

Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI

10 de febrero de 2016

VISTOS:

La denuncia presentada por el Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud); la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) en el mercado de contratación pública del servicio de hemodiálisis con reúso de filtro; la Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI; los descargos presentados por Centro Nefrológico S.A. (en adelante, Cenesa), Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C. (en adelante, Santa Ana), Centro Médico Especializado Santa Ena S.A. (en adelante, Santa Ena), Centro de Diálisis San Fernando S.A.C. (en adelante, San Fernando), Centro Médico Villa María S.A.C. (en adelante, Villa María), Organización Médica y de Servicios Santa Anita S.A.C. (en adelante, Santa Anita), Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L. (en adelante, Cono Norte), Centro Renal San Marcelo S.A. (en adelante, San Marcelo), Servicios Especializados San Camilo S.A.C. (en adelante, San Camilo), Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico San Miguel S.A.C. (en adelante, San Miguel), Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C. (en adelante, Ceer), Renexa S.A. (en adelante, Renexa), Centro de Diálisis Santo Tomás de Aquino S.A.C. (en adelante, Santo Tomás), Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C. (en adelante, Nordial), Centro Médico Caminos del Inca S.A.C. (en adelante, Caminos del Inca), Renal Care S.A.C. (en adelante, Renal Care), Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. (en adelante, Inversiones Trujillo), Centro Médico Jesús María S.A.C. (en adelante, CM Jesús María), Centro de Diálisis Jesús María S.A.C. (en adelante, CD Jesús María), Clínica San Juan Masías S.A.C. (en adelante, San Juan Masías), Centro de Diálisis Ventanilla S.A.C. (en adelante, Ventanilla), Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C. (en adelante, IDT), Centro de Salud Renal S.A.C. (en adelante, Salud Renal), OM DIAL S.A.C. (en adelante, OM DIAL), Interdial Norte S.A.C. (en adelante, Interdial Norte), Instituto Nefrológico Peruano Americano S.A.C. (en adelante, INPA), Clínica de Enfermedades Renales Grau S.A.C. (en adelante, Grau), Centro de Diálisis Zarate S.A.C. (en adelante, Zárate), Clínica Benedicto XVI S.A.C. (en adelante, Benedicto XVI), Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L. (en adelante, Santa Elena), Pronefros S.A.C. (en adelante, Pronefros), Nephro Care S.A.C. (en adelante, Nephro Care), Plusvida Servicios Médicos S.A.C. (en adelante, Plusvida), Inversiones Médicas Peruanas S.A.C. (en adelante, IMP), Centro de Diálisis Nefro Continente S.A.C. (en adelante, Nefro Continente), Centro de Diálisis Callao S.A.C. (en adelante, CD Callao), DAVITA S.A. (en adelante, Davita), Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C. (en adelante, San Ignacio) y Centro de Prevención de Enfermedad

Renal S.A.C. (en adelante, Cenper) (de manera conjunta en adelante, los Centros o Empresas Imputadas), y los señores Miguel Ángel de la Mata Fernández (en adelante, el señor Miguel de la Mata), Aurelio Paulino Cesti Contreras (en adelante, el señor Aurelio Cesti) y Raúl Barrios Fernández Concha (en adelante, el señor Raúl Barrios); el Informe 067-2015/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el Informe Técnico); las alegaciones presentadas por las investigadas y las demás actuaciones del procedimiento.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI del 24 de octubre de 2014 (en adelante, la Resolución de Inicio), la Secretaría Técnica decidió admitir la denuncia presentada por EsSalud e iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra los Centros investigados y los señores Miguel de la Mata, Aurelio Cesti y Raúl Barrios, por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinado a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR (en adelante, Concurso Público) y en la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-ESSALUD/CNSR (en adelante, AMC Derivada) en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria (conjuntamente en adelante, procesos de selección de gran envergadura), en el mercado de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.
2. El 9 de diciembre de 2014, San Ignacio presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) El precio final es decidido por EsSalud, siendo las cotizaciones solo un elemento de referencia de carácter no vinculante para las entidades públicas en los procesos de selección. El envío de dichas cotizaciones no se encuentra tipificado en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, pues no constituyen ofertas, posturas o propuestas para los procesos de selección.
 - b) Equiparar las cotizaciones con la definición de oferta, postura o propuesta del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 no resulta posible pues devendría en una transgresión al principio de tipicidad establecido en el artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
 - c) Las estructuras de costos pueden en algunos casos ser similares, teniendo en cuenta que los proveedores usan insumos, equipos y materiales similares o idénticos.
 - d) La abstención de participación de San Ignacio en los procesos de selección materia de imputación no obedeció a ningún tipo de acuerdo con otros proveedores, siendo motivada de manera objetiva por compromisos ya asumidos con otras entidades estatales que les impedían asumir nuevas obligaciones.

- e) San Ignacio ha venido prestando al Hospital de la Policía los servicios de hemodiálisis desde el año 2011, siendo que dichos servicios se planearon desde el año 2010. Debido a que la capacidad de prestación se encontraba cubierta por el Hospital de Policía, se optó por dejar de trabajar con EsSalud y de presentarse en los procesos de selección convocados por dicha entidad.
3. El 12 de diciembre de 2014, CD Jesús María presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) CD Jesús María realizó las gestiones para participar en el Concurso Público, para lo cual tramitó una carta fianza que fue emitida el día de la presentación de propuestas pero fue anulada debido a que fue informada que el proceso de selección había sido declarado desierto.
 - b) Debido a que la Caja Municipal de Ahorros y Créditos de Huancayo no aceptó otorgarle la carta fianza, CD Jesús María no pudo participar en la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.
 - c) Las cotizaciones presentadas a EsSalud corresponden a una estructura de costos calculada en base a prioridades estratégicas y operativas para brindar una atención de calidad al paciente conforme a la legislación vigente.
 - d) El incremento del valor de las cotizaciones por sesión de hemodiálisis con reúso se debe al alza de los precios de venta de los insumos médicos, cuya cotización se da en dólares, así como al incremento progresivo de la remuneración mínima vital.
 - e) Ni la administradora ni ningún otro representante de CD Jesús María ha asistido a reuniones para la realización de la conducta imputada. CD Jesús María tampoco es mencionada en los correos electrónicos utilizados por la Secretaría Técnica de manera que no pueden ser medios probatorios que la inculpen.
 - f) Para que haya concertación de precios se requiere la existencia de un beneficio económico, el cual no se ha presentado al mantenerse hasta el 2014 la misma tarifa por el servicio de hemodiálisis con reúso.
 - g) CD Jesús María no elevó artificialmente el valor referencial, al ser este establecido por EsSalud y no por los proveedores.
4. El 15 de diciembre de 2014, OM DIAL presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) OM DIAL no ha participado en reuniones ni forma parte de la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis (en adelante, la ADECEPRIH) o alguna decisión tomada por dicha asociación. Si bien se recibieron algunos correos, ello fue sin haber proporcionado su dirección electrónica.
 - b) OM DIAL no se presentó al Concurso Público debido a que requería una carta fianza bancaria por la suma de S/. 8'673,995.03 (ocho millones

seiscientos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco y 03/100 Soles), equivalente al 10% del monto del contrato.

- c) En relación a la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria, OM DIAL no se presentó debido a que se encontraba en renovación de equipos. Respecto a la tercera convocatoria, OM DIAL se presentó como postora pero al existir un error en la carta fianza fueron descartados. Finalmente, se presentaron en la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria, obteniendo la buena pro en dicho proceso de selección.
5. El 15 de diciembre de 2014, Renal Care presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) No han sido sujetos a visita de inspección alguna ni han sido notificados con las Cartas 347 a 399-2014/ST-CLC-INDECOPI¹.
 - b) Jamás participaron de manera directa o indirecta del presunto acuerdo de fijación de precios. No existen indicios lógicos ni razonables para verse inmersos en la presente investigación, quedando demostrado que no existe prueba suficiente que los involucre.
6. El 15 de diciembre de 2014, Cenesa, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, San Juan Masías, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao y Cenper presentaron de manera conjunta (en adelante, el Grupo 1) sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) La conducta imputada respecto a actuar de modo concertado para fijar precios es legalmente y materialmente imposible en el ámbito de la contratación estatal, debido a que la determinación del precio sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda no tiene lugar en los concursos o licitaciones públicas. En el mercado de compras y adquisiciones estatales el precio es fijado de modo unilateral por el Estado.
 - b) La determinación del valor referencial es competencia exclusiva del Estado, no siendo posible impugnar o cuestionar dicha decisión según el artículo 106 de la Ley de Contrataciones del Estado. Así, no podría cuestionarse que no se tome en consideración las cotizaciones enviadas por los postores, pues estas no tienen carácter vinculante para el Estado.
 - c) La competencia entre los postores no se da exclusivamente en el precio, encontrándose relacionada también con condiciones referidas a la prestación a realizarse, siendo que el precio solo tiene un valor de entre 30% y 40 % de los criterios de selección sobre los cuales decide el Estado contratar.
 - d) Para poder sustentar que una práctica, siquiera de forma indirecta, es apta para fijar un precio, tal práctica debe ser mínimamente vinculante en lo que

¹ Requerimiento de información de la Secretaría Técnica en la que se requirió a diversos centros de hemodiálisis la presentación de las estructuras de costos que justificaban las cotizaciones presentadas a EsSalud.

respecta a dicha formación de precios, situación que no sucede en el presente caso al no observar EsSalud las cotizaciones remitidas.

- e) La finalidad de asociarse para cubrir gastos de asesoría legal y fijar una posición fuerte frente a EsSalud no pueden ser consideradas como conductas anticompetitivas, pues los Centros investigados mantenían la rivalidad en los procesos de selección.
- f) Los Centros investigados trataron aspectos relacionados a la estructura típica de costos o a mecanismos legales para cuestionar decisiones de EsSalud, pero jamás concertaron la presentación de una cotización única y uniforme pues presentaron cotizaciones diferentes.
- g) Equiparar la coordinación de cotizaciones o estructura de costos entre proveedores con el supuesto de concertación de precios implicaría una vulneración al principio de tipicidad ya que se estaría realizando una interpretación extensiva.
- h) Los antecedentes de INDECOPI por supuestos casos de colusión de precio en procesos de selección se han referido a conductas que tuvieron lugar respecto de los precios o respecto al desarrollo del proceso de selección en sí, mas no respecto a la remisión de estructuras de costos, aspecto previo al desarrollo del concurso.
- i) Las denuncias y observaciones presentadas ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante, el OSCE) responden al ejercicio regular del derecho de los Centros, quienes se asociaron para recurrir de manera conjunta al uso de mecanismos válidos por el ordenamiento jurídico, pero sin que ello pueda ser considerado un indicio de conductas anticompetitivas y su consideración como tal resultaría contraria al derecho a la libre asociación.
- j) Las acciones que cuestionaron distintos aspectos de los concursos convocados por EsSalud se realizaron a través de mecanismos regulados y de competencia exclusiva de la OSCE. El cuestionar el fondo de dichas acciones excede las competencias del INDECOPI, configurándose una causal de nulidad del procedimiento administrativo sancionador según el artículo 3 inciso 1 y el artículo 10 inciso 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
- k) Los Centros de hemodiálisis no se presentaron debido la insuficiente rentabilidad que generaría el proceso de selección y debido a que se requería contar con una carta fianza de alrededor de S/. 1'600,000.00 (un millones seiscientos mil y 00/100 Nuevos Soles) para que su oferta económica sea admitida.
- l) Conforme ha sido reconocido por el propio INDECOPI en su Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI, las empresas están en su derecho de abstenerse de participar en procesos de selección cuando sus observaciones al valor referencial no han sido consideradas.

- m) En mercados en los que el consumidor tiene posición de dominio ni siquiera un eventual o supuesto acuerdo de concertación podrá impedir que los productores ofrezcan sus servicios a ese consumidor, a menos que las condiciones sean tan poco rentables que los referidos productores decidan voluntariamente abstenerse de participar, más aún si cada uno había remitido cotizaciones con las cuales se sustentaba a EsSalud que el precio debía ser aumentado.
 - n) En otros procesos de selección en los que EsSalud ha solicitado la contratación del servicio, pero a nivel provincial, los proveedores del mismo han presentado cotizaciones que superan los S/.200.00, lo que refleja un contra indicio de los motivos reales por los que los proveedores decidieron individualmente no presentarse.
 - o) Resulta ilógico sustentar que la abstención por parte de los asociados tuvo un efecto en cuanto a una fijación de precios, ya que en lugar de presentar un alza, el precio referencial de EsSalud tuvo una tendencia decreciente.
7. El 16 de diciembre de 2014, Santa Ana, San Fernando, Villa María, Cono Norte, Nordial, Caminos del Inca, Zárate y Plusvida presentaron de manera conjunta (en adelante, Grupo 2) sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los mismos argumentos que el Grupo 1.
8. El 16 de diciembre de 2014, el señor Raúl Barrios presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) INDECOPI ha realizado una afirmación carente de veracidad al referir que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) se entiende por “ejercicio de gestión” a la realización de diligencias conducentes al logro de un negocio o deseo cualquiera, ya que dicho concepto no se encuentra en la RAE. Ello implica un defecto de motivación, deviniendo en nula la Resolución de Inicio según artículos 3 inciso 4 y el artículo 10 inciso 2 de la Ley 27444.
 - b) Si bien la RAE no define el concepto de “ejercicio de gestión”, sí lo hace respecto al concepto de “gestión”, respecto del cual el único contenido jurídico que se especifica es el correspondiente a la “gestión de negocios”, consistente en un cuasicontrato que se origina por el cuidado de intereses ajenos sin mandato de su dueño.
 - c) Se prestaron servicios a los Centros investigados en calidad de abogado externo mas no se ejerció gestión, gestión de negocios, ejercicio de gestión, dirección o representación alguna a favor de los Centros investigados. La imputación de INDECOPI vulnera el principio de tipicidad pues el Decreto Legislativo 1034 no incluye a los asesores o consultores que no hayan ejercido la gestión, dirección o representación.
 - d) La utilización de las definiciones contenidas en la Resolución SBS 445-2000 a efectos de aplicar sanciones en el marco del Decreto Legislativo 1034 demuestra un desconocimiento del ámbito de aplicación de la Resolución

SBS 445-2000 y deviene en una falta flagrante al principio de tipicidad, al pretender utilizar una norma que expresamente restringe su ámbito de aplicación para efectos de interpretar una normativa de naturaleza completamente distinta.

