

**Resolución 017-2012/ST-CLC-INDECOPI**

25 de setiembre de 2012

**VISTOS:**

El Oficio 188-2007/TCA-DLB del 10 de setiembre de 2007, mediante el cual el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), remitió el Expediente 344-2007.TC sobre presuntas conductas anticompetitivas en la Licitación Pública por Proceso de Selección Abreviado 008-2006-IN-OGA (en adelante, el Proceso de Selección), convocada por el Ministerio del Interior (en adelante, el Mininter); y la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Ley 28880, publicada el 9 de setiembre de 2006, se autorizó un crédito suplementario en el presupuesto del sector público para el año fiscal 2006. En particular, se aprobó un crédito suplementario a favor del Mininter por la suma de S/. 121'782,096.00 (ciento veintiún millones setecientos ochenta y dos mil noventa y seis y 00/100 nuevos soles). Mediante Decreto de Urgencia 024-2006, publicado el 26 de setiembre de 2006, se aprobó el procedimiento especial para la ejecución de las actividades y proyectos bajo el ámbito de la referida ley.
2. Mediante Resolución Ministerial 2079-2006-IN-0501, publicada el 22 de octubre de 2006, el Mininter aprobó la relación de bienes de equipamiento por reposición a ser adquiridos bajo los alcances de la Ley 28880. De acuerdo a la información que obra en el expediente, mediante Oficio 2310-2006-DIRLOG-PNP-DIVTRA/SEC del 25 de octubre de 2006, la Dirección de Logística de la Policía Nacional del Perú (en adelante, la DIRLOG PNP) realizó un requerimiento a la Dirección General de la Oficina General de Administración del Mininter (en adelante, la OGA) para la adquisición de cincuenta (50) camiones portatropa bajo los alcances de la Ley 28880, remitiendo las características técnicas correspondientes.

3. Realizado el estudio de mercado correspondiente entre el 26 de octubre y el 17 de noviembre de 2006, mediante Resolución Directoral 602-2006-IN/0506 del 24 de noviembre de 2006, la OGA aprobó el expediente de contratación del Proceso de Selección para la adquisición por reposición de cincuenta (50) camiones de transporte (portatropa tipo militar) para la DIRLOG PNP (en adelante, el Expediente de Contratación) y designó al comité especial a cargo de su ejecución (en adelante, el Comité Especial).
4. El Expediente de Contratación se sustentó en las especificaciones técnicas formuladas por la DIRLOG PNP y en el estudio de mercado realizado por la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares de la OGA (OASA) para determinar el valor referencial de los camiones portatropa a adquirirse. De acuerdo a la información que obra en el expediente, dicho valor referencial se determinó en base a las cotizaciones de las siguientes empresas:
  - International Security and Defense Systems Ltd. – ISDS (en adelante, International); y
  - Unlimited Business S.A.C. (en adelante, Unlimited).
5. De acuerdo a la información del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, el 11 de diciembre de 2006 el Mininter realizó la convocatoria del Proceso de Selección, con un valor referencial de S/. 24'970,833.33 (veinticuatro millones novecientos setenta mil ochocientos treinta y tres y 33/100 nuevos soles).
6. El 22 de diciembre de 2006, se llevó a cabo el acto público de apertura de propuestas económicas y otorgamiento de la buena pro. Siendo la única empresa que superó la etapa de evaluación de propuestas técnicas, el Comité Especial otorgó la buena pro a International, por el valor de S/. 17'479,583.34 (diecisiete millones cuatrocientos setenta y nueve mil quinientos ochenta y tres y 34/100 nuevos soles).
7. El 27 de diciembre de 2006, la buena pro quedó consentida al no haberse presentado ningún recurso impugnativo dentro del plazo legal. En ese sentido, el 8 de enero de 2007<sup>1</sup>, International y el Mininter suscribieron el Contrato para la Adquisición por Reposición de 50 Camiones Portatropa para la Policía Nacional del Perú (en adelante, el Contrato).
8. El 27 de febrero de 2007, el Mininter solicitó al Tribunal del OSCE que iniciara una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios, en contra de International y Unlimited, debido a que las cotizaciones proporcionadas por estas empresas en la etapa de estudio de mercado fueron las únicas que se consideraron al determinar el valor referencial y existiría un vínculo de parentesco entre los representantes legales de ambas empresas.

---

<sup>1</sup> De acuerdo a la Carta L06-2007/ISDS del 20 de febrero 2007, remitida por International al Mininter, que obra a fojas 134 del expediente.

