

**Resolución 018-2012/ST-CLC-INDECOPI**

25 de setiembre de 2011

**VISTO:**

El Oficio 090-2008/TCA-CSR del 4 de abril de 2008, 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 1802/2006.TC sobre presuntas conductas anticompetitivas en el Proceso de Adjudicación Directa Selectiva 038-2006-CEP/MPP – Primera Convocatoria (en adelante, el Proceso de Selección), convocado por la Municipalidad Provincial de Piura (en adelante, la Municipalidad); 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. El 27 de setiembre de 2006, la Municipalidad convocó al Proceso de Selección para la contratación de una persona natural o jurídica para la ejecución de la obra: Mejoramiento y Construcción de la avenida Alameda Perú, por un valor referencial total de S/. 146,062.85 (ciento cuarenta y seis mil sesenta y dos con 85/100 Nuevos Soles). Los postores fueron Constructora San Francisco S.R.L. (en adelante, San Francisco)<sup>1</sup>, Ricmal Servicios Generales S.R.L (en adelante, Ricmal)<sup>2</sup>, Construcciones y Servicios Generales Jamín S.R.L. (en adelante, Jamín)<sup>3</sup>, Asfaltos y Concretos del Norte Contratistas Generales S.R.L. (en

---

<sup>1</sup> Empresa dedicada a la industria de construcción en general, movimiento de tierras, asesoría, consultoría, entre otros. Según Partida Electrónica 00112159 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

<sup>2</sup> Empresa dedicada a la ejecución de obras civiles, edificación de viviendas, construcción y mantenimiento de carreteras, entre otros. Según Partida Electrónica 11022286 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Chiclayo de la SUNARP.

<sup>3</sup> Empresa dedicada a la elaboración y/o ejecución de estudios técnicos o proyectos metales mecánicos, eléctricos, obras civiles, industriales en general, fabricación y comercialización de materiales de construcción del concreto pre fabricado, artículos de ferretería y demás indicados en el estatuto. Según Partida Electrónica 00114820 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la SUNARP.

adelante, Asfaltos)<sup>4</sup>, Iaco E.I.R.L. (en adelante, Iaco)<sup>5</sup>, Edytec E.I.R.L. (en adelante, Edytec)<sup>6</sup>, Constructora Única S.A.C. (en adelante, Constructora Única)<sup>7</sup> y los señores Edwin Santiago Castro Benavides (en adelante, el señor Castro) y Efraín Ordinola Luna (en adelante, el señor Ordinola).

2. El 13 de octubre de 2006, la Municipalidad evaluó las propuestas presentadas, obteniendo el primer lugar los siguientes postores: Ricmal, Jamín, Asfaltos, Constructora Única y el señor Castro. El 18 de octubre de 2006, la Municipalidad realizó el sorteo para otorgar la buena pro y resultó ganador Jamín.
3. El 24 de octubre de 2006, mediante Oficio 0261-2006-CE-MPP, la Municipalidad comunicó a Jamín el consentimiento de la buena pro. Posteriormente, el 26 de octubre de 2006, mediante Oficio 193-2006-OL/MPP, la Municipalidad citó a Jamín para la suscripción del Contrato del Proceso de Selección (en adelante, el Contrato).
4. Mediante Oficio Múltiple 025-2006-OL/MPP del 14 de noviembre de 2006, la Municipalidad comunicó a Jamín la pérdida de la buena pro por no suscribir el Contrato dentro del plazo establecido en las bases y otorgó la buena pro a Asfaltos, al haber obtenido el segundo lugar en el sorteo. Asimismo, mediante Oficio 106-2006-GAJ/MPP del 13 de diciembre de 2006, la Municipalidad comunicó al Tribunal del OSCE que Jamín habría incurrido en responsabilidad por incumplir, injustificadamente, con la suscripción del Contrato<sup>8</sup>.
5. El 14 de diciembre de 2006, el Tribunal del OSCE inició un procedimiento administrativo sancionador contra Jamín. El 23 de enero y el 27 de julio de 2007, Jamín presentó sus descargos, argumentando lo siguiente:
  - a) En la ciudad de Piura existen solamente dos empresas proveedoras de asfalto en caliente (insumo necesario para ejecutar la obra del Proceso de

---

<sup>4</sup> Empresa dedicada a procesamiento y comercialización de asfalto y concretos para la construcción civil, y otras actividades relacionadas con la rama de ingeniería civil. Según Partida Electrónica 11048673 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la SUNARP.

<sup>5</sup> Empresa dedicada a la construcción de muebles en todos sus aspectos, elaboración de proyectos, supervisión, y construcción de obras de ingeniería civil, entre otros. Según Partida Electrónica 11012966 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la SUNARP.

<sup>6</sup> Empresa dedicada a la construcción de inmuebles de todos sus aspectos, elaboración de proyectos, supervisión y construcción de obras de ingeniería civil, entre otros. Según Partida Electrónica 11013233 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la SUNARP.