- e) Los Centros no realizaron ninguna conducta referida a fijación de precios, toda vez que ello resulta imposible en los procesos de contrataciones estatales, en los cuales la entidad que convoca es quien fija el valor referencial.
 - f) Los escritos presentados ante el OSCE cuestionando la validez de los concursos públicos fueron realizados en el ejercicio regular del derecho de sus clientes en atención a que se veían perjudicados por las irregularidades de EsSalud.
9. El 16 de diciembre de 2014, Ceer presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) Desde el año 2007 se consideró que la tarifa que pagaba EsSalud por sesión no cubría sus costos, acreditando ello con el estudio de costos de servicio de hemodiálisis que realizó “Price Waterhouse Coopers” a pedido de algunos centros de hemodiálisis. Dicho estudio fue emitido en enero de 2009 dando como resultado una tarifa por sesión de hemodiálisis de S/. 212.29. Esto sirvió para llegar a un acuerdo con EsSalud en mayo de 2009 e incrementar la tarifa a S/. 172.89, sin tener cambios posteriores.
 - b) No se presentó al Concurso Público debido a que el valor referencial no cubría sus costos, se habían incorporado nuevas exigencias técnicas y se exigía la presentación de una carta fianza de seriedad de oferta por S/. 867,000.00 (ochocientos sesenta y siete mil y 00/100 Nuevos Soles). Al no existir cambio en las condiciones de la convocatoria, no se presentaron en la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria de la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-ESSALUD/CNSR.
 - c) La ADECEPRIH solo tuvo una duración de 10 meses, desde el 26 de setiembre de 2007 al 31 de julio de 2008, no teniendo vigencia legal ni poderes para representar al Ceer en los procesos de selección relacionados a la imputación, presentando la empresa sus cotizaciones y documentos en forma directa y bajo sus intereses.
 - d) Nunca existió un acuerdo de fijación de precios, pues actuaron de manera independiente y presentaron cotizaciones producto del análisis de costos reales. Esto se observa con la presentación por parte de los Centros investigados de cotizaciones distintas, no pudiendo haber una concertación de precios.
 - e) La Secretaría Técnica señala que tiene comunicaciones entre los Centros, sin embargo, no existe alguno con su empresa o su gerente, por lo que estas pruebas no resultan ciertas para la imputación a Ceer.

- f) Al igualar el concepto de cotizaciones con el de concertación de precios, INDECOPI vulnera el principio de tipicidad que prescribe que constituyen conductas sancionables las infracciones previstas expresamente, no existiendo como tal la concertación de cotizaciones, supuesto distinto a la concertación de precios.
 - g) La presentación de observaciones y denuncias por algunos Centros de hemodiálisis constituye el ejercicio regular de un derecho, de manera que no puede ser considerado como un indicio de una concertación de precios o un hecho ilegal. De lo contrario, INDECOPI incurriría en nulidad del procedimiento administrativo sancionador iniciado, ello según el artículo 3 inciso 1 y el artículo 10 inciso 2 de la Ley 27444, y además vulneraría los artículos 56 y 241 del Reglamento de Contrataciones del Estado.
10. El 16 de diciembre de 2014, Grau presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos principales:
- a) No existe medio probatorio alguno, sea documento, correo electrónico o entrevista en la que se indique directamente que Clínica Grau ha realizado las prácticas imputadas.
 - b) En el caso del correo electrónico del 27 de mayo de 2009 resaltaron que se encontraba vigente para dicha empresa el contrato suscrito por el Concurso Público 0899P00011.
 - c) Es usual que en la contratación estatal los precios o montos ofertados por las empresas que compiten sean parecidos.
 - d) En el caso del Concurso Público tramitó la Carta Fianza, con el costo que significaba su trámite, mas no se presentó al no presentarse algún otro postor y existir antecedentes de que podía haber un incremento de la tarifa como ocurrió anteriormente.
 - e) Tanto para el caso del Concurso Público como para la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria no se presentaron debido a que consideraron que el valor referencial señalado en las bases estaba por debajo de los costos que la prestación requería.
 - f) En el caso de la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria la referida empresa decidió participar, mas tuvo un retraso en la obtención de la carta fianza de seriedad de oferta por parte de la entidad bancaria, por lo que no pudo concretar la presentación de su oferta.
 - g) En el caso de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria la empresa no pudo participar debido a que se encontraba en trámite la autorización respectiva de la Dirección de Salud IV Lima Este.
 - h) Grau, si bien recibió correos electrónicos por parte de ADECEPRIH, nunca respondió dichos correos ni ha pertenecido a la ADECEPRIH ni ha seguido las directivas emanadas de dicha persona jurídica. Señaló que su única

relación con esta fueron las acciones tomadas contra la Asociación Público Privada que EsSalud pretendió realizar con el Consorcio IGSA Medical del Perú, siendo el único punto en el que colaboró con la ADECEPRIH y asistió a las reuniones convocadas para tratar exclusivamente ese tema, llegando a pagar 3 aportes extraordinarios.

11. El 17 de diciembre de 2014, INPA presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) Los correos electrónicos en los que se convoca a reuniones o donde se habrían impartido instrucciones para la presentación de cotizaciones han sido cursados por la ADECEPRIH, su asesor legal, directivos y otras empresas investigadas, mas no por INPA, que solamente recibió dichos correos. Ello sucedió de manera similar con Servibendesa S.A.C. (en adelante, Servibendesa) y Centro de Diálisis Santa Rosa S.A.C. (en adelante, Santa Rosa), sin embargo, a diferencia de INPA, dichas empresas fueron excluidas por no existir indicios razonables de su participación.
 - b) La recepción de los correos electrónicos en los que se habrían impartido instrucciones no demuestra que la empresa haya sido directamente instruida y haya acatado tales instrucciones.
 - c) La denuncia en su contra debe ser declarada improcedente, debido a que no existe indicio de su participación en la comisión de la infracción investigada o prueba que demuestre su participación en las denuncias y observaciones ante EsSalud y OSCE exigiendo el uso de las cotizaciones; salvo la comunicación de fecha 8 de abril de 2011 referida a transgresiones a normas de derecho público, producto de la asesoría legal que brindaba la ADECEPRIH a través de su abogado.
 - d) La empresa sí participó en la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, mas no pudo presentar su propuesta por la falta de la vigencia de poder de su representante legal, situación por la cual fueron descalificados y no pudieron presentar su expediente.
 - e) Se ha omitido en la Resolución de inicio analizar más profundamente la relación de dependencia mutua existente entre EsSalud y los Centros investigados, la cual representa un monopsonio.
12. El 17 de diciembre de 2014, Interdial Norte presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) Las acciones de la empresa obedecen a decisiones tomadas dentro de la empresa y no ligadas o referidas por terceros, siendo que en ninguna comunicación han cuestionado el valor referencial propuesto por EsSalud ni exigido su modificación.
 - b) Ninguna de las pruebas indiciarias que se han considerado para dar inicio a este procedimiento sancionador acreditan en forma alguna que la empresa

se haya conducido en las formas proscritas que refiere los artículos 1 y 11 inciso a) del Decreto Legislativo 1034.

13. El 17 de diciembre de 2014, el señor Miguel de la Mata presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) No existe prueba alguna de que haya planeado, ejecutado o realizado alguna concertación como la imputada.
 - b) Los Centros investigados ya han sustentado que en procedimientos de contrataciones estatales no resulta posible proceder con una fijación de precios, toda vez que es la propia entidad que convoca quien fija el valor referencial.
 - c) Una eventual coordinación o intercambio de información con respecto a las cotizaciones a ser enviadas no podría legalmente ser equiparada a una fijación de precios ni resulta idónea para dicho fin. Pretender sancionar una supuesta coordinación de cotizaciones en torno a aspectos que no sean propiamente precios implicaría una flagrante vulneración al principio de tipicidad.
 - d) Si bien es cierto que convocó a reuniones donde participaron todos los Centros y fue un activo participante en las mismas, a partir de los correos se puede comprobar que no participó o gestionó una concertación de empresas. Los correos tuvieron la finalidad de concretar reuniones para evaluar la situación del mercado y tomar acción frente a las irregularidades de EsSalud.
 - e) Según se puede apreciar de los correos, hubo conversaciones de precios. Sin embargo, ello respondía a las irregularidades respecto al valor referencial establecido por EsSalud, el cual establecía un precio irreal para el mercado que amenazaba su permanencia.
 - f) Las acciones realizadas responden al ejercicio regular de un derecho, de manera que no puede generar responsabilidad administrativa ni constituir un indicio de una conducta ilegal.
14. El 17 de diciembre de 2014, Pronefros presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) La empresa no forma parte de ADECEPRIH, conforme se puede observar del documento de constitución de dicha asociación.
 - b) Pronefros no se presentó al Concurso Público debido a que el valor referencial no fue calculado con información actualizada ni incluía los nuevos requerimientos. En atención a que ello no fue corregido tampoco participó de la primera convocatoria.
15. El 17 de diciembre de 2014, Santo Tomás presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Los actos de Santo Tomás obedecen a decisiones tomadas de manera independiente dentro de la empresa, remitiendo a EsSalud los precios que como empresa han calculado sobre los costos del servicio, sin cuestionar el valor referencial establecido por EsSalud.
 - b) Ninguna de las pruebas que se han tomado en consideración para iniciar el procedimiento sancionador en su contra acredita que la empresa se haya conducido en las formas proscritas por los artículos 1 y 11 inciso a) del Decreto Legislativo 1034, ya que todas son comunicaciones de terceros en las que no hay participación de su parte.
16. El 17 de diciembre de 2014, Santa Anita e Inversiones Trujillo presentaron de manera conjunta (en adelante, Grupo 3) sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los mismos argumentos que el Grupo 1 y 2.
 17. El 17 de diciembre de 2014, CM Jesús María presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los mismos argumentos que el Grupo 1, 2 y 3.
 18. El 22 de diciembre de 2014, Ventanilla presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) Las empresas investigadas no pueden conciliar precios, debido a las características propias del servicio.
 - b) La denuncia ha sido formulada sobre la base de indicios y presunciones, sin que existan pruebas documentadas, por lo que deben ser excluidos del procedimiento.
 19. El 12 de enero de 2015, el señor Cesti presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
 - a) No existió ninguna concertación por parte de los Centros investigados para fijar precios y no existe prueba alguna de que haya planeado, ejecutado o realizado alguna concertación como la imputada.
 - b) Las coordinaciones realizadas con los señores Luis Estrada Anicama (en adelante, el señor Estrada) y José Velásquez (en adelante, el señor Velásquez) no pueden ser calificadas como conductas ilegales, en la medida que las citadas personas representan a centros de hemodiálisis ubicados en zonas geográficas distintas al centro que representa, por lo que resultaba imposible que estos u otros Centros de zonas distintas sean competidores en el contexto de los procesos de selección, habiéndose sostenido con ellos comunicaciones que únicamente tuvieron como finalidad compartir opiniones e información sobre los posibles cambios en los precios de los proveedores en común.
 - c) Cono Norte, y otros Centros investigados ya han sustentado que en procedimientos de contratación estatal resulta imposible proceder con una fijación de precios, al ser la propia entidad que convoca quien fija el valor

referencial. Una eventual concertación de las cotizaciones o estructuras de costos presentadas no tiene la idoneidad o capacidad para influenciar en el valor referencial que el propio Estado fija.

- d) Si bien se puede apreciar de los correos considerados por INDECOPi que fue un activo participante en las reuniones que tuvieron los Centros de hemodiálisis, de ellos no se puede inferir que ha participado o gestionado una concertación de empresas, siendo la finalidad concretar reuniones como gremio para evaluar la situación del mercado con relación a diversas irregularidades cometidas por EsSalud.
 - e) Fue el propio EsSalud quien promovió reuniones con la ADECEPRIH y las empresas conformantes de dicha asociación, con miras a obtener información actualizada, mas su representada y otros Centros se limitaron a asistir a dichas reuniones y a realizar coordinaciones sobre algunos insumos comunes con los que contaban, siendo que el precio de los referidos insumos dependía única y exclusivamente de sus proveedores comunes.
 - f) Debido a la existencia de proveedores comunes y ante la posibilidad de un incremento en el precio a partir del 2011, se intercambió información actualizada relacionada al incremento de los insumos médicos mas no de cotizaciones finales pues cada centro maneja sus propios costos. Dicho intercambio no corresponde al tipo infractor de la imputación.
 - g) El equiparar conductas o coordinaciones referidas únicamente a cotizaciones con una concertación de precios implica una flagrante vulneración del Principio de Tipicidad, pues se pretendería sancionar una supuesta concertación sobre aspectos que no sean propiamente precios.
 - h) Se realizaron reuniones con la finalidad de ver las acciones legales que se pudieran implementar con motivo de los procesos de selección, las cuales tras ser sostenidas con su abogado externo, el señor Barrios, llevaron a constatar que existían medios legales para defender sus derechos ante la conducta abusiva de EsSalud, de manera que se realizaron denuncias y observaciones a las bases en el ejercicio regular de un derecho.
 - i) Como se puede comprobar en los correos, hubo conversaciones de precios, en tanto una irregularidad que se notó giraba en torno a los valores referenciales establecidos por EsSalud, los cuales establecían precios irreales para el mercado.
20. El 14 de enero de 2015, Cenesa complementó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) Cenesa recién pudo presentar cotizaciones en agosto de 2010 debido a que se encontraba financiando la compra de nueva maquinaria para el servicio de hemodiálisis.