9. Mediante Memorando 154-20007/PRES-T del 2 de marzo de 2007, la Presidencia del Tribunal del OSCE dispuso abrir un expediente para evaluar la pertinencia de iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra International y Unlimited. Dicho expediente fue remitido a la Tercera Sala del Tribunal del OSCE.
10. Mediante Resolución Ministerial 0488-2007-IN/01 del 18 de julio de 2007 (en adelante, la Resolución Ministerial), el Mininter declaró la nulidad de oficio del Contrato, al haberse observado vicios en la tramitación del Proceso de Selección y en la suscripción del Contrato. Por los mismos fundamentos, se declaró la nulidad del Proceso de Selección. Entre sus considerandos, la Resolución Ministerial señaló la existencia de indicios de concertación entre International y Leviathan Co. (en adelante, Leviathan), debido a que, en la etapa de estudio de mercado, ambas empresas habían presentado cotizaciones y, luego de haber obtenido la buena pro, International solicitó que se considere a Leviathan como beneficiaria de la carta de crédito con la que el Mininter efectuaría el pago establecido en el Contrato.
11. Mediante Acuerdo 266/2007.TC-S3 del 19 de julio de 2007, el Tribunal del OSCE decidió remitir lo actuado al Indecopi a fin de que se pronuncie sobre la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia por parte de International y Unlimited en el Proceso de Selección. En ese sentido, mediante Oficio 188-2007/TCA-DLB del 10 setiembre de 2007, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia del Expediente 344-2007.TC.
12. Mediante Oficios 079-2007/CLC-INDECOPI del 20 de noviembre de 2007 y 047-2008/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2008, esta Secretaría Técnica requirió al Mininter información relacionada con el Proceso de Selección y el Expediente 344-2007.TC.
13. Mediante Oficio 043-2011/ST-CLC-INDECOPI del 8 de noviembre de 2011, esta Secretaría Técnica requirió al Mininter información relacionada con el Proceso de Selección y el estudio de mercado respectivo. Mediante Oficio 4399-2011-IN-0501 del 28 de noviembre de 2011, el Mininter cumplió con absolver el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica.
14. Mediante Laudo Arbitral del 26 de abril de 2012 (en adelante, el Laudo Arbitral), el Tribunal Arbitral compuesto por los señores Gonzalo García Calderón (Presidente), Oswaldo Hundskopf Exebio y Carlos Alayza Bettocchi, declaró fundada la pretensión de International de declarar válido el Contrato y, en consecuencia, dejaron sin efecto la Resolución Ministerial.

## **II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN**

15. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra International, Unlimited y Leviathan.

### III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

#### 3.1. Norma Aplicable

16. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú<sup>2</sup>, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
17. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup>, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
18. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701<sup>4</sup>, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas<sup>5</sup>, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento<sup>6</sup>.
19. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034<sup>7</sup>, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

---

<sup>2</sup> **Constitución Política del Perú**

**Artículo 103.-** Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

<sup>3</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**

**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

**5. Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

<sup>4</sup> Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

<sup>5</sup> Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

<sup>6</sup> **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

**Disposición Complementaria Transitoria**

**Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-**

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

<sup>7</sup> **Decreto Legislativo 1034**

**Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-**

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;

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

20. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
21. 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 generar<sup>8</sup>.
22. 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 administrado<sup>9</sup>.
23. 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]

<sup>8</sup>

**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.

<sup>9</sup>

**Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General  
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

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

24. En ese sentido, no basta afirmar, de manera general, que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica restrictiva de la competencia 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 restrictiva de la competencia y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la infracción imputada.

### 3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

25. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.
26. Las prácticas restrictivas de la competencia son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores<sup>10</sup>. 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.
27. En toda práctica restrictiva de la competencia existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
28. 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.
29. 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 razonable<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

<sup>11</sup> 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

30. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
31. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
32. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados<sup>12</sup>. 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 corresponda<sup>13</sup>.
33. 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 derivan<sup>14</sup>.
34. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, modalidad

---

Bulletin 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) An Antitrust Anthology. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> 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

conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701<sup>15</sup>.

35. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Un primer supuesto puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio<sup>16</sup>. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú - Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buena pro<sup>17</sup>.
36. Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para repartirse las ventas o las compras de determinado bien o servicio, ya sea mediante la designación de consumidores específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o de zonas geográficas<sup>18</sup>. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> **Decreto Legislativo 701**

**Artículo 6.-**

(...)

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

<sup>16</sup> En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en:  
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

<sup>17</sup> Para mayor detalle, ver Resolución 004-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia (hoy, Comisión de Defensa de la Libre Competencia), confirmada mediante Resolución 255-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia (hoy, Sala de Defensa de la Competencia 1).

<sup>18</sup> En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en:  
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

<sup>19</sup> Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en la segunda instancia administrativa.

37. Otro supuesto puede ser la concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección, que consiste en que dos o más agentes económicos independientes entre sí, que deberían competir por ganar la buena pro en los procesos de selección, acuerden abstenerse de presentar ofertas para restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante.
38. Un ejemplo de este tipo de licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, de las cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstengan de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta gane la buena pro al precio más alto posible y, luego de ello, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas coludidas<sup>20</sup>. Como se puede apreciar, la principal característica de este ejemplo consiste en que una de las empresas coludidas debe haber ganado la buena pro y las demás deben haberse abstenido de presentar ofertas<sup>21</sup>.
39. Al respecto, en el caso Estados Unidos contra Romer<sup>22</sup>, un grupo de agentes de bienes raíces acordaron limitar sus ofertas en las subastas públicas de propiedades embargadas en Fairfax County, Virginia. Dichos agentes acordaron fijar un precio menor para la compra de estas propiedades a través del acuerdo de no realizar ofertas en las subastas públicas en las que se ofrecían estos bienes. Durante dichas subastas, los agentes coludidos se abstuvieron de presentar ofertas, mientras que un agente seleccionado en el acuerdo fue el único que ofertó y obtuvo la propiedad a un menor precio. La acusación señala que los agentes coludidos se dividieron los excedentes entre los participantes del acuerdo.
40. Finalmente, cabe señalar que tanto éstos como otros supuestos de licitaciones colusorias dependen del diseño de los procesos de selección correspondientes, por lo que resulta indispensable analizar las reglas aplicables en cada caso concreto.