<sup>7</sup> Empresa dedicada a brindar servicios de elaboración, supervisión y ejecución de proyectos de obras civiles, eléctricas, agua y desagüe. Se entienden incluidos los actos relacionados que coadyuven a la realización de sus fines. Según Partida Electrónica 00111365 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la SUNARP.

<sup>8</sup> **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**

**Artículo 294.- Causales de aplicación de sanción a los proveedores, participantes, postores y contratistas**

El Tribunal impondrá la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

1) No mantengan su oferta hasta el otorgamiento de la Buena Pro y, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato; no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor; (...)

Selección): Ricmal y Yaksetig Guerrero S.A. Contratistas Generales (en adelante, Yaksetig)<sup>9</sup>.

- b) Yaksetig no dispone de asfalto en caliente porque tiene todos sus inventarios contratados.
  - c) Ricmal sí dispone de asfalto en caliente, pero le ofreció un precio mayor al que esta empresa había considerado en la propuesta que presentó en el Proceso de Selección.
  - d) Ricmal y Asfaltos tienen conexión empresarial debido a que el representante legal de la primera es familiar directo de la Gerente General y de un accionista de la segunda. Específicamente, el señor Pedro Tume Tume, representante de Ricmal, es familiar directo de los señores Lourdes Azucena Tume Lazo y Jorge Enrique Codarlupo Tume, Gerente General y accionista, respectivamente, de Asfaltos.
6. Mediante Resolución 1173-2007-TC-S3 del 21 de agosto de 2007, la Sala Única del Tribunal del OSCE decidió sancionar a Jamín con inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por incumplir, de manera injustificada, con la suscripción del Contrato, e iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Ricmal y Asfaltos por supuestas prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección. En ese sentido, mediante Oficio 090-2008/TCA-CSR del 4 de abril de 2008, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia del Expediente 1802.2006.TC.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

7. 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 un procedimiento administrativo sancionador contra Ricmal y Asfaltos.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 3.1. Norma Aplicable

8. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú<sup>10</sup>, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas

---

<sup>9</sup> Empresa dedicada a la construcción de toda clase de obras de ingeniería, edificaciones, movimientos de tierra, entre otros. Según Partida Electrónica 00111037 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Piura de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

<sup>10</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.

existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

9. 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>11</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.
10. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente caso es el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia<sup>12</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>13</sup>, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente caso<sup>14</sup>.
11. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034<sup>15</sup>, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

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

12. 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.
13. 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

---

<sup>11</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>12</sup> Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

<sup>13</sup> Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

<sup>14</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>15</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;

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>16</sup>.

14. 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>17</sup>.
15. 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]

16. 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 imputada.

### 3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

17. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.

---

<sup>16</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>17</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.

18. 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>18</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.
19. 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.
20. 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.
21. 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>19</sup>.
22. 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 económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por

---

<sup>18</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>19</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 Bulletin* 5, 1993, reproducido en GAVIL, Andrew (Ed.) *An Antitrust Anthology*. Ohio: Anderson Publishing Co., 1996, p. 84.

ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).

23. 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.
24. 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>20</sup>.
25. 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>21</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>22</sup>.
26. 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 conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701<sup>23</sup>.

---

<sup>20</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

<sup>21</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>22</sup> BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

<sup>23</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.

27. 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>24</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>25</sup>.
28. 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>26</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>27</sup>.
29. Finalmente, cabe señalar que todos estos supuestos de licitación colusoria dependen del diseño de los procesos de selección correspondientes, por lo que resulta indispensable analizar las reglas aplicables en cada caso concreto.

### 3.4. Análisis de la conducta investigada

30. 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.

---

<sup>24</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>25</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>26</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>27</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.

31. En el presente caso, corresponde determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte de Ricmal y Asfaltos. Para ello, esta Secretaría Técnica analizará si, considerando las reglas aplicables al Proceso de Selección, se presentaban las condiciones necesarias para que la conducta denunciada por Jamín se llevara a cabo.
32. Al respecto, Jamín ha señalado que el señor Pedro Tume Tume, representante de Ricmal, es familiar directo de los señores Lourdes Azucena Tume Lazo y Jorge Enrique Codarlupo Tume, Gerente General y accionista de Asfaltos, respectivamente. En opinión de Jamín, esta circunstancia explicaría que Ricmal le haya ofrecido un precio mayor al que esta empresa había considerado en la propuesta que presentó en el Proceso de Selección, favoreciendo de esta manera a Asfaltos para que obtenga la buena pro. En otras palabras, según Jamín, la conducta de Ricmal respondería a que Ricmal y Asfaltos forman parte del mismo grupo económico.
33. Sobre el particular, cabe precisar que, si dos o más empresas que forman parte de 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 colusoria. En efecto, no puede existir una práctica colusoria entre empresas que forman parte de un mismo grupo económico porque, considerando que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al que pertenecen), no cabe la posibilidad de que compitan efectivamente. Ello, debido a que, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del que forma parte, por lo que no podría existir una práctica colusoria entre ellas.
34. En ese sentido, en lugar de evaluar la supuesta existencia de un grupo económico entre Ricmal y Asfaltos alegada por Jamín, esta Secretaría Técnica considera pertinente analizar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia entre los postores que participaron en el Proceso de Selección.
35. 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.
36. Teniendo en cuenta que no se ha identificado un supuesto específico de licitación colusoria, esta Secretaría Técnica considera pertinente determinar si existen indicios razonables de una fijación concertada de precios o de un reparto de mercado entre los postores que participaron en el Proceso de Selección.
37. En lo que se refiere a la posible existencia de una fijación concertada de precios, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por las bases del Proceso de Selección, en caso de empate, el otorgamiento de la buena pro debía realizarse mediante sorteo entre los postores ganadores<sup>28</sup>.

