That is, there must be direct or circumstantial evidence that reasonably tends to prove that [the parties] had a conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective". Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp., 465 U.S. 752 (1984), citado por KOVACIC, William. The Identification and Proof of Horizontal Agreements Under the Antitrust Laws, 38 Antitrust Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares.

económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).

22. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a los que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado¹⁰.
23. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan¹¹.
24. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realice no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹². En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹³.

3.4. Análisis de las conductas investigadas

3.4.1 Sobre la suscripción del contrato de suministro entre Cardio y EsSalud como consecuencia de la convocatoria a la LP 11-2010

¹⁰ Ver Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima.

¹¹ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. *“Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación”*. Traducción libre de: *“However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association”*. GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82.

¹² PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

¹³ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

Ver Resolución 069-2010/CLC-INDECOPI del 6 de octubre de 2010, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en Huaraz, mediante la cual se sancionó la recomendación de una asociación de transportistas y el acuerdo de sus asociados.

25. Mediante escrito del 11 de abril de 2012, Bagó informó que la suscripción del contrato de suministro entre Cardio y EsSalud, como consecuencia de la convocatoria a la LP 11-2010 y en contravención a lo dispuesto por el OSCE, constituiría un indicio de una concertación entre ambas.
26. En particular, Bagó señaló que *“los mecanismos previstos en la ley especial [se refiere al Decreto Legislativo 1017], no han sido cumplidos y por el contrario, burlándose de ello, consuman una práctica colusoria que favorece a Cardio Perfusión EIRL”*¹⁴.
27. Sobre el particular, cabe recordar que, el 26 de julio de 2011, Bagó interpuso una denuncia contra Cardio y EsSalud por hechos similares a los analizados en el presente caso. En dicha oportunidad, Bagó señaló que, mediante la convocatoria a la LP 11-2010, EsSalud había requerido específicamente IOBITRIDOL en lugar de requerir sustancias de contraste radiológico en general, lo que constituía un direccionamiento a favor de Cardio y, en consecuencia, evidenciaba una concertación entre esta ambas.
28. Sin embargo, mediante Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, la Resolución 018-2011) del 19 de diciembre de 2011, esta Secretaría Técnica consideró que la conducta denunciada (el direccionamiento de la LP 11-2010) contaba con regulación específica, debido a que podía constituir una violación a los literales c) y k) del artículo 4 y al literal a) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que establecen lo siguiente:

Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

*c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones **se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.***

(...)

*k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, **prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.***

(...)

Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases

Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

*a) Los **mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores** en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. (...)*

14

Ver foja 6 del expediente.

[Énfasis agregado]

29. Por este motivo, en atención al principio de supletoriedad, la Secretaría Técnica determinó que los hechos relacionados a la convocatoria a la LP 11-2010 se encontraban fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, por lo que declaró improcedente la denuncia¹⁵.
30. Según Bagó, los hechos descritos en su escrito del 11 de abril de 2012 guardarían relación con aquellos que fueron materia de su denuncia del 26 de julio de 2011. Así, en opinión de esta empresa, todas estas circunstancias serían parte de una misma conducta, una práctica colusoria, realizada entre Cardio y EsSalud, que habría iniciado con la convocatoria a la LP 11-2010 y seguiría materializándose con la suscripción del contrato de suministro de IOBITRIDOL.
31. Al respecto, considerando que la suscripción del contrato de suministro entre Cardio y EsSalud se produjo como consecuencia de la convocatoria a la LP 11-2010, esta Secretaría Técnica considera que, efectivamente, ambos hechos se encuentran vinculados.
32. No obstante, como se ha señalado, mediante Resolución 018-2011, se determinó que los hechos vinculados a la convocatoria a la LP 11-2010 contaban con regulación específica, debido a que podrían configurar una infracción a diversas disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1017 y, por ende, se encontraban fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034. En ese sentido, es posible afirmar que los hechos vinculados a la suscripción del contrato de suministro entre Cardio y EsSalud también podrían configurar una infracción a los literales c) y k) del artículo 4 y al literal a) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017.
33. Considerando que los hechos vinculados a la suscripción del contrato de suministro entre Cardio y EsSalud son consecuencia de los hechos sobre los que esta Secretaría Técnica ya se ha pronunciado en una anterior oportunidad, carece de objeto emitir un nuevo pronunciamiento. En consecuencia, estése a lo resuelto en el primer punto de la Resolución 018-2011¹⁶.