### **3.4. Agentes independientes y grupo económico**

41. Una práctica restrictiva de la competencia, en los términos del Decreto Legislativo 701, supone que dos o más agentes económicos que deberían competir en el mercado, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos del consumidor (o de la entidad convocante, en el caso de licitaciones colusorias). En tal sentido, las empresas

---

<sup>20</sup> De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por la Organisation for Economic Cooperation and Development, "la supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva". Ver: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

<sup>21</sup> O deben haber presentado "ofertas de resguardo", es decir, ofertas inaceptables para la entidad convocante. Ver: OECD, Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (2009), página 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

<sup>22</sup> Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359.

que participen en una práctica restrictiva de la competencia necesariamente deben ser competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses contrapuestos que, como consecuencia de la conducta anticompetitiva, se ven alineados para restringir la competencia entre ellos.

42. En consecuencia, para determinar la existencia de indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia, es necesario que las empresas involucradas en la conducta sean agentes económicos independientes entre sí. Al respecto, los agentes económicos dejan de ser independientes entre sí cuando pertenecen a un mismo grupo económico. En este supuesto no podría existir una práctica restrictiva de la competencia porque las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.
43. Así, por ejemplo, si dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participaran en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas coordinadas, ello respondería al interés de una misma unidad de decisión, la del grupo económico, por lo que no podría calificar como una práctica restrictiva de la competencia. Ello, debido a que, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte.
44. Al respecto, en la decisión *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* (467 U.S. 752, 1984), la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que la actuación de las empresas que dependen del mismo grupo económico no da lugar a una práctica restrictiva de la competencia, debido a que no son competidores efectivos entre sí, sino que actúan como un “grupo de caballos que tiran de un mismo coche pero están dirigidos por un solo conductor”<sup>23</sup>.
45. En el mismo sentido, la “Ley Tipo de Defensa de la Competencia” de la UNCTAD establece lo siguiente<sup>24</sup>:

*Los convenios entre empresas están prohibidos en principio en el Conjunto, “excepto” cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras. (...) Conviene señalar que una mayoría de órganos jurisdiccionales ha resuelto que las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras. En los Estados Unidos, aunque para algunos tribunales esta regla incluye a las sociedades en las que otra empresa tiene una participación mayoritaria, el Tribunal Supremo sólo se ha limitado a declarar la imposibilidad de que una sociedad central y su filial en propiedad absoluta conspiran a los efectos de la Ley Sherman*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York, The Foundation Press. Inc., 1993, págs. 179 - 181.

<sup>24</sup> Ver: <[http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf)>, comentarios al Artículo III. pág. 25.

<sup>25</sup> Ley de Defensa de la Competencia de Estados Unidos.

46. En ese sentido, como ha sido reconocido de forma reiterada<sup>26</sup>, no pueden existir prácticas restrictivas de la competencia entre empresas que pertenecen a un mismo grupo económico, puesto que responden al interés de una unidad de decisión y, en esa medida, no compiten efectivamente entre sí.
47. En lo que se refiere al concepto de grupo económico, si bien no existe en el ordenamiento jurídico peruano una norma general y abstracta que sea de aplicación en todos los casos y a todos los sujetos, existen ciertas normas sectoriales que se podrían tomar como referencia y aplicar supletoriamente. Una de esas normas es la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS).
48. De acuerdo a esta norma, un grupo económico puede estar formado sobre la base de relaciones de propiedad<sup>27</sup> o de gestión<sup>28</sup> que otorguen a una empresa el control sobre otra u otras empresas. En otras palabras, la condición suficiente para afirmar la existencia de un grupo económico entre dos o más empresas es que las relaciones de propiedad o de gestión entre ellas sean fuentes de control.

<sup>26</sup> Al respecto, ver las Resoluciones 010-2008-INDECOP/CLC del 7 de marzo de 2008; 008-2010/CLC-INDECOP del 28 de enero de 2010, 004-2011/ST-CLC-INDECOP del 4 de marzo de 2011, 006-2011/ST-CLC-INDECOP y 007-2011/ST-CLC-INDECOP del 1 de abril de 2011; y 007-2012/ST-CLC-INDECOP, del 2 de mayo de 2012.

<sup>27</sup> **Resolución de la SBS**

**Artículo 4.- Relaciones de propiedad**

Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

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

- a) Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.
- b) Cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas de acuerdo con lo señalado en el Anexo A de la presente norma.

<sup>28</sup> **Resolución de la SBS**

**Artículo 5.- Relaciones de gestión**

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8° de la presente norma.
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.
- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.

49. El control se define como la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica<sup>29</sup>. En ese sentido, cuando dos o más empresas responden a una misma fuente de control, actúan como una unidad y sus actividades tienen un objetivo común, que corresponde al de la entidad que detenta el control. Por lo tanto, cuando dos o más empresas responden a una misma fuente de control y, en esa medida, forman parte de un mismo grupo económico, deben ser consideradas como un único agente económico para efectos de la aplicación del Decreto Legislativo 701.

### **3.5. Análisis de las conductas investigadas**

50. Como se ha señalado, para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
51. En el presente caso, de conformidad con lo solicitado por el Tribunal del OSCE, corresponde determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia por parte de International y Unlimited en el Proceso de Selección. Adicionalmente, considerando la información que obra en el expediente, corresponde determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia por parte de International y Leviathan en el Proceso de Selección.