- b) No se presentó al Concurso Público ni a AMC Derivada en su Primera Convocatoria debido a un retraso en la carta fianza por parte del Banco Interbank.
 - c) Cenesa no se presentó a la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria debido a que se encontraba imposibilitado de contratar con EsSalud, ya que el hijo del representante legal de Cenesa se encontraba trabajando desde el año 2011 en el Hospital Edgardo Rebagliati Martins, incurriendo con ello en el impedimento de contratar establecido en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - d) No se presentó en la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria debido a que se encontraba desde marzo del 2012 presentando a EsSalud, junto con IGSA Medical Services Perú S.A. (en adelante, IGSA), una Iniciativa Privada para cubrir la totalidad de la demanda, por lo que se optó por no participar en tanto se presentaban intereses en conflicto. Asimismo, al no tener contacto con los demás Centros, no es posible que se haya concertado durante ese periodo.
 - e) La participación del señor Leónidas Carrillo² en la reunión realizada en marzo de 2012 en el Centro Nacional de Salud Renal (en adelante, CNSR) no fue a nombre de Cenesa sino a título personal.
 - f) Si la ADECEPRIH copió algunas comunicaciones electrónicas mediante las que convocaba a reunión, ello se debió a que la referida asociación omitió borrar su información de su base de datos pero en ningún momento asistieron, no teniendo conocimiento sobre cómo se desarrollaron tales reuniones.
21. El 15 de enero de 2015, Renexa presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los siguientes argumentos:
- a) De los indicios contenidos en la Resolución de Inicio puede inferirse con nitidez que ninguno de ellos prueba la intervención directa o indirecta de su empresa en prácticas colusorias, hecho que no implica que ello pueda extenderse a otras empresas.
 - b) De todos los 44 correos electrónicos cursados entre integrantes de la ADECEPRIH 40 tienen entre sus destinatarios múltiples al correo institucional de Renexa «renexa@telefonica.net.pe», no existiendo alusión directa, instrucciones explícitas o sugerencias implícitas ni acuse de recibo o respuestas que puedan traslucir una concertación de precios con intervención de Renexa. Tampoco existió contacto efectivo de Renexa o sus representantes con otros Centros investigados ni participaron en las reuniones convocadas.
 - c) En ninguna entrevista o declaración de funcionarios o representantes de Centros investigados se hace alusión a Renexa.

²

El señor Juan Leónidas Carrillo Carrillo ocupa el cargo de Gerente General de Cenesa desde el 20 de marzo de 2012.

- d) INDECOPI incurre en un defecto de análisis al momento de evaluar el nivel de la dispersión en los precios, pues utiliza un rango muy corto de procesos, sin reparar en un análisis más profundo e histórico del mercado, ya que el servicio de hemodiálisis tiene un carácter estándar y homogéneo como consecuencia de su naturaleza extremadamente regulada.
 - e) Las empresas en el mercado de hemodiálisis son similares en cuanto a costos, procesos, grado de integración vertical, capacidades operativas y proveedores, razón por la cual no queda espacio para generar diferencias competitivas significativas. El paralelismo no es evidencia suficiente para concluir la existencia de concertación.
 - f) El precio referencial de EsSalud siempre ha tenido un nivel de variación mínima, dado que los costos no han sufrido prácticamente ninguna variación.
 - g) Renexa no pudo haber participado de la abstención concertada al Concurso Público ya que las bases del referido concurso introdujeron la exigencia de una garantía de seriedad de oferta por un monto de S/.867,400.00 (ochocientos sesenta y siete mil cuatrocientos y 00/100 nuevos soles), el cual resultaba inmanejable para cualquier clínica del rubro y representaba una alteración significativa de los costos.
22. El 15 de enero de 2015, Davita presentó sus descargos a la Resolución de Inicio sobre la base de los mismos argumentos de Renexa.
23. Mediante Cartas 583 a 635-2015/ST-CLC-INDECOPI del 1 de setiembre de 2015, la Secretaría Técnica requirió a 52 centros de hemodiálisis información correspondiente a los activos físicos utilizados para brindar el servicio de hemodiálisis, así como la declaración anual de impuesto a la renta del año 2014. Estos requerimientos fueron cumplidos por 37 empresas entre el 14 de setiembre al 7 de octubre de 2015.
24. Mediante Oficios 063 y 064-2015/ST-CLC-INDECOPI, del 3 de setiembre de 2015, la Secretaría Técnica requirió a EsSalud y al CNSR, información sobre las contrataciones al interior del país para el servicio de hemodiálisis, entre los años 2010 y 2012. EsSalud y el CNSR cumplieron con absolver el requerimiento mediante escritos del 13 de octubre de 2015.
25. Mediante Carta 781 a 794-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a 14 centros de hemodiálisis remitir información relacionada con las propuestas económicas que presentaron o habrían pretendido presentar en los procesos de selección de gran envergadura. Los centros de hemodiálisis cumplieron con absolver este requerimiento mediante escritos del 6 al 23 de octubre de 2015.
26. Mediante Carta 844-2015/ST-CLC-INDECOPI del 7 de octubre de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a EsSalud información referida a las bases utilizadas en los procesos de selección de gran envergadura. EsSalud absolvió el requerimiento mediante escritos presentados el 16 y 29 de octubre de 2015.

27. Mediante Carta 848-2015/ST-CLC-INDECOPI del 13 de octubre de 2015, la Secretaría Técnica requirió a OM DIAL la presentación de la Declaración Jurada de impuesto a la renta de los años 2010 a 2013. OM DIAL absolvió el requerimiento mediante escrito presentado el 15 de octubre de 2015.
28. Mediante escrito del 20 de octubre de 2015 San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana ampliaron sus descargos, afirmando que su abstención al Concurso Público y a la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria se debió a su negativa a prestar el servicio de hemodiálisis reutilizando filtros, hecho que habría sido el tema que se trataba en las reuniones de la ADECEPRIH.
29. Mediante escrito del 23 de octubre de 2015 EsSalud entregó información referida a la determinación de precios referenciales en procesos de selección a esta Secretaría Técnica.
30. El 26 de noviembre de 2015, Pronefros presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando lo señalado en sus descargos y agregando los siguientes argumentos:
 - a) La aparición como destinatario de los correos no demuestra que haya asistido ni que haya participado en las reuniones de ADECEPRIH para concertar.
 - b) Debido a que los Centros investigados prestan los mismos servicios, estos presentan los mismos costos. Ello además explica las cotizaciones similares, así como la existencia de razones comunes para no participar en los procesos de selección de gran envergadura.
 - c) La abstención de participar en procesos de selección es un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de empresa reconocido constitucionalmente.
31. El 02 de diciembre de 2015, CD Jesús María presentó sus descargos al Informe Técnico, reiterando lo señalado en su escrito de 12 de diciembre de 2014 y agregando los siguientes argumentos:
 - a) No se presentaron en el Concurso Público debido a un retraso en la emisión de la carta fianza de seriedad de oferta, acreditando ello con la carta de fecha 18 de noviembre de 2015 de la Sub Gerente Jaqueline Martínez y el Gestor Comercial Karín Rodríguez Angulo del Banco Continental.
 - b) CD Jesús María no pudo presentarse en la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, debido a que la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Huancayo no le otorgó una carta fianza, como se describe en la carta de 23 de noviembre de 2015 de César A. Mendoza, apoderado de la entidad financiera.
 - c) La Carta N° 18-06-ADM-CDJM.SAC carece de valor debido a que cuenta con una firma falsa, lo que podría probarse con una pericia grafológica.

Asimismo, la carta en respuesta a la Circular N° 05-DL-OA-CNSR-ESSALUD-2012 no se encuentra firmada por persona alguna ni cuenta con el logotipo de la empresa, ni sello de recepción, de manera que carece de valor alguno.

32. El 03 de diciembre de 2015, San Marcelo presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando los argumentos presentados en sus descargos el 15 de diciembre de 2014.
33. El 03 de diciembre de 2015, Cenesa, Santa Elena, Santa Ana, San Juan Masías, San Ignacio, Benedicto XVI, CM Jesús María, Caminos del Inca, Villa María y San Fernando presentaron sus alegatos, reiterando lo señalado en sus descargos y agregando los siguientes argumentos:
 - a) La Secretaría Técnica está creando una infracción que no está contemplada en el literal a) del inciso 11.2. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 al intentar tipificar una supuesta conducta que sería un complejo de acciones que no guardan relación alguna con el supuesto tipificado.
 - b) Las supuestas abstenciones en la presentación de propuestas en el marco de concursos o licitaciones convocadas por el Estado no están previstas dentro del literal a) del inciso 11.2. del artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, de manera que resulta nula la imputación.
 - c) No se ha desvirtuado la presunción de inocencia y veracidad pues existirían pruebas de que no todos los Centros investigados se alinearon a la conducta imputada.
 - d) No se habría sustentado adecuadamente el paralelismo señalado por la Secretaría Técnica, ello debido a que al tratarse de empresas pequeñas dedicadas al mismo rubro con proveedores en común, las cotizaciones presentadas no podrían ser considerablemente distintas.
 - e) EsSalud requería cotizaciones a los centros de hemodiálisis y a la ADECEPRIH, siendo lógico que se convocara a reuniones destinadas a dar respuesta al requerimiento. Asimismo, las coordinaciones en torno a las cotizaciones no tuvieron por objeto restringir la competencia sino dar cumplimiento al requerimiento de EsSalud.
 - f) La presentación de cotizaciones en modo alguno significa la obligación de presentarse en los procesos de selección.
 - g) Aplicando la regla del minimis al caso peruano, debe apreciarse que no solo no hubo fijación de precios ni directa ni indirecta, siendo que los eventuales intercambios de información en torno a las cotizaciones no tuvieron por efecto alterar el precio que finalmente fue fijado unilateralmente por EsSalud.
 - h) Los Centros investigados plantearon la posibilidad de realizar compras conjuntas para afrontar el bajo precio de EsSalud, resultando razonable que

aquellas empresas que potencialmente harían compras conjuntas de insumos realizaran coordinaciones sobre las cotizaciones requeridas por EsSalud, puesto que los insumos tienen implicancia directa en las cotizaciones. Dichas coordinaciones pueden calificar como un acuerdo complementario en un contexto en el cual las empresas tenían proveedores en común, escasa capacidad de expansión, entre otros problemas en común, siendo ello el motivo por el cual se indicó en las convocatorias a reunión “otros puntos a tratar”. Por tanto, no resulta aplicable la regla *per se*.

- i) La multa impuesta resultaría irrazonable, teniendo en cuenta que no ha existido daño real ni potencial para la libre competencia. Asimismo, no habría existido un beneficio ilícito.
- j) Las infracciones no deberían ser calificadas como graves o muy graves sino leves.
- k) No existe base legal para imponer una multa atendiendo a un beneficio esperado por ajuste a la inflación.
- l) Adicionalmente, San Ignacio señala que en relación con los cuestionamientos planteados por la Secretaría Técnica sobre la capacidad destinada al Hospital de la Policía, debe indicarse que San Ignacio trabajó con EsSalud hasta el 16 de junio de 2011. A partir del 17 de junio del 2011 inició la atención de 80 pacientes de la policía.

34. El 03 de diciembre de 2015, Plusvida presentó sus alegatos al Informe Técnico en base a los siguientes argumentos:

- a) Se cuestiona la validez de la entrevista realizada al señor Raúl Roland Villanueva Villanueva (en adelante, el señor Villanueva) por una presunta vulneración de su derecho de defensa. En tal sentido se solicita se declare su nulidad y no sea tomada en cuenta al momento de resolver.
- b) La imputación por una supuesta práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada de precios incurre en un error de tipificación. Para que exista una concertación de precios es necesario que exista una posición de dominio en el mercado relevante analizado, esto es que tenga una posibilidad real de modificar el precio de mercado puesto que el cartel busca comportarse como un monopolio.
- c) La Secretaría Técnica afirma que las cotizaciones presentadas por las empresas denunciadas están sobrevaloradas y no se corresponden con el precio real. Sin embargo, no fundamenta dicha afirmación en ninguna prueba fehaciente o estudio de mercado que haya demostrado cuál es el valor que se daría si no existiera un proceso de contratación por parte de EsSalud.
- d) Plusvida acreditó las razones por las cuales se incrementó el precio por el servicio de hemodiálisis, desvirtuando la supuesta falta de sustento para el

alza de precios. La coincidencia que pueda existir con otros postores no es indicio suficiente de que exista un acuerdo colusorio.

- e) El supuesto de abstención en los procesos de selección de gran envergadura no se ajusta a Plusvida pues participó en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada y fue adjudicada, celebrando el Contrato 4600040745, correspondiente a su Cuarta Convocatoria.
 - f) La abstención en participar responde a razones válidas y demostrables que hacían poco atractiva la propuesta de EsSalud. El hecho que esta decisión haya coincidido con la desarrollada por un grupo mayoritario de empresas no es sino consecuencia de la distorsión generada por EsSalud al momento de determinar el precio de referencia.
35. El 03 de diciembre de 2015, Cono Norte y Centro de Prevención de Enfermedad Renal presentaron sus alegatos al Informe Técnico sobre la base de los siguientes argumentos, entre otros:
- a) EsSalud requirió presentar una estructura de costos de manera conjunta, conforme se puede apreciar de la Declaración Jurada del señor Hermán Romero Guerrero, Jefe de la División de Logística de EsSalud en los años 2011 y 2012, siendo este el motivo de las reuniones de los Centros de hemodiálisis.
 - b) Los Centros investigados no coordinaron la presentación de una sola cotización sino una estructura de costos común a solicitud de EsSalud. Las cotizaciones no han sido iguales, solo existiendo una similitud que se debería a que se trata del mismo servicio con proveedores comunes.
 - c) La coordinación de la estructura de costos es una actuación complementaria y accesoria a los motivos principales de la asociación, como lo son la discusión de características técnicas y de exigir precios razonables ante la presencia de un monopsonio. Así, los acuerdos inter marca que sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos no serán analizados bajo la regla *per se* sino bajo la regla de la razón.
 - d) La multa ha sido calculada de manera incorrecta pues sus participaciones fueron absolutamente marginales en la presentación de las supuestas cotizaciones concertadas.
 - e) Los parámetros utilizados por la Secretaría Técnica para el cálculo de la multa resultan erróneos, debido a que (i) El beneficio ilícito esperado sería menor de lo establecido por la Secretaría, debido a que el máximo precio lícito que se podía cobrar era el 110%; (ii) La probabilidad de que las cotizaciones sean tomadas en cuenta era de 50%; y; La probabilidad de detección de la conducta era cercana al 100%.
 - f) Adicionalmente, Cono Norte señala que la argumentación vertida por la Secretaría Técnica respecto a la posibilidad de que centros ubicados en zonas geográficas distintas sean competidores entre sí es absurda y no

resiste análisis alguno. La Ley de Contrataciones del Estado establece que los procesos de selección por ítems se consideran legalmente como varios procesos independientes, lo que implica que el que participa por un ítem determinado, no está compitiendo en el mismo proceso que uno que oferta otro ítem. Resulta absurdo suponer que los pacientes se asignan de manera aleatoria. Esto debe ser aclarado por EsSalud, de manera que se sugiere ordenar como prueba de oficio la declaración de los funcionarios de dicha entidad.