¹⁵ Cabe mencionar que previamente, mediante escrito del 30 de mayo de 2011, Bagó había denunciado también que: (i) Cardio había incurrido en conductas anticompetitivas junto con el OSCE y la DIGEMID con la finalidad de incluir al IOBITRIDOL en el Listado de Bienes Comunes del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE para que pudiera ser adquirido mediante procesos de selección en la modalidad de Subasta Inversa; y, (ii) Cardio y EsSalud habían incurrido en prácticas colusorias con la finalidad de que EsSalud aprobara la Exoneración 17-2009-ESSALUD/GCL y adquiriera de manera directa el IOBITRIDOL, sin tener que realizar un proceso de selección. No obstante, estos extremos de su denuncia también fueron declarados improcedentes. Al respecto, ver Expediente 002-2011/CLC.

¹⁶ **Resolución 018-2011**
PRIMERO: Declarar improcedente en todos sus extremos la denuncia interpuesta por Laboratorios Bagó del Perú S.A. contra Cardio Perfusión E.I.R.L., la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas - DIGEMID, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE y el Seguro Social de Salud - EsSalud, por presuntas conductas anticompetitivas en el mercado de procesos de selección para la adquisición de sustancias de contraste radiológico o radiocontraste, debido a que las conductas denunciadas se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.4.2 Sobre el presunto direccionamiento realizado por EsSalud en favor de Cardio mediante la convocatoria a la LP 13-2011

34. Mediante escrito del 11 de abril de 2012, Bagó también informó que EsSalud convocó a la LP 13-2011, requiriendo específicamente el IOBITRIDOL en el ítem 47, en lugar de requerir sustancias de contraste radiológico en general. Según Bagó, esto constituía un direccionamiento a favor de Cardio y, en consecuencia, evidenciaba una nueva concertación entre Cardio y EsSalud.

35. En particular, Bagó señaló lo siguiente:

*“[E]n el ítem 47 del precitado Proceso de Selección, se afecta una vez más, la libre competencia –pluralidad de postores– y el trato igualitario, pues como ya se dijo la entidad denunciada una vez más, en lugar de requerir la compra de Sustancias o Agentes de Contraste o Diagnóstico, está ejecutando un acto irregular, puesto que las Bases Administrativas del referido Proceso de Selección, **únicamente se esta direccionando la compra** (sic), para que en este caso, sea beneficiado un solo proveedor”¹⁷.*

36. Como puede apreciarse, la supuesta práctica colusoria resulta similar a la que denunció Bagó el 26 de julio de 2011. Así, al igual que en dicha oportunidad, EsSalud habría convocado a un proceso de selección para adquirir únicamente IOBITRIDOL y, presuntamente, favorecer a Cardio.

37. Al respecto, tal como se señaló en su oportunidad respecto de la LP 11-2010¹⁸, podría afirmarse que el direccionamiento de la LP 13-2011 no sólo no fomentó sino que restringió la concurrencia y la participación de postores, impidiendo que EsSalud obtuviera la propuesta técnica y económica más favorable. En consecuencia, esta conducta también podría contravenir los principios de Libre Concurrencia y Competencia y de Trato Justo e Igualitario recogidos en los literales c) y k) del artículo 4 del Decreto Legislativo 1017, así como lo dispuesto en el literal a) del artículo 26 de dicha norma.

38. Por lo tanto, en opinión de esta Secretaría Técnica, la conducta consistente en el direccionamiento de la LP 13-2011 también cuenta con regulación específica, razón por la cual, atendiendo al principio de supletoriedad, el Decreto Legislativo 1034 no le resulta aplicable.