#### **3.5.1. Presuntas prácticas restrictivas por parte de International y Unlimited**

52. De conformidad con la información remitida por el Tribunal del OSCE, las prácticas restrictivas de la competencia denunciadas por el Mininter en el Expediente 344-2007.TC consistirían en la presunta concertación entre International y Unlimited con la finalidad de influir en la determinación del valor referencial de los camiones portatropa a adquirirse en el Proceso de Selección. De esta manera, las empresas habrían elevado de forma concertada los precios de sus cotizaciones e influido así en el valor referencial, para que luego International se adjudicara la buena pro con un precio mayor al que hubiera obtenido de no haberse realizado la concertación, generando un perjuicio en los recursos públicos que administra el Mininter.
53. El Mininter sustentó su denuncia en tres argumentos: (i) que el valor referencial se calculó en base a las cotizaciones remitidas por International y Unlimited; (ii) que existiría un vínculo de parentesco entre los representantes legales de estas

<sup>29</sup>

**Resolución de la SBS**

**Artículo 9.- Control**

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

empresas; y (iii) que International participó en el Proceso de Selección y fue favorecido con la buena pro. Sin embargo, como se explicará a continuación, las circunstancias señaladas por el Mininter no constituyen indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva.

54. Con respecto al primer argumento, el hecho que el valor referencial se haya calculado únicamente en base a las cotizaciones remitidas por International y Unlimited se habría debido a la metodología empleada por el Mininter en la etapa de estudio de mercado.
55. En efecto, de la información que obra en el expediente se desprende que el Mininter, al momento de determinar el valor referencial: (a) sólo tomó en cuenta los valores incluidos en las cotizaciones, cuando podía haber recurrido a valores históricos o a la estructura de costos de las empresas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto de Urgencia 024-2006<sup>30</sup> y lo señalado en sus informes de fiscalización posterior<sup>31</sup>; y (b) sólo obtuvo cuatro (4) cotizaciones, dos de las cuales fueron descartadas por el propio Mininter, lo que determinó que las únicas cotizaciones empleadas correspondieran a las empresas denunciadas.
56. Con respecto al segundo argumento, la existencia de un vínculo de parentesco entre los representantes de International y Unlimited (donde el representante es, además, accionista mayoritario<sup>32</sup>) podría implicar la existencia de un grupo económico y, en consecuencia, la imposibilidad de que se configure una concertación entre International y Unlimited pues, como se ha señalado, no es posible que se configure una práctica restrictiva de la competencia entre empresas que pertenecen al mismo grupo económico y que, en consecuencia, no compiten efectivamente entre sí.
57. Al respecto, el Mininter señaló que *“la práctica restrictiva de la libre competencia (...) se originaría en un supuesto vínculo de parentesco entre los representantes legales de las aludidas empresas”*<sup>33</sup>, siendo representante legal de International el señor Saúl Mishkin Chlimper y representante legal y accionista mayoritario de Unlimited el señor Nissim Rodríguez Chlimper. Cabe resaltar que el Mininter no menciona el grado de parentesco que existiría entre estas personas.

---

<sup>30</sup>

**Decreto de Urgencia 024-2006**

**Artículo 4.- Expediente de Contratación**

La Entidad debe llevar un expediente de contratación de todas las actuaciones realizadas durante el proceso, desde el requerimiento para adquirir o contratar hasta la culminación del contrato.

Dicho expediente debe contener como mínimo lo siguiente:

(...)

3. Valor Referencial: el cual se obtiene utilizando para ello una o más cotizaciones, precios históricos y cuando el caso lo amerite, estructura de costos.

<sup>31</sup>

En particular, ver el Informe 007-2007-IN-0509 del 3 de julio de 2007, que informa de la fiscalización posterior realizada por la OGA sobre el Proceso de Selección y que obra a fojas 121 del expediente.

<sup>32</sup>

De conformidad con la Partida Registral 11400597, que obra a fojas 151 del expediente.

<sup>33</sup>

Oficio 339-2007-IN-0501 del 16 de febrero de 2007, remitido por el Director de la OGA al Presidente de la Comisión de Libre Competencia y Oficio 468-2007-IN-0501 del 26 de febrero de 2007, remitido por la OGA al Tribunal del OSCE, que obran a fojas 8 y 5 del expediente, respectivamente.

58. Sin embargo, si se demostrara la existencia de un vínculo de parentesco o de gestión o de propiedad que provocara que International y Unlimited pertenecieran a un mismo grupo económico, estas empresas no podrían ser consideradas como agentes económicos independientes que compiten entre sí y, en consecuencia, no sería posible que se hubiera configurado una concertación entre ellas.
59. Finalmente, con respecto al tercer argumento, el hecho que International haya obtenido la buena pro se habría debido a la metodología empleada por el propio Mininter para la determinación de las especificaciones técnicas.
60. En efecto, como se desprende de la información que obra en el expediente, lo que permitió a International obtener la buena pro fue que, a diferencia de los otros postores, esta empresa sí habría cumplido con las especificaciones técnicas establecidas por el Mininter en las bases del Proceso de Selección. Como se ha señalado, al evaluarse las propuestas económicas, los otros postores ya habían sido descalificados debido a que, según el propio Mininter, no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas.
61. Considerando que fue el propio Mininter el que estableció las especificaciones técnicas y que no existen indicios razonables de que International y Unlimited hayan influido en la determinación de dichas especificaciones técnicas<sup>34</sup>, no existe razón para inferir que el otorgamiento de la buena pro se debió a un acuerdo previo entre estas empresas para influir en el valor referencial.
62. De acuerdo a lo anterior, las circunstancias señaladas por el Mininter no constituyen indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva entre International y Unlimited para influir en el valor referencial del Proceso de Selección.
63. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que podría determinarse la existencia de indicios razonables de la concertación denunciada por el Mininter, siempre que se acreditaran de forma concurrente (i) indicios de coordinación entre las empresas investigadas en relación con sus cotizaciones; y (ii) indicios de cotización de precios claramente superiores a los precios que ofrecía el mercado<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> En efecto, de acuerdo con el Informe 235-2006-DIRLOG-PNP/EM-UD del 5 de diciembre de 2006, que obra a fojas 72 del expediente; la DIRLOG PNP remitió a la OGA las especificaciones técnicas de los camiones portatropa mediante Oficio 2310-2006-DIRLOG-PNP-DIVTRA-SEC, sobre las cuales el Equipo Técnico EM-DIRLOG PNP conjuntamente con el ingeniero Carlos Munares Tapia (Asesor Técnico de la OGA) realizaron precisiones, obteniéndose la versión final de las especificaciones técnicas que se incluyeron en las bases del Proceso de Selección.