36. El 03 de diciembre de 2015, el señor Cesti presentó sus alegatos al Informe Técnico, adhiriéndose a lo señalado por Cono Norte y agregando los siguientes argumentos:
- a) Se ha realizado un trato diferenciado injustificado en su contra al momento de imponer una sanción de 15.82 UIT, mientras que a las demás personas naturales se les ha sancionado con 8.67 UIT. La multa aplicable debe ser la misma para las personas naturales.
 - b) El cálculo del 20% de la multa aplicable carece de sentido pues se busca sancionar su conducta como miembro de la asociación mas no como representante de una empresa en particular. Asimismo, dicho porcentaje no tiene fundamento legal.
37. El 03 de diciembre de 2015, Ventanilla presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando sus descargos de 22 de diciembre de 2014 y agregando los siguientes argumentos:
- a) En el Informe Técnico no se menciona ningún medio probatorio, indicio o argumento sobre la responsabilidad de Ventanilla en los hechos investigados, no existiendo acta del supuesto acuerdo.
 - b) No se precisa en qué consiste la repetición o continuidad de la supuesta infracción, ni cuál habría sido la modalidad y el alcance de la supuesta restricción, ni cómo ha sido calculada la duración de la supuesta restricción de la competencia.
 - c) No se especifica cuál ha sido el beneficio ilícito esperado y obtenido por la conducta teniendo en cuenta que los supuestos costos concertados no fueron tomados en cuenta por EsSalud. Además, no describe la gravedad del supuesto daño causado ni se fundamenta en qué consiste ni como ha sido calculado el supuesto perjuicio económico ni cuál ha sido y con qué pruebas se demuestra la dimensión del mercado afectado.
 - d) En el Informe Técnico no se presenta un análisis estadístico completo pues erróneamente se buscaría establecer certeza sin indicar que los indicadores presentados solo muestran la probabilidad de ocurrencia mayor o menor de un evento. Así, en modo alguno niega que la distribución de precios mostrada se deba a factores ajenos a una concertación y menos aún permiten determinar responsabilidades individuales.

- e) La abstención en los procesos de selección de gran envergadura se debe a que estos generan costos adicionales como cartas fianzas, fuerte presión laboral por incrementos económicos y expectativas de mejoras en las condiciones de servicio.
 - f) Ventanilla no presentó denuncias ni observaciones ante EsSalud y el OSCE pretendiendo incrementar el precio pagado por el servicio de hemodiálisis.
 - g) Ventanilla no es representada por las personas mencionadas en las entrevistas o por ADECEPRIH, por lo que no se puede imputar responsabilidad en mérito a declaraciones unilaterales.
 - h) El análisis de los precios solo efectúa comparaciones frente a un precio relativamente fijo, es decir, asume que los costos deben ser prácticamente inmutables en el tiempo, descartando toda influencia de variaciones de precios.
38. El 03 de diciembre de 2015, Cenesa presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando los argumentos señalados en su escrito de descargos complementarios de 14 de enero de 2015 y agregando los siguientes argumentos:
- a) La Secretaría Técnica no ha valorado las pruebas que acreditan los motivos por los cuales no participaron en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera Convocatoria, de manera que ha vulnerado su derecho al debido procedimiento administrativo.
 - b) Respecto a la abstención en la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, Cenesa no participó debido a una Iniciativa Privada que estaba planeando con IGSA, la cual fue posteriormente presentada. Los cuestionamientos de la Secretaría Técnica no resultan lógicos respecto al plazo de las negociaciones y diseño de la iniciativa privada de gran envergadura pues estaría estableciendo un plazo de manera arbitraria para que las partes presenten la iniciativa privada.
39. El 03 de diciembre de 2015, el señor Raúl Barrios presentó sus alegatos al Informe Técnico, reiterando los argumentos expresados en sus descargos del 16 de diciembre de 2014 e incorporando los siguientes nuevos argumentos:
- a) INDECOPI no ha ofrecido un solo medio probatorio del cual pueda desprenderse que sugirió o recomendó la comisión de alguna conducta ilegal tipificada en el Decreto Legislativo 1034. La sola asesoría legal y patrocinio no puede ser interpretada como una conducta violatoria de la libre competencia.
 - b) Se ha interpretado de mala fe el correo enviado al señor Aurelio Cesti el 04 de octubre de 2012.

40. El 7 de diciembre de 2015, Renexa y Davita presentaron sus alegatos al Informe Técnico, reiterando lo señalado en sus descargos y agregando los siguientes argumentos:
- a) Respecto a la Entrevista N° 6 del 13 de junio de 2015, la señorita Glenda Matos Rojas y Rebeca Belling Salas nunca hacen mención a una práctica concertada que los involucre en restringir o falsear la libre competencia.
 - b) Se requiere más que la simple verificación de conductas paralelas para juzgar que los demandados han incurrido en ilegalidad.
 - c) Respecto a la Entrevista N° 11 de fecha 18 de marzo de 2014, la Secretaría Técnica toma las afirmaciones de Harold Arce sobre la asistencia de Renexa a las reuniones sin mayores medios probatorios.
 - d) No existe obligación de participar en los concursos toda vez que ello atentaría contra la libertad de empresa reconocida constitucional y legalmente.
41. El 15 de diciembre del 2015 se llevó a cabo el Informe oral con la asistencia de los representantes de Cenper, Cono Norte, Cenesa, Benedicto XVI, San Juan Masías, Villa María, Caminos del Inca, CM Jesús María, San Fernando, San Camilo, Santa Ana, San Ignacio, Santa Elena, Ceer, CD Jesús María, Plusvida, INPA, CD Callao, Nefro Continente, Nephro Care, Davita, Renexa, Nordial, Salud Renal, Grau y EsSalud, exponiendo frente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) los mismos argumentos contenidos en sus descargos y alegaciones al Informe Técnico.
42. El 28 de diciembre del 2015, Ventanilla complementó sus alegatos agregando los siguientes argumentos:
- a) Ventanilla brinda el servicio de hemodiálisis a S/. 171.44, el cual es inferior al precio en la ciudad de Lima que asciende a S/. 175.00.
 - b) En los actuados, EsSalud ni INDECOPI han determinado cuál es el mercado relevante supuestamente afectado.
 - c) Haciendo uso del principio de primacía de la realidad se puede advertir que el costo en provincias bordea un monto ascendente a S/. 270.00, mientras que en Lima bordea los S/. 170.00, surgiendo la pregunta sobre el motivo de dicha diferencia.
43. El 29 de diciembre del 2015, Plusvida complementó sus alegatos agregando los siguientes argumentos:
- a) Según la lógica de EsSalud, los postores deben aceptar el precio por ellos planteado, caso contrario se trata de una práctica ilegal. Dicho planteamiento atentaría contra el derecho de toda persona de decidir con quién y bajo qué condiciones contrata.

- b) A Plusvida se le impone una multa de 123.35 UIT, a diferencia de los casos de OM DIAL, Davita y Renexa, cuyas multas fueron ponderadas teniendo en consideración su participación en la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria, lo que no ocurre en el caso de Plusvida, en el que no se toma en cuenta su participación en la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria para cuantificar el monto de la multa, afectándose el principio de razonabilidad.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

- 44. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si los Centros y los señores Miguel de la Mata, Aurelio Cesti y Raúl Barrios incurrieron en la comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el mercado de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.

III. CUESTIONES PREVIAS: PETICIONES, NULIDADES Y VULNERACIONES ALEGADAS POR LOS IMPUTADOS

- 45. Como puede apreciarse de la revisión de los descargos y escritos presentados durante la etapa probatoria, las Empresas Imputadas han solicitado a esta Comisión: (i) la actuación de ciertos medios probatorios, (ii) han planteado diversas nulidades como medio de defensa; y, (iii) han alegado que algunas actuaciones de la Secretaría Técnica han implicado un trato diferenciado con relación a las empresas no imputadas.
- 46. Así, estas peticiones, nulidades y alegaciones pueden resumirse de la siguiente manera:
 - a) Mediante su escrito de descargos Grau solicita a esta Comisión requerir a los Hospitales Nacionales IV Alberto Sabogal Sologuren, Edgardo Rebagliati Martins y Guillermo Almenara Irigoyen que informen sobre sus estructuras de costos del servicio de hemodiálisis, a efectos de apreciar que el costo de EsSalud por realizar la prestación es mayor al cobrado por Grau.
 - b) Mediante su escrito de alegatos al Informe Técnico Cono Norte y Cenper solicitaron a esta Comisión requerir como prueba de oficio la declaración de funcionarios de EsSalud respecto a la posibilidad de que un centro de hemodiálisis se presente a los ítems correspondientes a distintas “zonas geográficas” y la declaración del señor Hernán Romero Guerrero (en adelante, el señor Hernán Romero), ex Jefe de la División de Logística de EsSalud, con relación a una presunta solicitud de estructuras de costos conjuntas planteada por EsSalud.

- c) Mediante su escrito de alegatos al Informe Técnico, Plusvida solicitó la nulidad de la entrevista realizada al señor Villanueva, Gerente General de dicha empresa, alegando la vulneración de su derecho de defensa.
 - d) De acuerdo con San Ignacio, Cenesa, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, Terapéutico San Miguel, San Juan Masías, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao, Cenper, Santa Ana, San Fernando, CM Villa María, Cono Norte, Nordial, CM Caminos del Inca, CD Zárate, Plusvida, Ceer, Santa Anita, Inversiones Trujillo, CM Jesús María y el señor Aurelio Cesti, la Secretaría Técnica habría vulnerado el principio de tipicidad al pretender sancionar bajo el tipo infractor de concertación de precios, la coordinación de aspectos que no son propiamente precios, como sería el caso de las cotizaciones o estructuras de costos.
 - e) De acuerdo con San Ignacio, Cenesa, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, Terapéutico San Miguel, San Juan Masías, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao, Cenper, Santa Ana, San Fernando, CM Villa María, Cono Norte, Nordial, CM Caminos del Inca, CD Zárate, Plusvida, Ceer, Santa Anita, Inversiones Trujillo, CM Jesús María y el señor Aurelio Cesti, la Secretaría Técnica habría incurrido en una causal de nulidad por su falta de competencia para pronunciarse respecto al fondo de las acciones realizadas ante el OSCE.
 - f) De acuerdo con INPA, la Secretaría Técnica habría realizado un trato diferenciado entre ella y algunos de los Centros a los que no se les inició procedimiento sancionador, aplicando criterios disímiles para sustentar su participación en la conducta materia de imputación.
 - g) De acuerdo con Ceer, la Secretaría Técnica se encontraría vulnerando lo establecido por los artículos 56 y 241 del Reglamento de Contrataciones del Estado al considerar las observaciones y denuncias realizadas por algunos Centros como hechos ilegales en contra de EsSalud.
47. En consecuencia, de manera previa al análisis de fondo sobre la conducta anticompetitiva imputada mediante la Resolución de Inicio, esta Comisión se pronunciará sobre estas alegaciones.

3.1 Sobre la pertinencia de admitir los medios probatorios solicitados por Grau, Cono Norte y Cenper

48. Mediante escrito de fecha 16 de diciembre de 2014, Grau señaló que la razón central por la que EsSalud contrata con proveedores el servicio de hemodiálisis radica en que los costos serían inferiores a prestar el servicio directamente. Por dicho motivo, solicitó a la Comisión requiera informes al Hospital Nacional IV Alberto Sabogal Sologuren, Hospital Nacional IV Edgardo Rebagliati Martins y Hospital Nacional IV Guillermo Almenara Irigoyen sobre la estructura de costos respecto al servicio de hemodiálisis para apreciar que el costo unitario por sesión es mayor que el precio cobrado por Grau al CNSR.

49. Asimismo, en sus alegatos al Informe Técnico, Cono Norte y Cenper solicitaron a esta Comisión que se soliciten las siguientes declaraciones:
- (i) Declaración de funcionarios de EsSalud respecto a la posibilidad de postular a los diversos ítems correspondientes a las “zonas geográficas” establecidas por EsSalud y respecto a los alcances de la metodología de asignación de pacientes implementada.
 - (ii) Declaración del señor Hernán Romero, Jefe de la División de Logística de EsSalud durante los años 2011 y 2012, quien habría emitido una Declaración Jurada señalando que EsSalud solicitaba estructuras de costos de manera conjunta.
50. De acuerdo al artículo IV³ de la Ley 27444, el principio del debido procedimiento implica que las partes gozan de los derechos y garantías frente a la autoridad administrativa encargada del procedimiento. Entre los derechos de las partes se encuentra la posibilidad de ofrecer medios probatorios, conforme ha establecido el artículo 166⁴ de la Ley 27444 y el artículo 28⁵ del Decreto Legislativo 1034.
51. No obstante, la naturaleza de todo derecho es limitada debido a que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, los derechos no tienen carácter absoluto⁶, pues se encuentran limitados por su propio contenido y por el

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

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444**

Artículo 166.- Medios de prueba

Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. En particular, en el procedimiento administrativo procede:

1. Recabar antecedentes y documentos.
2. Solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo.
3. Conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar de los mismos declaraciones por escrito.
4. Consultar documentos y actas.
5. Practicar inspecciones oculares.