39. En consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Cardio y EsSalud por el direccionamiento de la LP 13-2011, debido a que esta conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034.

40. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 608-PE-ESSALUD-2012 del 20 de julio de 2012, EsSalud resolvió declarar la nulidad de oficio del ítem 47 de la LP 13-2011, debiendo retrotraerse

¹⁷ Ver foja 7 del expediente.

¹⁸ Ver numeral 70 de la Resolución 018-2011.

este proceso a la etapa de convocatoria, con la finalidad de que se elabore nuevamente un estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

3.4.3 Sobre el Oficio 122-2012 emitido por la DIGEMID

41. Cabe mencionar que, en su escrito del 11 de abril de 2012, Bagó afirmó que debía tenerse en cuenta la opinión emitida por la DIGEMID mediante el Oficio 122-2012, consistente en que la comercialización de IOBITRIDOL se realizaba en una situación de monopolio¹⁹. Según Bagó, esta opinión constituía un indicio suficiente para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Cardio y EsSalud.
42. Al respecto, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y **el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas**. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*
(...)

[Énfasis agregado]

43. Como puede apreciarse, la Constitución no prohíbe la existencia de monopolios en la economía, sino el abuso de la posición de dominio. Similar criterio ha sido recogido en el artículo 7.2 del Decreto Legislativo 1034, según el cual la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita²⁰.
44. Asimismo, cabe precisar que las conclusiones del Oficio 122-2012 se refieren únicamente a los motivos por los que el IOBITRIDOL no se encuentra contemplado en el Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales²¹ y no a la existencia de indicios de una conducta anticompetitiva por parte de Cardio y EsSalud.
45. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que el hecho que Cardio tenga el monopolio de la comercialización de IOBITRIDOL no constituye un indicio suficiente para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
46. Por otro lado, si se quisiera analizar la posible existencia de un abuso de posición de dominio por parte de Cardio, cabe recordar que, de conformidad con

¹⁹ Específicamente, el Informe 122-2012 estableció lo siguiente: “Para evaluar la potencial disponibilidad en el mercado farmacéutico nacional, a la fecha de la revisión de la información se consideraron los Registros Sanitarios vigentes de los medicamentos solicitados. Al respecto, Iohexol e Iopamidol presentaron más de 02 Registros Sanitarios y el Iobitridol presentó un solo Registro Sanitario, lo cual representaba una situación de monopolio”.
[Énfasis agregado]

²⁰ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-
7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

²¹ El Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales, aprobado mediante Resolución Ministerial 062-2010/MINSA, es un instrumento técnico normativo para la prescripción, dispensación, adquisición y utilización de medicamentos esenciales en los diferentes niveles de atención de los establecimientos del Sector Salud.

lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034²², para iniciar un procedimiento administrativo sancionador sobre abuso de posición de dominio, debe verificarse la existencia de indicios razonables de los siguientes requisitos:

- i. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio,
- ii. Que haya realizado una conducta unilateral que restrinja de manera indebida la competencia, y
- iii. Que haya obtenido beneficios y haya causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).

47. Sin embargo, en el presente caso, Bagó no ha alegado ni demostrado que Cardio haya realizado una conducta unilateral que restrinja de manera indebida la competencia (segundo requisito para que se configure un abuso). En efecto, Bagó no ha alegado la existencia de una conducta unilateral por parte de Cardio que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado (por ejemplo, una negativa injustificada).

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: Respecto de la suscripción del contrato de suministro de IOBITRIDOL entre Cardio Perfusión E.I.R.L. y el Seguro Social de Salud - EsSalud como consecuencia de la Licitación Pública 0011-2010-ESSALUD/GCL, estése a lo resuelto en el primer punto de la Resolución 018-2011/ST-CLC-INDECOPI.

SEGUNDO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Cardio Perfusión E.I.R.L. y EsSalud, por presuntas prácticas colusorias en la convocatoria a la Licitación Pública 13-2011-ESSALUD/GCL, respecto del ítem 47 para el suministro de IOBITRIDOL, debido a que la conducta investigada se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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

²²

Decreto Legislativo 1034

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.