<sup>35</sup> Cabe observar que la sola existencia de indicios de coordinación entre las empresas denunciadas para la fijación de los términos de las cotizaciones podría acreditar la existencia de indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia. El requisito (ii), no obstante, es necesario para la configuración de la hipótesis planteada por el Mininter.

Por otro lado, resulta necesario observar que el requisito (ii) por sí mismo no permite acreditar la existencia de indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia. Ello toda vez que, como se desprende de la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, ante la falta de indicios de una conducta coordinada, la fijación unilateral de precios -incluso si estos precios resultan mayores a otros precios en el mercado- no es sancionable bajo los alcances del Decreto Legislativo 701.

64. En relación con el punto (i), esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios de coordinación entre International y Unlimited para la fijación concertada de los términos de sus cotizaciones. En efecto, con excepción de la existencia de un presunto grado de parentesco entre los representantes de ambas empresas, el Mininter no ha aportado indicios de que haya existido algún nivel de coordinación entre ellas.
65. Asimismo, si se comparan las cotizaciones de International y Unlimited no se observan similitudes significativas en las especificaciones técnicas, las propuestas económicas y los términos de pago. En cambio, se observan diferencias importantes que no sólo no permiten sustentar una teoría de colusión, sino que resultan coherentes con la presentación de cotizaciones independientes por parte de las empresas denunciadas:

**Cuadro 1**  
**Comparación entre las cotizaciones de International y Unlimited**  
 Etapa de estudio de mercado del Proceso de Selección

<b>Condiciones</b>	<b>International</b>	<b>Unlimited</b>
<b>Marca y modelo del vehículo</b>	ABIR M-462	STEYR SX220
<b>Precio</b>	US\$ 143,700	US\$ 165,000
<b>Repuestos</b>	US\$ 14,000	No incluye
<b>Condiciones de pago</b>	Carta de Crédito o efectivo anticipado en 50%	Carta de Crédito o efectivo anticipado en 75%
<b>Condiciones de importación</b>	DDU (Delivered Duty Unpaid)	C&F Callao (Cost and Freight)
<b>Plazo de entrega</b>	8 a 9.3 meses <sup>36</sup>	12 meses

Fuente: Expediente 344-2007.TC  
 Elaboración: Secretaría Técnica

66. Como se puede observar, las cotizaciones de International y Unlimited difieren notoriamente en condiciones esenciales de contratación como el precio, las condiciones pago, las condiciones de importación<sup>37</sup> y el plazo de entrega.

<sup>36</sup> Equivalente a los 240 a 280 días calendario indicados por International en su cotización.

<sup>37</sup> Con respecto a las condiciones de importación, resulta importante observar que, de acuerdo a los Incoterms del 2000, los términos DDU y C&F resultan objetivamente distintos. En términos Delivered Duty Unpaid (DDU), el importador asume el costo y el riesgo de pérdida durante todo el transporte (incluyendo seguros, transportes, inspecciones, pruebas, certificaciones, etc.) hasta que entrega los bienes al comprador en el lugar convenido, antes de la descarga, momento en el cual el comprador asume los costos y riesgos. En cambio, en términos Cost and Freight (C&F o CFR), el vendedor sólo asume el costo de carga y flete, y el riesgo de pérdida hasta que los bienes pasan la borda del buque de carga; momento en que el comprador asume el riesgo de pérdida de los bienes (es decir, desde su envío), así como todos los demás costos. En tal sentido, la diferencia entre la oferta de bienes en condiciones DDU y C&F puede tener un impacto significativo en el precio final pagado por el comprador, en este caso, la entidad convocante.

67. Sin perjuicio de que no existen indicios de coordinación, en relación con el punto (ii), tampoco existen indicios de que las cotizaciones hayan buscado elevar el valor referencial por encima de los precios que ofrecía el mercado. Sobre el particular, el Mininter ha señalado que el precio de las cotizaciones de International y Unlimited resultaban muy superiores a los precios de los procesos de selección llevados a cabo en 1995 y 1998, de conformidad con el siguiente detalle:

**Cuadro 2**  
**Precios históricos de adquisición de camiones portatropa por el Mininter**  
 Licitación Selectiva 002-95-IN/OGA y Licitación Selectiva 003-98-IN/OGA

<b>Año</b>	<b>Empresa</b>	<b>Vehículos</b>	<b>Precio unitario CIF (no incluye repuestos)</b>
<b>1995</b>	Sutex S.A.	ABIR M-462	US\$ 55,950
<b>1998</b>	Sutex S.A.	ABIR M-462	US\$ 59,850