⁵ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034**

Artículo 28.- Medios de prueba.-

28.1. La Secretaría Técnica podrá actuar, o las partes ofrecer, los siguientes medios probatorios:

- a) Documentos;
- b) Declaración de parte;
- c) Testimonios;
- d) Inspecciones;
- e) Pericias; u,
- f) Otras pruebas si a criterio de la Secretaría Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados.

⁶ **Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC**

“(…) Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos

ordenamiento jurídico. En ese sentido, la admisión de medios probatorios se encuentra limitada por el propio contenido del derecho a probar, el cual tiene como finalidad acreditar hechos o permitir generar convicción en el juzgador o autoridad administrativa respecto a algún punto controvertido.

52. Al respecto, el artículo 163⁷ de la Ley 27444 señala que la autoridad administrativa podrá rechazar motivadamente los medios probatorios propuestos por el administrado cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. En el mismo sentido, el artículo 29⁸ del Decreto Legislativo 1034 establece que es posible rechazar los medios probatorios propuestos por los denunciados cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios.
53. Debido a ello al analizar la admisión de un medio probatorio se debe tener en consideración los principios que delimitan el contenido del derecho a probar, entre los que se encuentran los principios de pertinencia y de utilidad⁹. El principio de pertinencia consiste en que los medios probatorios ofrecidos por las partes guarden relación con los hechos materia de investigación o controversia; mientras que el principio de utilidad implica que los medios probatorios contribuyan a generar convicción sobre los hechos o materias controvertidas en el juez o autoridad administrativa encargada de resolver.
54. Respecto a lo planteado por Grau, cabe indicar que la imputación formulada por la Secretaría Técnica refiere a una presunta práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, en el marco de la cual la solicitud referida tiene como finalidad acreditar que el costo que EsSalud asumiría por prestar directamente el servicio de hemodiálisis es mayor al precio que le paga EsSalud por la prestación de dicho servicio.
55. Sin embargo, el hecho de que el costo que EsSalud tendría que asumir de prestar directamente el servicio de hemodiálisis sea mayor al propuesto por alguna de las Empresas Imputadas no guarda relación con la imputación formulada ni permite generar mayor convicción acerca de los descargos presentados por Grau.

que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales”.

⁷ **Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444**
Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

⁸ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034**
Artículo 29.- Improcedencia de medios probatorios.-

La Secretaría Técnica podrá rechazar los medios probatorios propuestos por los agentes económicos investigados, por quienes hayan presentado la denuncia de parte o por terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios, mediante resolución motivada.

⁹ **Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 6712-2005-HC/TC, fundamento 26.**

56. En efecto, al no ser una materia controvertida en el procedimiento el que la prestación directa del servicio de hemodiálisis por parte de EsSalud sea más onerosa que su tercerización, ello no permitiría contar con mayores elementos de juicio para determinar la existencia de la práctica anticompetitiva denunciada; máxime cuando es naturalmente posible que el costo para el Estado de prestar un servicio sea mayor al privado, de ahí justamente la necesidad de su tercerización (eficiencia en costos). En ese sentido, el medio probatorio ofrecido no sería pertinente ni presentaría utilidad alguna para desacreditar o rechazar la existencia de un acuerdo para fijar el precio del servicio de hemodiálisis.
57. Respecto al pedido de Cono Norte y Cenper para que esta Comisión solicite la declaración de funcionarios de EsSalud y del señor Hernán Romero, este colegiado deberá evaluar en primer lugar si tales declaraciones constituyen elementos probatorios cuya actuación aportaría elementos de análisis para ser utilizados en la determinación de la existencia de la conducta imputada; y, para verificar los sustentos de los descargos presentados por las Empresas Imputadas.
58. Con relación a la necesidad de obtener las declaraciones de funcionarios de EsSalud, Cono Norte y Cenper precisaron que estas se requerirían para dilucidar la forma de asignación de los pacientes de EsSalud a los distintos centros de hemodiálisis en Lima y Callao; así como para verificar la imposibilidad de que las Empresas Imputadas se presentaran a ítems distintos a los correspondientes a su “zona geográfica”.
59. Sobre el particular, a criterio de esta Comisión no resulta necesaria la actuación solicitada por Cono Norte y Cenper debido a que la información a dilucidar mediante las entrevistas correspondería a las condiciones establecidas en las bases de los procesos de selección de gran envergadura, documento que plantea las exigencias y limitaciones para postular, así como los alcances y características de la prestación.
60. Por otro lado, con relación a la Declaración Jurada emitida por el señor Hernán Romero –proporcionada por el señor Aurelio Cesti–, la cual motivaría su citación a entrevista, se aprecia que no contiene las afirmaciones que Cono Norte y Cenper indicaron. En dicho documento, se señala lo siguiente:
- “Asimismo, la División de Logística solicitó a los Centros de hemodiálisis, representados por la precitada Asociación, que presentaran estructuras de costos (cotizaciones) en las que se reflejen los gastos y las inversiones que venían siendo destinadas a la prestación del servicio de hemodiálisis, habiéndoseles solicitado que tales cotizaciones reflejen las inversiones de todos los Centros de hemodiálisis, de manera conjunta”.*
61. Al respecto, esta Comisión debe precisar que lo manifestado por Cono Norte y Cenper para sustentar la actuación requerida no se condice con la Declaración Jurada del señor Hernán Romero.
62. En efecto, la Declaración Jurada señala que EsSalud solicitaba a los Centros investigados estructuras de costos, equiparando estos términos con el de cotizaciones. Esta situación si bien refleja las solicitudes de cotizaciones

realizadas por EsSalud no refiere a la existencia de una solicitud para la elaboración de una estructura de costos conjunta.

63. Según refiere el señor Hernán Romero, las estructuras de costos debían reflejar los gastos y las inversiones que venían siendo destinadas a la prestación del servicio de hemodiálisis. Dicha afirmación resulta lógica teniendo en cuenta que las estructuras de costos que las empresas elaboran deben incluir aquellos montos a recuperar a través de la prestación del servicio. Luego se señala que las inversiones de todos los centros de hemodiálisis deben verse reflejadas en dichas cotizaciones, lo cual implica una reiteración a las líneas anteriores del párrafo en cuestión.
64. Finalmente, en el párrafo se hace mención a una frase “de manera conjunta”, lo cual parecería ser el sustento de los descargos presentados por las Empresas Imputadas. Sin embargo, a partir del análisis en su conjunto, la inclusión de dicha frase en el párrafo no conduce a interpretar que EsSalud solicitó cotizaciones elaboradas de manera conjunta. Así, en ningún momento en la Declaración Jurada se hace referencia expresa ni implicancia alguna sobre una cotización o estructura de costos única que debían presentar los Centros investigados en conjunto.
65. En ese sentido, la Declaración Jurada del señor Hernán Romero no coincidiría con los descargos formulados por las Empresas Imputadas, de manera que la entrevista solicitada no contribuiría a acreditar el hecho planteado por Cono Norte y Cenper.
66. Sin embargo, aún en el supuesto de que se acredite que EsSalud solicitó la elaboración de una estructura de costos conjunta, en modo alguno ello justificaría la actuación imputada a los Centros investigados para coludirse y fijar concertadamente el precio a ser pagado.
67. Por tanto, esta Comisión considera que, conforme a las disposiciones de la Ley 27444 y el Decreto Legislativo 1034, la solicitud de que los hospitales informen sobre la estructura de costos y el costo unitario del servicio de hemodiálisis de EsSalud; así como las solicitudes de declaración de funcionarios de EsSalud y del señor Hernán Romero no guardan relación con los hechos que son materia del procedimiento administrativo, ni generan mayor convicción respecto a la existencia o no de un acuerdo de fijación de precios en el servicio de hemodiálisis, por lo que deben ser rechazadas.

3.2 Sobre la nulidad de la entrevista realizada al señor Villanueva alegada por Plusvida

68. Plusvida en sus escritos de fechas 3 y 29 de diciembre cuestionó la validez de la entrevista efectuada a su representante por parte del personal de la Secretaría Técnica, a través de la cual, a su entender, se habría vulnerado su derecho de defensa.

69. Sobre el particular, cabe señalar que la referida declaración no ha sido utilizada por la Secretaría Técnica, ni por esta Comisión para realizar el análisis contenido en la presente Resolución, por lo que carece de objeto discutir sobre su validez y sobre la supuesta vulneración de derechos alegada.

3.3 Sobre las presuntas causales de nulidad alegadas por San Ignacio, Cenesa, San Ignacio, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, Terapéutico San Miguel, San Juan Masías, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao, Cenper, Santa Ana, San Fernando, CM Villa María, Cono Norte, Nordial, CM Caminos del Inca, CD Zárate, Plusvida, Ceer, Santa Anita, Inversiones Trujillo, CM Jesús María y el señor Cesti presentes en la Resolución de inicio

3.3.1. Sobre la presunta violación del principio de tipicidad

70. Diversos Centros investigados han señalado en sus descargos o alegaciones al Informe Técnico que la conducta materia de análisis no constituye una infracción comprendida bajo los alcances de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y que, por lo tanto, la imputación realizada carecería de sustento, por lo que una eventual sanción vulneraría el principio de tipicidad.
71. En tal sentido, San Ignacio alegó que las cotizaciones no constituyen ofertas, posturas o propuestas en los procesos de selección, sino únicamente envíos de información relativos a la estructura de costos. En la misma línea, Cenesa, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, San Juan Masías, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro, Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao y Cenper (Grupo 1), Santa Ana, San Fernando, Villa María, Cono Norte, Nordialm, Caminos del Inca, Zárate y Plus Vida (Grupo 2) agregaron que para sustentar una práctica de fijación de precios, esta práctica debe ser cuanto menos vinculante con respecto a la formación del precio y que equiparar la coordinación de cotizaciones o una estructura de costos entre proveedores con una concertación de precios constituye una interpretación extensiva.
72. Ceer señaló que la presentación de cotizaciones no es una conducta sancionable expresa en la Ley; mientras que Interdial Norte alegó que ninguna de las pruebas por las que se da inicio al procedimiento administrativo sancionador acreditan que la empresa haya incurrido en ningún tipo de práctica proscrita en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Asimismo, el señor Miguel de la Mata indicó en sus descargos que la coordinación de cotizaciones no puede ser legalmente equiparada a una fijación de precios y se estaría vulnerando el principio de tipicidad. Otras investigadas esbozaron argumentos equivalentes a los descritos anteriormente.
73. Debido a que los argumentos de las investigadas versan sobre la posible vulneración al principio de tipicidad, alegando fundamentalmente que las presentaciones de cotizaciones no puede ser equiparada con la formulación de un precio; o, que el envío coordinado de tales cotizaciones no puede ser equiparado a una fijación concertada de precios, esta Comisión considera

necesario sustentar su posición acerca del alcance del principio de tipicidad y su aplicación al presente caso.

74. Al respecto, debe reconocerse que el ejercicio del poder punitivo del Estado se encuentra sujeto, de manera ineludible, a un conjunto de principios o presupuestos, entre otros, de legalidad, tipicidad y razonabilidad, los que constituyen garantías a favor de los administrados y que, por lo tanto, dotan de legitimidad a la administración de justicia (incluyendo la justicia administrativa).
75. En relación con el principio de tipicidad o taxatividad, el Tribunal Constitucional lo ha definido como «*una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal*»¹⁰.
76. En tal sentido, puede afirmarse que el principio de tipicidad tiene por objetivo brindar predictibilidad a los administrados acerca de las posibles consecuencias de emprender determinados actos, es decir, sobre las actuaciones que puede emprender la autoridad competente para controlar, sancionar o revertir una conducta, lo cual no es sino una forma básica de seguridad jurídica.

Por este motivo, el principio de tipicidad se relacionaría con la necesidad del Estado de desincentivar la realización de determinadas conductas lesivas, a partir de una adecuada definición normativa de su contenido y de la determinación de las consecuencias punitivas aplicables. De esta manera, el principio de tipicidad coadyuva en la protección de bienes jurídicamente relevantes, en particular, aquellos vinculados al interés público que las autoridades están llamadas a tutelar.

77. Debido a que su relevancia no se circunscribe únicamente al fuero penal, el principio de tipicidad ha sido recogido por la Ley del Procedimiento Administrativo General, como principio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en los siguientes términos:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- *Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*

78. Como se puede observar, esta disposición contiene un triple mandato, aplicable tanto al proceso de emisión de normas que prevén sanciones como a su

¹⁰

Ver el fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA /TC del 24 de agosto de 2010.

aplicación a casos concretos por parte de las autoridades administrativas correspondientes¹¹:

- (i) La reserva de ley en la tipificación de conductas infractoras,
- (ii) La suficiente exhaustividad en la previsión de infracciones, y,
- (iii) La interdicción de la interpretación analógica o extensiva en la determinación de las conductas sancionables.