38. De acuerdo a la información obtenida del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE (en adelante, el SEACE), se presentaron nueve (9) postores al Proceso de Selección, la Municipalidad admitió siete (7) propuestas técnicas y cinco (5) de ellas contenían ofertas económicas equivalentes al mínimo valor permitido (90% del valor referencial)<sup>29</sup>, por lo que se produjo un empate entre los cinco (5) postores correspondientes (Jamín, Ricmal, Asfaltos, Constructora Única y el señor Castro).
39. En consecuencia, la Municipalidad realizó el respectivo sorteo y otorgó la buena pro a Jamín. Sin embargo, considerando que esta empresa no cumplió con la suscripción del Contrato, perdió la buena pro, y la Municipalidad se la otorgó a Asfaltos por ser la empresa que había obtenido el segundo lugar en el sorteo.
40. De acuerdo a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de una fijación concertada de precios entre los postores del Proceso de Selección. En efecto, como se ha señalado, la supuesta existencia de un grupo económico entre Ricmal y Asfaltos alegada por Jamín no constituye un indicio de una fijación concertada de precios.
41. Por otro lado, la coincidencia en el precio ofrecido por cinco (5) de los nueve (9) postores que participaron en el Proceso de Selección (90% del valor referencial) no sólo no constituye un indicio suficiente sino que tiene una explicación alternativa razonable consistente en que dicho monto era el mínimo valor permitido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
42. En lo que se refiere a la posible existencia de un reparto de mercado, como se ha señalado, en caso de empate, el otorgamiento de la buena pro debía realizarse mediante sorteo entre los postores ganadores.

---

(...)

4. Se procederá a la apertura del Sobre N° 01 y se verificará su contenido. El Comité Especial examinará las propuestas para determinar si están completas, si los documentos han sido debidamente firmados, y si en general las propuestas están conformes.

Las propuestas consideradas conformes serán admitidas y se les procederá a aperturar el sobre N° 02 conteniendo la propuesta económica.

En caso de empate de dos o más propuestas, se aplicaran los criterios establecidos en el Art. 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado D.S. N°084-2004-PCM, a través de sorteo, teniendo como preferencia las micro y pequeñas empresas, alcanzando esto a los consorcios siempre y cuando estén conformados íntegramente por micro y pequeñas empresas.

(Énfasis agregado).

29

**Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo 083-2004-PCM.**

**Artículo 33.- Sobre el valor referencial.-**

Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas.

Las propuestas inferiores al setenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios y al noventa por ciento en los casos de servicios, ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.

En los casos de modalidades de contratación realizadas a través del SEACE, los márgenes serán establecidos en el Reglamento.

(Énfasis agregado)

43. De acuerdo a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de un reparto de mercado entre los postores del Proceso de Selección. En efecto, como se ha señalado, la supuesta existencia de un grupo económico entre Ricmal y Asfaltos alegada por Jamín no constituye un indicio de un reparto de mercado.
44. Por otro lado, considerando que, en caso de empate, debía procederse al sorteo, resultaba imposible que los postores que participaron en el Proceso de Selección se repartieran el mercado debido a que sólo podía existir un ganador del sorteo y, en consecuencia, de la buena pro. Distinto hubiera sido el caso si las bases del Proceso de Selección hubieran establecido que, en caso de empate, debía otorgarse la buena pro a prorrata, como ocurrió en Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.<sup>30</sup>
45. A mayor abundamiento, cabe mencionar que el hecho de que Asfaltos haya ganado la buena pro no es una consecuencia de la conducta de Ricmal, como alega Jamín. En efecto, Asfaltos ganó la buena pro porque la propia Jamín incumplió con la suscripción del Contrato, debido a que no previó la provisión del asfalto en caliente que necesitaba con la debida anticipación, incumplimiento que provocó que el Tribunal del OSCE le iniciara un procedimiento administrativo sancionador y la sancionara con la inhabilitación para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
46. Por todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia entre los postores que participaron en el Proceso de Selección.

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 Ricmal Servicios Generales S.R.L y Asfaltos y Concretos del Norte Contratistas Generales S.R.L., debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en la Adjudicación Directa Selectiva 038-2006-CEP/MPP.

**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

---

<sup>30</sup> Ver nota al pie 25.