Fuente: Mininter  
 Elaboración: Secretaría Técnica

68. Sin embargo, esta Secretaría Técnica considera que los precios señalados no son comparables objetivamente con las cotizaciones de International y Unlimited. Ello, debido a que, a la fecha del Proceso de Selección (diciembre de 2006), tales precios tenían entre ocho (8) y once (11) años de antigüedad y, en ese sentido, las condiciones de oferta y demanda podrían haber variado significativamente.
69. En cambio, todas las cotizaciones recibidas por el Mininter en la época del Proceso de Selección<sup>38</sup> mostraron precios significativamente superiores a los mostrados en el Cuadro 2 y cercanos o superiores a los de las cotizaciones de International y Unlimited, de conformidad con el siguiente detalle:

<sup>38</sup> Cotizaciones recabadas en noviembre de 2006 a efectos del estudio de mercado del Proceso de Selección y en marzo de 2007 a efectos de la fiscalización posterior de dicho proceso.

**Cuadro 3**  
**Cotizaciones de precios de camiones portatropa recibidas por el Mininter**  
 Etapa de estudio de mercado del Proceso de Selección y fiscalización posterior

<b>Año</b>	<b>Empresa</b>	<b>Vehículos</b>	<b>Precio unitario CIF (no incluye repuestos)</b>
<b>2006</b>	International	ABIR M-462	US\$ 143,700
<b>2006</b>	Unlimited	STEYR SX220	US\$ 165,000
<b>2006</b>	Leviathan	HMMWV M998 (4x2)	US\$ 160,992 <sup>39</sup>
<b>2006</b>	Bank Exportação e Importação Ltda	Iveco Eurocargo 170E22 (4x2)	US\$ 222,520
<b>2007</b>	Diveimport S.A.	Mercedes Benz U 400	US\$ 208,173.24
<b>2007</b>	Zarpe S.A.C.	URO F2-1408 2S	US\$ 137,154.05

Fuente: Mininter  
 Elaboración: Secretaría Técnica

70. De acuerdo a lo anterior, no existen indicios razonables de coordinación entre International y Unlimited en relación con sus cotizaciones. Asimismo, tampoco existen indicios razonables de que estas empresas hayan cotizado precios claramente superiores a los precios que ofrecía el mercado.
71. Por último, esta Secretaría Técnica considera pertinente evaluar si, al momento de realizarse la presunta infracción, existían las condiciones necesarias para que una práctica restrictiva de la competencia tuviera éxito, tales como la imposibilidad de que otros agentes presentaran sus propias cotizaciones en la etapa de estudio de mercado y, especialmente, la imposibilidad de que otros agentes participaran en el Proceso de Selección.
72. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que la práctica restrictiva de la competencia denunciada por el Mininter resultaba improbable debido a que, al momento de la presunta comisión de la infracción, no existían las condiciones necesarias para que una conducta de este tipo tuviera éxito.
73. Al respecto, como se ha señalado, el Mininter recibió cotizaciones de por lo menos cuatro (4) empresas<sup>40</sup>. Sin embargo, de acuerdo a la información que obra en el expediente, el Mininter descartó las cotizaciones de Bank Exportação e Importação Ltda. y Leviathan debido a que la tracción de los vehículos cotizados por estas empresas era 4x2 y no 4x4, conforme a las especificaciones técnicas solicitadas.

<sup>39</sup> De conformidad con el Informe Final elaborado por el Ing. Edwin Derteano Dyer en relación con el Proceso de Selección y el Informe 007-2007-IN-0509 del 3 de julio de 2007 elaborado por la OGA, que obran a fojas 109 y 121 del expediente, respectivamente.

<sup>40</sup> Véase el Cuadro 3.

74. Por otro lado, como se desprende de los documentos remitidos por el Mininter, los equipos de trabajo que se formaron para realizar el estudio de mercado del Proceso de Selección no solicitaron nuevas cotizaciones a dichas empresas o a otros potenciales competidores. Asimismo, el Mininter no recurrió a valores históricos o a la estructura de costos de las empresas para determinar el valor referencial.
75. Sin embargo, el Mininter no ha aportado indicios de que International y Unlimited hayan tenido la capacidad de influir en estas decisiones. Por el contrario, conforme al marco legal aplicable, la aprobación del valor referencial y las especificaciones técnicas era de exclusiva responsabilidad del Mininter<sup>41</sup>.
76. En ese sentido, no existen indicios de que International y Unlimited hayan tenido la capacidad de evitar, o hayan evitado, que otros postores presentaran sus propias cotizaciones o que el Mininter utilizara mecanismos alternativos para establecer el valor referencial.
77. Por lo demás, aun en el supuesto negado que las denunciadas hubieran podido anticipar que sus cotizaciones serían el único mecanismo que el Mininter utilizaría para determinar el valor referencial, un acuerdo para cotizar un precio elevado podría haber resultado contraproducente, debido a la mayor cantidad de postores que podrían haber participado en el Proceso de Selección. En efecto, un incremento del valor referencial, en principio, podría haber incentivado la participación de un mayor número de postores.
78. Al respecto, es importante resaltar que las empresas denunciadas no controlaban la participación de postores en el Proceso de Selección, pues no podrían haber impedido y, de hecho, no impidieron la participación de otros postores en dicho proceso.
79. En efecto, luego de la convocatoria, se otorgó un plazo de 6 días hábiles (del 12 al 19 de diciembre de 2006) para el registro de participantes, teniendo como único requisito el pago del derecho de inscripción<sup>42</sup>. De esta manera, de acuerdo a la información remitida por el Mininter, las siguientes dieciséis (16) empresas tuvieron acceso a las bases del Proceso de Selección:
- International;
  - Griffin Incorporated (en adelante, Griffin);
  - Uro Vehículos Especiales S.A. (en adelante, Urovesa);
  - Automotores Gildemeister Perú S.A. (en adelante, Gildemeister);