79. Ahora bien, a criterio de esta Comisión, que el principio de tipicidad exija al legislador una exhaustividad suficiente en la descripción de las infracciones sancionables y que la autoridad administrativa no pueda realizar una interpretación extensiva al determinar la responsabilidad de los administrados, no significa en modo alguno que las normas deban describir con exactitud todas las circunstancias o modalidades en que una conducta antijurídica pueda presentarse.
80. Como se ha señalado, el principio de tipicidad tiene por finalidad que los administrados puedan prever razonablemente las consecuencias de las conductas que desarrollan, al poder determinar que se encuentran frente a una acción u omisión rechazada por el ordenamiento jurídico y sujeta a sanciones igualmente predeterminadas.
81. Por lo tanto, si bien resulta absolutamente exigible que los elementos fundamentales de la conducta antijurídica y sus posibles consecuencias se encuentren previamente determinados; no resulta posible exigir al legislador que agote las características particulares en que tales conductas se llevan a cabo, como tampoco es posible pretender que el aplicador de la Ley ignore la comisión de infracción sobre la base de aspectos circunstanciales, cuando los elementos esenciales se presentan con claridad.
82. Una interpretación distinta sobre el contenido del principio de tipicidad no solo haría imposible la tarea del legislador, sino que también involucraría una limitación indebida a las funciones que la Administración Pública está llamada a realizar; y, finalmente, constituiría una invitación a potenciales infractores a vulnerar bienes jurídicos a través de la comisión de transgresiones bajo supuestos que razonablemente pueden desprenderse del tipo normativo analizado.
83. Por ello, dotar de eficacia al principio de tipicidad a través de un adecuado juicio sobre la razonabilidad en la previsión de una infracción no solo constituye una atribución, sino una necesidad para el adecuado ejercicio de la justicia administrativa. Así, Nieto señala lo siguiente:

*«La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. **Las exigencias maximalistas sólo***

¹¹

Al respecto, véase: MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. p. 766.

conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar»¹².

[Énfasis agregado]

84. Ahora bien, en el presente caso, diversos Centros investigados indicaron que la coordinación de cotizaciones no puede asimilarse a la fijación concertada de precios, pues ello implicaría una interpretación extensiva del artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, por lo tanto, una vulneración al principio de tipicidad recogido por la Ley del Procedimiento Administrativo General.
85. No obstante, tal como se ha podido apreciar del desarrollo sobre los alcances del principio de tipicidad, se puede concluir que el no aplicar una norma a supuestos que razonablemente pueden desprenderse del tipo normativo analizado, resulta arbitrario, irrazonable y promueve una paralización injustificada de la labor de las autoridades administrativas, sin contar con la posible lesión de bienes jurídicos que resulte de este tipo de prácticas.
86. En tal sentido, esta Comisión estima que la labor realizada por la Secretaría Técnica no constituye una interpretación extensiva del artículo 11.1 inciso a), sino más bien comparte la opinión de la Secretaría Técnica referente a que la hipótesis anticompetitiva determinada se encuentra razonablemente circunscrita bajo los alcances del artículo 11.1 inciso a), que proscribiera toda forma de fijación concertada de precios; tal y como será desarrollado en el punto 4.2 de la presente Resolución. En tal sentido, la imputación realizada de manera expresa por la Secretaría Técnica no representa ningún tipo de afectación al principio de tipicidad.
- «SEGUNDO: Iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra (...), por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el mercado de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.»*
87. En ese sentido, esta Comisión concluye que el aparente cuestionamiento planteado por los Centros investigados con relación al principio de tipicidad, se refiere más bien concretamente a la verificación de la realización de la conducta imputada, aspecto que corresponde a un análisis de fondo, el cual será analizado en otras secciones de la presente Resolución, en donde se verificará la existencia de la práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios.
88. En conclusión, corresponde desestimar las alegaciones planteadas por los Centros investigados y los señores De La Mata y Cesti, debido a que la imputación de cargos formulada por la Secretaría Técnica y el trámite del procedimiento han observado en todo momento el principio de tipicidad,

¹² NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. Derecho administrativo sancionador. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, 2000. p. 293.

conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.3.2. Sobre la causal de nulidad por falta de competencia al pretender cuestionar el fondo de las acciones realizadas ante el OSCE

89. El artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 establece que la finalidad de la ley es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas a fin de promover la eficiencia económica en los mercados. Para ello, esta Comisión y la Secretaría Técnica cuenta con facultades suficientes para velar por el cumplimiento de las disposiciones de esta ley.
90. Sobre las funciones de la Secretaría Técnica, el artículo 15 inciso 1¹³ señala que esta se encuentra encargada de la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, así como de emitir opinión sobre la existencia de una conducta anticompetitiva.
91. Por otro lado, la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo 1017 (en adelante, el Decreto Legislativo 1017) tiene disposiciones y lineamientos para los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras con el objetivo de que dichos contratos se celebren de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad¹⁴.
92. La entidad que ejerce el control y supervisión en materia de contrataciones públicas es el OSCE. De acuerdo al artículo 58 de la Ley de Contrataciones con el Estado, este organismo tiene como función cautelar el debido desarrollo de los procesos de contratación pública, en base a las funciones establecidas en el artículo 58¹⁵ del Decreto Legislativo 1017.

13

Decreto Legislativo 1034

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

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

14

Decreto Legislativo 1017

Artículo 2.- Objeto

El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma.

15

Decreto Legislativo 1017

Artículo 58.- Funciones

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

- a) Velar y promover el cumplimiento y difusión de esta ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias.
- b) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado.
- c) Emitir directivas, lineamientos, manuales y comunicados sobre materias de su competencia.
- d) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- e) Supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que realicen las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con fondos públicos, independientemente del régimen legal. Esta supervisión también alcanza a las contrataciones previstas en los literales i), o), s), t) y v) del numeral 3.3 del artículo 3 de la presente ley.
- f) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado.
- g) Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE).

93. En relación con el presente procedimiento, los Centros investigados han sostenido que cuestionar el fondo de los recursos presentados ante el OSCE excede las competencias de la Secretaría Técnica, configurando una causal de nulidad del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo al artículo 3 inciso 1¹⁶ y artículo 10 inciso 2¹⁷ de la Ley 27444.
94. Ahora bien, es importante precisar que las investigaciones realizadas por la Secretaría Técnica giran en torno a una presunta práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios que tiene como objeto o efecto restringir la competencia, no siendo materia de investigación una presunta infracción a la normativa sobre contrataciones públicas.
95. En el marco de dicha investigación, la Secretaría Técnica debe analizar todos los elementos que permitan determinar la existencia o no de dicha conducta. En ese sentido, el presente procedimiento no tiene como finalidad cuestionar los argumentos de fondo utilizados en los recursos presentados ante el OSCE sino analizar todos los elementos recabados en ejercicio de sus facultades para determinar si las denuncias y observaciones presentadas por los Centros investigados constituyen indicios que permiten constatar la existencia de acciones destinadas a incrementar el valor referencial por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

-
- h) Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto.
- i) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en los casos previstos en el reglamento.
- j) Absolver consultas sobre las materias de su competencia. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas.
- k) Imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros en los casos previstos en la presente ley.
- l) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.
- m) Suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa aplicable, pudiendo adoptar y/o disponer las medidas que resulten necesarias para tal efecto, incluida la no emisión de las constancias necesarias para la suscripción del respectivo contrato, sin perjuicio de la atribución del Titular de la Entidad, de declarar la nulidad de oficio de dichos procesos.
- n) Promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad.
- o) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones.
- p) Realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.
- q) Las demás que le asigne la normativa."

16

Ley 27444

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

17

Ley 27444

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

96. Si bien el OSCE tenía durante el desarrollo de la conducta imputada facultades para llevar a cabo investigaciones y sancionar conductas que constituyan infracciones al Decreto Legislativo 1017, ello no significa que otro organismo con facultades específicas en materias distintas no pueda investigar o sancionar conductas que se lleven a cabo en el marco de un proceso de contratación pública.
97. En materia de libre competencia esta Comisión y la Secretaría Técnica cuentan con facultades para investigar y sancionar las prácticas que tengan como finalidad o efecto restringir la competencia, aún si dichas prácticas se llevan a cabo dentro de un proceso de contratación pública. La Comisión y la Secretaría Técnica son los órganos competentes para conocer dichas infracciones de manera exclusiva, salvo que dichas facultades hayan sido expresamente delegadas a otro organismo, tal como sucede en el caso del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, ello no ocurre en el caso del OSCE. El artículo 58 del Decreto Legislativo 1017 no le otorga facultades de investigación y sanción por infracciones a la normativa de libre competencia.
98. Por tanto, de acuerdo con el artículo 3 inciso 1 de la Ley 27444 y el artículo 15 del Decreto Legislativo 1034, la Secretaría Técnica cuenta con plenas facultades para investigar una presunta práctica colusoria horizontal y, por tanto, es competente para seguir el presente procedimiento administrativo.

3.4 Sobre la aplicación de un trato diferenciado a INPA al momento de determinar la procedencia de la denuncia y realizar la imputación de cargos

99. El derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, supone la obligación de todo órgano del Estado de actuar de manera que a supuestos de hechos similares se apliquen las mismas consecuencias jurídicas. Asimismo, implica la obligación de dar un trato diferenciado a aquellas situaciones que presenten diferencias objetivas y debidamente fundamentadas.
100. Así, respecto al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*«El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados.
(...)»*

Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda

establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.»¹⁸

101. De acuerdo con INPA, la Secretaría Técnica habría aplicado un trato diferenciado en relación con Servibendesa y Santa Rosa, al iniciar un procedimiento administrativo en su contra. Según INPA, al igual que dichos centros, no existirían indicios razonables de su participación en los acuerdos para fijar los valores de las cotizaciones en las convocatorias realizadas por EsSalud en los años 2010, 2011 y 2012.
102. Sobre el particular, la Secretaría Técnica no encontró indicios razonables de la participación de Servibendesa y Santa Rosa de la realización de acciones semejantes al conjunto atribuido a las Empresas Imputadas en el presente procedimiento; observándose que Servibendesa no presentó cotizaciones en los procedimientos imputados; y, Santa Rosa presentó en diversas oportunidades cotizaciones con valores mucho menores a los presentados por los Centros investigados.
103. Así, de los medios probatorios recabados por la Secretaría Técnica se puede constatar que el actuar de Servibendesa y Santa Rosa no se ajusta al parámetro desarrollado en el conjunto de acciones realizadas por los Centros investigados. Ello, a diferencia de INPA, la cual sí se habría presentado en el Concurso Público, y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria y, se habría abstenido de participar en dichos procesos bajo el esquema atribuido al resto de imputadas, tal como se verá más adelante.
104. Por lo tanto, siendo obligación de todo órgano de la Administración actuar de manera que a supuestos de hechos similares se apliquen las mismas consecuencias jurídicas; y, de dar un trato diferenciado a aquellas situaciones que presenten diferencias objetivas y debidamente fundamentadas, resulta válido el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador contra INPA, por la conducta que será materia de desarrollo posterior.

3.5 Sobre el ejercicio regular del derecho alegado por Ceer

105. La Secretaría Técnica señaló en la Resolución de inicio que los Centros presentaron una serie de denuncias y observaciones ante EsSalud y el OSCE para exigir a EsSalud el uso de las cotizaciones concertadas, argumentando en ellas que las abstenciones de los Centros eran consecuencia de la errónea determinación del valor referencial.
106. Por el contrario, según Ceer las acciones presentadas para exigir el uso de las cotizaciones constituyen parte del ejercicio regular de su derecho, precisando

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de marzo de 2006 recaída en el expediente 0004-2006-PI/TC.

que dichas acciones se encuentran amparadas por los artículos 56¹⁹ y 241²⁰ del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

107. Sobre el particular, la Comisión no desconoce el legítimo derecho que tienen las Empresas Imputadas de cuestionar eventuales irregularidades en un proceso de contratación pública. Sin embargo, ello no puede significar que el ejercicio de un derecho deba ser permitido en términos absolutos sin considerar límites para su adecuado ejercicio dentro del ordenamiento jurídico. Todo derecho debe ser ejercido de forma tal que no se conviertan en mecanismos de vulneración de otros derechos o bienes jurídicos tutelados por la Constitución y las demás normas. Asimismo, cualquier invocación a los derechos que las normas de contrataciones públicas otorgan a los participantes no puede suponer que en la realidad siempre haya tenido como resultado un ejercicio regular de estos. Por ello, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de estos derechos puede colisionar con otros derechos o con bienes constitucionalmente protegidos.

19

Decreto Supremo 184-2008-EF

Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de configurar las causales de exoneración.
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares. Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

20

Decreto Supremo 184-2008-EF

Artículo 241°.- Obligación de informar sobre supuestas infracciones

El Tribunal podrá tomar conocimiento de hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanción, ya sea de oficio, por petición motivada de otros órganos o Entidades, o por denuncia; siendo que en todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal.

1. Obligación de las entidades de informar sobre supuestas infracciones:

Inmediatamente advertida la existencia de indicios de la comisión de una infracción, las Entidades están obligadas a poner en conocimiento del Tribunal tales hechos, adjuntando los antecedentes y un informe técnico legal de la Entidad, que contenga la opinión sobre la procedencia y responsabilidad respecto a la infracción que se imputa.

Esta obligación será cumplida por la Entidad sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde para declarar la nulidad del proceso o, de ser el caso, del contrato, cuando se incurra en alguna de las causales previstas en el artículo 56° de la Ley.

2. Denuncia de terceros:

Los terceros podrán formular denuncias respecto a proveedores, participantes, postores, contratistas o árbitros, que puedan dar lugar a la imposición de las sanciones a las que se refiere la Ley y el presente Reglamento, para lo cual deberán acompañar el sustento de las imputaciones que formulan. En este caso, a requerimiento del Tribunal, las Entidades deben remitir la información correspondiente.

108. Una situación similar ocurre con el ejercicio del derecho de acción que se encuentra limitado por las normas de libre competencia. Así, aunque este derecho se encuentre tutelado a nivel constitucional, su ejercicio no puede tener como finalidad afectar otros bienes jurídicos tutelados por la misma Constitución, como es el caso de la libre competencia. Por ello, el ejercicio irregular de este derecho se encuentra sancionado por el artículo 10.2 inciso f) del Decreto Legislativo 1034²¹.
109. Como se ha señalado en la Resolución de Inicio, la presentación de denuncias y observaciones de los Centros ante EsSalud y el OSCE, en función al análisis global de la práctica, llevaron a concluir que dichos cuestionamientos constituirían indicios de la existencia de acciones destinadas a incidir en el valor referencial de las convocatorias, a efectos de incrementar finalmente el precio pagado por EsSalud a los centros de hemodiálisis.
110. Por tanto, la invocación del ejercicio legítimo o regular de un derecho sobre las acciones presentadas ante EsSalud y el OSCE no puede excluir a las mismas de su valoración como indicios de una conducta anticompetitiva, correspondiendo a esta Comisión verificar si dichas acciones evidencian la realización de la conducta imputada y permiten que esta sea acreditada.
111. En ese sentido, de constatarse que los escritos presentados ante el OSCE reflejan la existencia de una conducta anticompetitiva, ya sea transmitiendo información o compeliendo a la parte afectada, no podría estarse ante el ejercicio legítimo de un derecho ni afectando lo establecido en los artículos 56 y 241 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017.

3.6 Conclusiones

112. Luego de la revisión de las peticiones, nulidades y vulneraciones alegadas por las partes sobre los puntos previamente analizados, esta Comisión concluye lo siguiente:
- i. No resulta pertinente la actuación de los medios de prueba solicitados por Grau, Cono Norte y Cenper debido a que no resultan relevantes para la acreditación de los hechos materia de imputación
 - ii. Carece de objeto pronunciarse sobre la validez de la entrevista realizada al señor Villanueva debido a que dicha entrevista no ha sido utilizada por la Secretaría Técnica o esta Comisión en el presente procedimiento.
 - iii. La imputación de cargos formulada mediante la Resolución de Inicio no ha vulnerado el principio de tipicidad debido a que (i) la conducta investigada se encuentra expresamente reconocida en los artículos 11.1 inciso a y 11.2 del

²¹

Decreto Legislativo 1034

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

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como:

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.

Decreto Legislativo 1034; y (ii) la Secretaría Técnica ha cumplido con subsumir de manera adecuada los hechos materia de investigación al supuesto de hecho contenido en el tipo infractor, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos a) y b) del numeral 21.2 del Decreto Legislativo 1034, es decir, identificando el tipo infractor, los hechos asociados a este y los agentes involucrados.

- iv. Las investigaciones realizadas por la Secretaría Técnica se llevaron a cabo en el ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto Legislativo 1034.
- v. La imputación de cargos formulada mediante la Resolución de Inicio no ha violado el principio de igualdad y, por tanto, no ha aplicado un trato diferenciado a INPA. Ello debido a que no se encontró indicios razonables de la participación de Servibendesa y Santa Rosa de la realización de acciones semejantes al conjunto atribuido a las Empresas Imputadas, entre ellas INPA. En tal sentido, se aplicaron las consecuencias jurídicas en base a los hechos e indicios determinados en el presente procedimiento.
- vi. Las denuncias y observaciones formuladas por los Centros investigados no pueden dejar de ser consideradas como indicios de la conducta anticompetitiva investigada bajo el argumento de que forman parte del ejercicio regular de sus derechos. Ello, porque (i) las denuncias y observaciones constituyen indicios de la existencia de acciones por parte de los Centros investigados que tuvieron como objeto el incremento del precio pagado por EsSalud; y, (ii) el ordenamiento jurídico no ampara el ejercicio irregular del derecho o su utilización para afectar otros derechos o bienes tutelados en la Constitución.

113. Por todo lo expuesto en este Capítulo, esta Comisión considera que corresponde desestimar las peticiones, nulidades y argumentos de defensa formales planteados por las Empresas Imputadas.

IV. MARCO CONCEPTUAL

4.1 Prácticas colusorias horizontales: acuerdos y prácticas concertadas

114. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034²².

22

Decreto Legislativo 1034

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

(...)

115. Estas prácticas colusorias 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 clientes²³, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores.
116. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de precios o una reducción de la producción, de manera artificial y 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.
117. En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas de materializar estas conductas, entre las que se aprecian los acuerdos y las prácticas concertadas.
118. 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.
119. Por su parte, las prácticas concertadas son acuerdos en los que existen conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de pruebas directas, pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable²⁴.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

²³ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

²⁴ 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.

Asimismo, ver la 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.

120. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²⁵ definió a las prácticas concertadas como:

«[U]na forma de coordinación entre agentes económicos en el cual, sin que un acuerdo formal haya sido necesariamente concluido entre ellos, existe un nivel de cooperación práctica entre ellos que sustituye conscientemente los riesgos inherentes al proceso competitivo.»²⁶

121. En este tipo de conductas, el uso de indicios y presunciones resulta relevante para demostrar la existencia de una “voluntad común” entre competidores destinada a restringir o afectar el proceso competitivo, ante la ausencia de una prueba directa. Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido que esta “voluntad común” puede inferirse a partir de:

«[E]videncia que tienda a excluir la posibilidad de que [las partes] hayan actuado cada una de manera independiente. Esto es, debe existir evidencia directa o indirecta que lleve razonablemente a probar que [las partes] estuvieron comprometidas de manera consciente con un esquema común diseñado para conseguir un objetivo ilícito.»²⁷

122. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también ha establecido que, en casos particularmente complejos sobre infracciones a la libre competencia, no es necesario caracterizar a las conductas investigadas como acuerdos o prácticas concertadas²⁸, debido a que ambos conceptos:

«[C]omprenden formas de colusión que tienen la misma naturaleza y solo pueden distinguirse entre sí por su intensidad y por las formas en que estos se manifiestan en la realidad.»²⁹

4.2 La fijación concertada de precios

123. El artículo 11.1. inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se refiere a los acuerdos y otras conductas que tengan por objeto o efecto fijar de forma directa o indirecta los precios u otras condiciones comerciales, en los siguientes términos:

²⁵ Denominado desde el 2009 como “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, a raíz de la reforma introducida por el Tratado de Lisboa (que modificó varios aspectos del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) del 2007.

²⁶ Traducción libre de: “(...) a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition.” En: Caso 48/69, *ICI v Commission* (también conocido como “Dyestuffs”) [1972] ECR 619, párrafo 64.

²⁷ Traducción libre de: “(...) evidence that tends to exclude the possibility of independence 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”. En: *Monsanto Co. v. Spray-Rite Svc. Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del 20 de marzo de 1984.

²⁸ Ver: Casos acumulados T-305/94 y otros, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij v Commission* [1999] ECR II-931, párrafos 695 a 699; y, Caso C-49/92 P, *Commission v Anic Participazioni SpA* [1999] ECR I-4125, párrafos 132 y 133.

²⁹ Traducción libre de: “A comparison between that definition of agreement and the definition of a concerted practice (...) shows that, from the subjective point of view, they are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the forms in which they manifest themselves”. En: Caso C-49/92 P, *Commission v Anic Participazioni SpA* [1999] ECR I-4125, párrafo 131.

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

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

[Énfasis agregado]

124. Sobre el particular la Secretaría Técnica utilizó la disposición precedente para calificar dos aspectos de la conducta investigada, a saber, la existencia de un «objeto» o «efecto» anticompetitivo y la discriminación entre la fijación concertada «directa» o «indirecta» de los precios.
125. Al respecto, es importante precisar que no resulta necesario formular distinción entre hipótesis de fijación «directa» e «indirecta» de precios. A criterio de este colegiado, la mención en el artículo 11.1 tiene por único objetivo que los administrados reconozcan que la fijación de precios resulta sancionable independientemente del mecanismo utilizado, en la medida que una restricción en una variable competitiva esencial como el precio puede ser alcanzada por diversas vías, igualmente reprochables.
126. En ese sentido, conforme al artículo 11.2 corresponderá a la Comisión sancionar como prohibiciones absolutas aquellos acuerdos entre competidores independientes que restrinjan la competencia en precios (u otras condiciones comerciales o de servicio) bajo cualquier esquema o mecanismo concertado³⁰.

De hecho, es posible que, para limitar su detección, los cárteles adopten formas de determinar los precios distintas al incremento coordinado del precio final a sus clientes. Así, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos reconoce como esquemas comunes de fijación de precios, entre otros:

- La fijación o adhesión a un descuento coordinado.
 - El acuerdo para mantener los precios vigentes.
 - Las coordinaciones para eliminar o reducir descuentos.
 - La adopción coordinada de una fórmula para determinar los precios.
 - La coordinación sobre diferenciales de precios entre productos de distinto tipo o tamaño o en cantidades distintas.
127. Bajo este contexto, la Comisión tiene el deber de reprimir toda forma de concertación de precios, lo cual involucra tanto la determinación coordinada de un precio, como todas aquellas otras formas de concertación que influyen o puedan influir de manera decisiva sobre el precio al que los bienes o servicios son ofrecidos en el mercado. Lo esencial en el análisis de la conducta investigada consistirá en determinar si existió o no independencia en la formación y determinación de precios por parte de los agentes investigados.

³⁰

Así, por ejemplo, la Comisión ha sancionado acuerdos que restringen la competencia bajo la hipótesis de fijación de precios mínimos (véase la Resolución 009-2008/CLC, sobre concertación de primas y deducibles mínimos del SOAT, confirmada mediante Resolución 0857-2014/SDC-INDECOPI) y precios finales (véase la Resolución 031-2014/CLC-INDECOPI, sobre concertación del pasaje del servicio de transporte urbano en la provincia de Huaraz).

128. Como puede observarse, la fijación de precios puede presentarse en fases intermedias, esenciales, de la formación del precio. Así, bastará con acreditar que la coordinación resultaba suficiente para influir en los precios resultantes. Asimismo, cabe reiterar que este tipo de restricciones son sancionables con independencia de sus efectos concretos sobre el mercado o del éxito relativo de la conducta.

Sobre el particular, mediante Resolución 040-2014/CLC-INDECOPI, esta Comisión sancionó al Colegio de Ingenieros del Perú (CIP) y a la Asociación Peruana de Consultoría (APC) por una práctica colusoria horizontal dirigida a influir sobre los valores referenciales y las tarifas aplicables a los servicios de consultoría de ingeniería y consultoría de obras de Proviás Nacional, mediante recomendaciones a sus asociados para respetar determinados rangos y valores mínimos aplicables a los estudios de mercado y procesos de selección realizados por dicha entidad.

4.3 Estándar de prueba aplicable a las prácticas colusorias horizontales

129. Los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 1034 establecen las reglas de la carga de la prueba aplicables a la prohibición absoluta y a la prohibición relativa³¹. Así, los casos sometidos a una prohibición absoluta se caracterizan porque, para declarar la existencia de una infracción administrativa, basta que se demuestre la existencia de la conducta investigada. Por su parte, los casos sometidos a una prohibición relativa se caracterizan porque, además de probar la existencia de la conducta investigada, se debe verificar que esta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores³².
130. Esta distinción normativa responde a la existencia de amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado, lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta.
131. Específicamente, se encuentran sometidas a una prohibición absoluta las prácticas colusorias horizontales, *inter marca*, que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos (es decir, los denominados acuerdos

³¹

Decreto Legislativo 1034

Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

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

Artículo 9.- Prohibición relativa.-

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

³²

Cabe precisar que, en los casos sometidos a una prohibición relativa, los investigados pueden demostrar que, a pesar de haber cometido la conducta investigada, ésta genera o podría generar efectos positivos o eficiencias en el mercado. En este escenario, la autoridad de competencia deberá hacer un balance entre los efectos negativos o anticompetitivos que ha identificado y los efectos positivos o procompetitivos que han demostrado los investigados. Si el balance es positivo, no se habrá configurado una infracción.

desnudos), y que tienen por objeto: a) la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación de la producción o de las ventas; c) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) las licitaciones colusorias o *bid rigging*, según lo establecido taxativamente en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034.

4.4 Medios probatorios reconocidos por el Decreto Legislativo 1034

132. En los procedimientos sobre prácticas colusorias horizontales sujetas a la prohibición absoluta (carteles), la autoridad se encuentra en la necesidad de acreditar la ocurrencia de actos que suelen ser ocultados por sus participantes, toda vez que al ser conscientes de la ilegalidad de estos actos, las empresas involucradas suelen desenvolverse de tal manera que dificultan la detección de la conducta investigada, reduciendo la cantidad de documentación que puede ser recabada por la autoridad de competencia para acreditar la existencia de una práctica colusoria. Es así que muchas estrategias anticompetitivas y coordinaciones relacionadas con ellas no son realizadas o plasmadas en medios escritos, o en general registradas, evitando con ello la generación de documentos inculpatorios.
133. Por dichas razones, el artículo 28 del Decreto Legislativo 1034 reconoce a la Secretaría Técnica la utilización de distintos medios probatorios para probar este tipo de conductas, tales como documentos, declaraciones de parte, testimonios, inspecciones y pericias, habilitando a la Secretaría Técnica a utilizar cualquier otro medio probatorio que a criterio de ella sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados.
134. En el mismo sentido, el artículo 166 de la Ley 27444 establece que los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir el resultado de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa³³. Como puede advertirse, considerando que no existen pruebas tasadas, cualquier tipo de medio probatorio servirá para acreditar la comisión de una práctica colusoria, incluidos los sucedáneos de los medios probatorios constituidos por los indicios y presunciones.
135. Los sucedáneos de los medios probatorios son auxilios establecidos por la ley o asumidos por la autoridad para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos. Dentro de los sucedáneos de los medios probatorios se encuentran los indicios, entendidos como aquellos actos, circunstancias o signos, suficientemente acreditados, que adquieren significación en su conjunto cuando conducen a la autoridad a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia. Por su parte, la presunción es el razonamiento lógico-crítico que, a partir de uno o más indicios, lleva a la autoridad a la certeza del hecho investigado. Cabe señalar que el uso de los sucedáneos de los medios

33

Ley 27444

Artículo 166.- Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa. (...)

probatorios está reconocido por el Código Procesal Civil³⁴, norma de aplicación supletoria al presente procedimiento.