---

<sup>41</sup> **Decreto de Urgencia 024-2006**

**Artículo 6.- Bases**

Las Bases de los procesos de selección regulados por este Decreto de Urgencia son elaboradas por el Comité Especial designado por las respectivas Entidades y deben contar con la conformidad del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE-, como requisito previo para su aprobación, bajo causal de nulidad.

La determinación de las características técnicas y del valor referencial del objeto contractual es de exclusiva competencia y responsabilidad de las respectivas Entidades.

<sup>42</sup> Ascendente a la suma de S/.10 (diez nuevos soles).

- Tracto Camiones USA E.I.R.L. (en adelante, Tracto);
- Transmotors S.A.;
- Tubo Service S.A.;
- Romadase E.I.R.L.;
- A-Perfect S.A.C.;
- Diveimport S.A.;
- Rontan Eletro Metalúrgica Ltda.;
- Wong Automotriz (Jorge Rodolfo Wong Gutierrez);
- San Bartolomé S.A.;
- Distribuidora Federal S.A.C.;
- Maquinaria Nacional S.A. Peru; y
- Greco S.A.C.

80. Asimismo, según los puntos 1.10 a 1.13 de las bases del Proceso de Selección, los requisitos para ser postor consistían simplemente en estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores – RNP, no estar impedido de contratar con el Estado y, en caso de consorcios, cumplir con los requisitos legales aplicables.
81. De esta manera, de acuerdo a la información remitida por el Mininter<sup>43</sup>, el 21 de diciembre de 2006 se llevó a cabo el acto público de presentación de propuestas, al cual asistieron los siguientes postores presentando sus respectivas propuestas:
- International;
  - Griffin;
  - Urovesa;
  - Gildemeister; y
  - Tracto.
82. En el referido acto, quedaron descalificados los postores Gildemeister y Tracto por no cumplir con presentar, respectivamente, la copia del certificado de inscripción vigente en el RNP y la Declaración Jurada de cumplimiento de las Especificaciones Técnicas-Requerimientos Técnicos Mínimos, de conformidad con lo establecido en las bases del Proceso de Selección.
83. De acuerdo a la información remitida por el Mininter<sup>44</sup>, el 21 de diciembre de 2006 también se llevó a cabo la etapa de evaluación de propuestas técnicas, quedando descalificadas las empresas Griffin y Urovesa, al no cumplir con los requisitos técnicos mínimos establecidos en el Anexo 3 de las bases del Proceso de Selección. Por otro lado, el Comité Especial determinó que International cumplió con todos los requisitos técnicos mínimos, obteniendo un puntaje de cien (100) puntos en su propuesta técnica.
84. Conforme a la información que obra en el expediente, el 22 de diciembre de 2006 se llevó a cabo el acto público de apertura de propuestas económicas y otorgamiento de la buena pro. En ese acto, el Comité Especial dio lectura a la

<sup>43</sup> Informe 007-2007-IN-0509 del 3 de julio de 2007, que obra a fojas 121 del expediente.

<sup>44</sup> Acta de Evaluación Técnica (Acta 9), que obra a fojas 99 del expediente.

calificación técnica descrita en el párrafo anterior y a continuación procedió a la apertura y lectura de la propuesta económica de International. De conformidad con las bases del Proceso de Selección, el Comité Especial otorgó un puntaje de cien (100) puntos a International en su propuesta económica. Así, al haber quedado como la única postora en la última etapa y teniendo una propuesta económica válida, se le otorgó la buena pro a International<sup>45</sup>.

85. Al respecto, es necesario observar que la propuesta económica de International fue la mínima posible, de acuerdo al marco legal entonces aplicable (el 70% del valor referencial), lo que resultaría incompatible con un escenario en el cual esta empresa hubiera tenido la capacidad de impedir la participación de otros postores.
86. Además, según se desprende del presente análisis y de la información remitida por el Mininter, no fue el valor referencial lo que determinó que International obtuviera la buena pro sino las especificaciones técnicas establecidas por el propio Mininter en base al requerimiento de la DIRLOG PNP.
87. En consecuencia, considerando que el Proceso de Selección contó con la participación de diversas empresas, no existen indicios razonables de que International y Unlimited hayan participado en una concertación para incrementar el valor referencial, pues dichas empresas no hubieran tenido la capacidad de evitar que otros postores presentaran sus propias propuestas, ofertaran un precio menor y ganaran la buena pro.
88. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de International y Unlimited y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra.

### **3.5.2. Presuntas prácticas restrictivas por parte de International y Leviathan**

89. Sin perjuicio de que la solicitud del Tribunal del OSCE, así como el Expediente 344-2007.TC, sólo se refieren a presuntas prácticas restrictivas de la competencia entre International y Unlimited, atendiendo a la información que obra en el expediente, esta Secretaría Técnica considera pertinente evaluar también la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia entre International y Leviathan.
90. En efecto, de acuerdo a la Resolución Ministerial, existirían indicios de una práctica restrictiva de la competencia entre International y Leviathan con el objeto de influir en la determinación del valor referencial de los camiones portatropa a adquirirse en el Proceso de Selección. De forma análoga al supuesto antes analizado, el Mininter considera que estas empresas habrían elevado de forma concertada los precios incluidos en sus cotizaciones e influido así en el valor referencial, para que luego International se adjudicara la buena pro con un precio mayor al que hubiera obtenido de no haberse realizado la

---

<sup>45</sup> Acta de otorgamiento de la buena pro del 22 de diciembre de 2007, que obra a fojas 160 del expediente.

concertación, generando un perjuicio en los recursos públicos que esta entidad administra.

91. Al respecto, la Resolución Ministerial señala dos argumentos: (i) que tanto International como Leviathan presentaron cotizaciones en la etapa de estudio de mercado; y (ii) que una vez obtenida la buena pro, International solicitó al Mininter que se considere a Leviathan como beneficiaria de la carta de crédito con la que se efectuaría el pago por los bienes materia del Contrato. Sin embargo, como se explicará a continuación, las circunstancias señaladas por el Mininter en este caso tampoco constituyen indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva.
92. En relación con el primer argumento, el hecho que International y Leviathan hayan presentado cotizaciones se habría debido a la forma en que el Mininter llevó a cabo el estudio de mercado para la determinación del valor referencial del Proceso de Selección.
93. En efecto, de la información que obra en el expediente se desprende que, al realizar el estudio de mercado del Proceso de Selección, los equipos de trabajo formados habrían obtenido cotizaciones por invitación a distintas empresas, incluyendo International y Leviathan. De acuerdo a lo anterior, no existen indicios de que la participación de estas empresas en el estudio de mercado haya sido previamente concertada, sino que se habría debido a la metodología empleada por el propio Mininter para obtener cotizaciones.
94. Asimismo, es necesario observar que Leviathan cotizó un vehículo que no cumplía con las especificaciones técnicas (en lo relativo a la tracción) y que, por este motivo, su cotización no fue tomada en cuenta para la determinación del valor referencial<sup>46</sup>. Al respecto, cabe precisar que el hecho de presentar una cotización que no va a ser tomada en cuenta resulta incompatible con la existencia de un acuerdo para influir en el valor referencial.
95. Con respecto al segundo argumento, como se desprende del Laudo Arbitral<sup>47</sup>, International señaló que su solicitud de beneficiar a Leviathan con el pago de la carta de crédito se debió simplemente a que mantenía relaciones comerciales con dicha empresa.
96. Así, considerando que la cotización de Leviathan fue descartada por el Mininter, esta Secretaría Técnica considera que la solicitud de pago de International a favor de Leviathan no constituye, por sí sola, un indicio de concertación entre estas empresas para influir en el valor referencial. En efecto, la hipótesis de que el endoso de la mencionada carta de crédito se originó en una práctica restrictiva de la competencia sólo tendría sentido si la participación de Leviathan hubiera tenido algún efecto real o potencial. Sin embargo, como se ha señalado, la participación de esta empresa no tuvo ningún impacto en la determinación del valor referencial.

---

<sup>46</sup> Fojas 94 del expediente.

<sup>47</sup> Laudo Arbitral, páginas 13, 33 y 34 (fojas 191 y 203 del expediente).

97. De acuerdo a lo anterior, las circunstancias señaladas por el Mininter no constituyen indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva entre International y Leviathan para influir en el valor referencial del Proceso de Selección.
98. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, al igual que en el caso anterior, podría determinarse la existencia de indicios razonables de la concertación denunciada por el Mininter, siempre que se acreditasen de forma concurrente (i) indicios de coordinación entre las empresas investigadas en relación con sus cotizaciones; y (ii) indicios de cotización de precios claramente superiores a los precios que ofrecía el mercado.
99. En relación con el punto (i), esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios de coordinación entre International y Leviathan para la fijación concertada de los términos de sus cotizaciones. En efecto, el Mininter no ha aportado indicios de que haya existido algún nivel de coordinación entre ellas. Además, el hecho que Leviathan haya cotizado vehículos con especificaciones técnicas que generaron que el Mininter descartara su propuesta, no permite suponer que hubo algún nivel de coordinación entre International y Leviathan para que ambas empresas influyesen en el valor referencial.
100. Por la misma razón, en relación con el punto (ii), esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios de que las cotizaciones hayan buscado elevar el valor referencial. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que, como se puede apreciar en el Cuadro 3, las cotizaciones de International y Leviathan se encontraban entre las menores que recibió el Mininter.
101. Además, al igual que en el caso anterior, esta Secretaría Técnica considera que la práctica restrictiva de la competencia denunciada por el Mininter resultaba improbable debido a que, al momento de la presunta comisión de la infracción, no existían las condiciones necesarias para que una conducta de este tipo tuviera éxito.
102. En ese sentido, considerando que, tanto en la etapa de estudio de mercado como en el desarrollo del Proceso de Selección, se contó con la participación de diversas empresas, no existen indicios razonables de que International y Leviathan hayan participado en una concertación para incrementar el valor referencial, pues dichas empresas no hubieran tenido la capacidad de evitar que otros postores presentaran sus propias propuestas, ofertaran un precio menor y ganaran la buena pro.
103. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de International y Leviathan y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra International Security and Defence Systems Ltd. – ISDS, Unlimited Business S.A.C. y Leviathan Co., debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en la Licitación Pública por Proceso de Selección Abreviado 008-2006-IN-OGA.

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

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