136. La interrelación entre el indicio y la presunción consiste en que, a partir de uno o más indicios, se puede presumir como cierta la ocurrencia de un hecho. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, se puede obtener inferencias que permitan a la autoridad presumir el hecho indicado. Los indicios son la fuente de donde se obtiene la presunción. Aquéllos son los hechos y esta el razonamiento conclusivo.
137. Así, los indicios son hechos que se acreditan por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a utilizar. Probada la existencia de los indicios, la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para inferir del conjunto de indicios la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento. Negar la utilización de los sucedáneos de los medios probatorios sería negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.
138. Cabe recordar que la Comisión, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, el Tribunal) y la autoridad jurisdiccional correspondiente han reconocido la utilización de la prueba indiciaria para el análisis de conductas anticompetitivas en diversas oportunidades.
139. Así, por ejemplo, en el procedimiento seguido por denuncia de Petróleos del Perú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios en los procesos de selección convocados por la denunciante para la adquisición de cilindros de acero, la Comisión sancionó a las denunciadas basando su decisión en el uso de indicios y presunciones. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente³⁵:

«... [S]i bien en el presente procedimiento no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de convenios o acuerdos entre las empresas denunciadas respecto de los precios y/o volúmenes ofertados a Petroperú, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una nutrida competencia a nivel de precios, hechos que de ninguna manera parecen responder a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas, más aun cuando los costos de transacción para concretar un acuerdo contrario al Decreto Legislativo N° 701 se ven notablemente reducidos por la existencia de un duopolio en el mercado analizado.»

34

Código Procesal Civil

Artículo 275. Finalidad de los sucedáneos.- Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.

Artículo 276. Indicio.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

Artículo 277. Presunción.- Es el razonamiento lógico crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal o judicial.

35

Resolución 004-97-INDECOPI-CLC del 21 de febrero de 1997, página 7.

La decisión de la Comisión fue confirmada por el Tribunal, a partir de los mismos indicios y presunciones. Sobre el particular, el Tribunal señaló lo siguiente³⁶:

«... [E]sta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que, en el presente caso, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una fuerte competencia a nivel de precios que no responden a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas.

(...)

La sucesión de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartición del mercado, constituyen elementos de prueba que crean convicción en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas.»

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia confirmó esta decisión³⁷, estableciendo que los indicios y presunciones identificados servían para sancionar la actuación de Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A.

140. Del mismo modo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Electro Sur Este S.A.A. contra Inti E.I.R.L., Percy Enríquez Esquivel y Quiroga Contratistas Generales S.R.L., por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación en el Concurso Público para la “Renovación de Redes de Distribución Secundaria de la Zona Céntrica de Puerto Maldonado S.S.E.E. 211, 405, 305 311”, nuevamente, la Comisión sancionó a las denunciadas basando su decisión en el uso de indicios y presunciones. Al respecto, la Comisión señaló lo siguiente³⁸:

«Es conveniente precisar que tanto la Comisión de Libre Competencia como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi se han pronunciado en el sentido de declarar que este tipo de coincidencias resultan fuertes indicios de concertación, dentro de procesos de adquisición pública realizados a través de concursos con propuestas presentadas en sobre cerrado y mediante invitación a ofrecer.

(...)

De otro lado, esta Comisión considera que los indicios de concertación detallados previamente, evaluados de forma integral y en conjunto, no permiten encontrar una explicación razonable para justificar todas las coincidencias encontradas, sin dejar de pensar en la existencia de un acuerdo previo entre los postores del Proceso de Adjudicación Directa.»

141. De manera más reciente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la utilización de la prueba indiciaria en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la libre competencia, con motivo del procedimiento seguido de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Messer Gases del Perú S.A. y Aga S.A., resuelto en julio de 2013, conforme se aprecia a continuación:

«En suma, la prueba indiciaria representa uno de los mecanismos con que el derecho responde frente a la labor de esclarecer conductas infractoras que permanentemente varían y que se encuentran cuidadosamente planificadas a fin de evadir las nuevas regulaciones

³⁶ Resolución 255-97-TDC del 22 de octubre de 1997, páginas 12 y 13.

³⁷ Resolución del 8 de junio de 2000 de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (A.V. 71-98).

³⁸ Resolución 017-2000-INDECOPI/CLC del 18 de noviembre de 2000, página 9.

legales sobre determinación de conductas infractoras. De este modo, el derecho sancionador tiene en la prueba indiciaria una de sus mayores herramientas, sino la más importante, a fin de garantizar la real obtención de certeza material que permita concluir sobre la imputación de responsabilidad o, finalmente, su desestimatoria.

(...)

A partir de la lectura de lo establecido en el artículo 275 del Código Procesal Civil, se aprecia que el legislador es expreso al esclarecer la finalidad de los sucedáneos de los medios probatorios, como lo es el indicio, precisando que estos podrán complementar un medio de prueba o sustituirlo. Es precisamente dicha labor de sustitución la que grafica la validez plena del indicio como medio de prueba, lo cual tiene correlato en la doctrina autorizada que, en sintonía con lo señalado, coincide al reconocer el carácter de medios de prueba de los indicios.»³⁹

142. En consecuencia, no es necesario encontrar una prueba directa, como un documento firmado o la grabación de una reunión, para acreditar que determinadas empresas acordaron restringir la competencia sino que basta con que los indicios y presunciones determinados por la autoridad de competencia permitan comprobar la existencia de una práctica colusoria.

V. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO INVESTIGADO

143. La conducta investigada se encuentra asociada a las convocatorias públicas por parte de EsSalud para brindar servicios de hemodiálisis con reuso de filtros, en centros especializados, a pacientes con Enfermedad Renal Crónica (ERC), convocatorias que fueron realizadas a nivel de Lima y Callao entre los años 2010 y 2012.
144. De acuerdo con EsSalud, una ERC⁴⁰ es la incapacidad de los dos riñones para cumplir adecuadamente las funciones de eliminar impurezas y toxinas, así como los líquidos sobrantes del torrente sanguíneo.
145. La ERC, también denominada enfermedad de insuficiencia renal⁴¹, puede ser disminuida, e inclusive detenida, si se controlan las causas principales, como son la diabetes y la hipertensión arterial⁴².
146. Al respecto, de acuerdo con EsSalud, de los 10 mil pacientes con daño renal permanente y en diálisis, 3300 llegaron a esa situación a causa de la

³⁹ Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, páginas 60 y 62.

⁴⁰ De acuerdo con la Enciclopedia Salud: "Un proceso de diálisis consiste en separar de un medio líquido las partículas de distinto tamaño utilizando una membrana semipermeable con poros. La hemodiálisis o diálisis renal consiste en aplicar el principio general de la diálisis para filtrar la sangre mediante una membrana situada en un riñón artificial". Disponible en: <http://www.enciclopediasalud.com/definiciones/hemodialisis>

⁴¹ La ERC, también denominada insuficiencia renal crónica, es «la pérdida progresiva e irreversible de la función renal. Se inicia con el deterioro progresivo del volumen de filtrado glomerular por el reclutamiento de nefronas dañadas, al que se agregan los trastornos tubulares de homeostasis y finalmente la falla de las funciones hormonales del órgano». Véase: <http://med.unne.edu.ar/catedras/catedra6/libro/archivo17.pdf>

⁴² Boletín Tecnológico EsSalud. Evaluación de Tecnologías en Salud. N° 20. Año 2006. P.1.

hipertensión arterial (30%), mientras que el 40% de los pacientes se debieron a la diabetes, enfermedad que afecta a 1 de cada 10 adultos⁴³.

147. Asimismo, según el CNSR, se estima que en nuestro país aproximadamente el 30% de los adultos mayores tiene ERC, observándose que a finales del 2012 se atendieron a 9,258 pacientes en diálisis, de los cuales un 58% estuvo concentrado en las Redes Asistenciales Rebagliatti (23%), Almenara (20%) y Sabogal (14%) siendo la edad promedio del paciente los 58 años⁴⁴.
148. En la misma línea, el CNSR indicó que la función renal se agrava en las personas mayores de 40 años en 1% cada año, alcanzando el 10% después de los 50 años. En ese sentido, es posible decir que los problemas de función renal alcanzan principalmente a las personas adultas, mayores de los 40 años. Dada esta propensión, es factible suponer que este grupo de personas sea quienes demanden el servicio de hemodiálisis.
149. De acuerdo con la Sociedad Chilena de Nefrología, existen 5 estadíos⁴⁵ de la ERC, siendo el quinto estadío la denominada Enfermedad Renal Crónica Terminal (ERCT). Los pacientes que alcanzan dicho estadío reciben tratamientos de reemplazo o sustitución de la función renal, porque se pone en riesgo su supervivencia en el muy corto plazo.

Tabla 1
Clasificación de Enfermedad Renal Crónica

Estadío ERC	VFG (ml/min/1,73 m²)	Descripción (Factores de riesgo ERC)
1	Mayor a 90	VFG normal con daño renal
2	Entre 60 y 89	VFG levemente reducida con daño renal
3	Entre 30 y 59	VFG moderada reducida
4	Entre 15 y 29	VFG severamente reducida
5	Menor a 15 (o diálisis)	Falla renal terminal

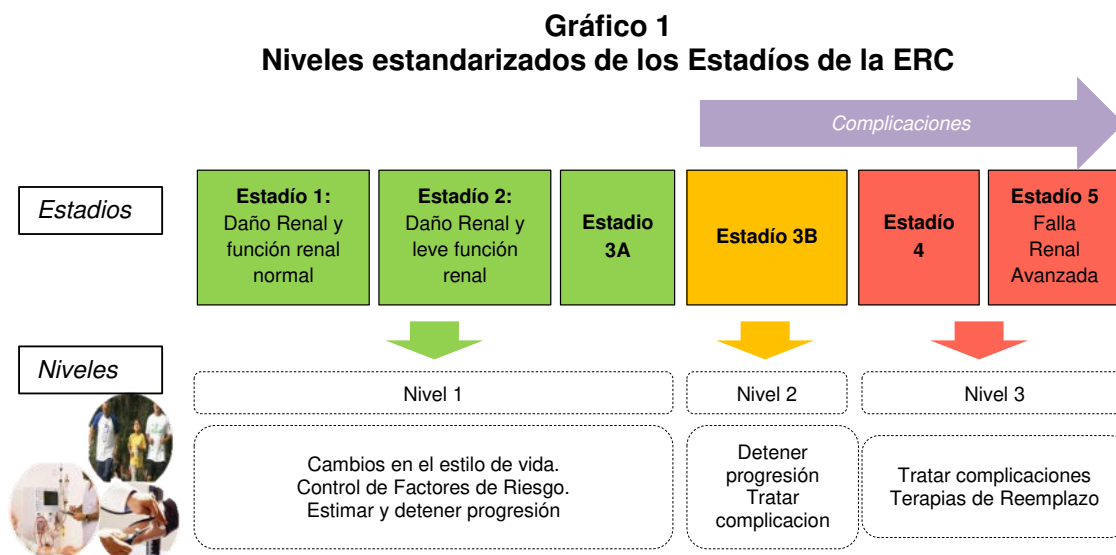
ERC: Enfermedad Renal Crónica, VFG: Velocidad de Filtración Glomerular, VFG > 60: sin daño renal
Fuente: *Enfermedad renal crónica: Clasificación, identificación, manejo y complicaciones. Sociedad Chilena de Nefrología*

⁴³ De acuerdo con EsSalud. Disponible en:
<http://www.essalud.gob.pe/essalud-30-de-adultos-mayores-sufren-enfermedad-renal-cronica/>

⁴⁴ De acuerdo con EsSalud. Disponible en:
<http://www.essalud.gob.pe/essalud-30-de-adultos-mayores-sufren-enfermedad-renal-cronica/>

⁴⁵ Dichos estadíos se determinan en función a la Velocidad de Filtración Glomerular (VFG), que según la Sociedad Chilena de Nefrología: "se define como el volumen de plasma depurado de una sustancia ideal por unidad de tiempo (expresada en ml/minuto). La sustancia ideal es la que filtra libremente a través del glomérulo y no se secreta ni reabsorbe en el túbulo renal".
FLORES, Juan; ALVO, Miriam; BORJA, Hernán; MORALES, Jorge; VEGA, Jorge; ZÚNIGA, Carlos; MÜLLER, Hans y MÜNZENMAYER, Jorge. Enfermedad renal crónica: Clasificación, identificación, manejo y complicaciones. 2009. Suplemento de la Sociedad Chilena de Nefrología. Revista Médica de Chile 2009, 137. P.152.

150. Según EsSalud, se ha buscado estandarizar los criterios de manejo de casos de ERC⁴⁶, agrupando las etapas o estadios de la ERC en 3 niveles, lo cual permite determinar qué acciones seguir en el tratamiento de la ERC, como se puede ver en el siguiente gráfico.



Fuente: EsSalud. Red Rebagliatti
Elaboración: Secretaría Técnica

151. El nefrólogo es el médico capacitado para el diagnóstico del estadio de la ERC mediante criterios universalmente aceptados. Estos criterios, de acuerdo con la Guía Latinoamericana de Prácticas Sobre la Prevención, Diagnóstico, y Tratamientos de los Estadios 1-5 de la ERC⁴⁷, se basa en determinar principalmente los niveles de creatinina⁴⁸, mediante exámenes de sangre o de orina. Dependiendo de los niveles de creatinina se podrá determinar si los riñones están filtrando la sangre de manera adecuada. Esta medición se conoce como la velocidad de filtración glomerular (VFG). Cuando la VFG calculada es menor a 15, se considera que el paciente tiene ERCT y el nefrólogo determinará como continuar el tratamiento, mediante diálisis o trasplante renal⁴⁹.
152. Existen dos (2) técnicas de diálisis utilizadas para el tratamiento de la ERCT: (i) la hemodiálisis y (ii) la diálisis peritoneal.⁵⁰ En ambos casos, se busca

⁴⁶ Guía de Práctica Clínica del Manejo de la Enfermedad Renal Crónica. Resolución de Gerencia Central de Prestaciones de Salud N° 028-GCPS-ESSALUD-2010, Año 2010.

⁴⁷ Guía Latinoamericana de Prácticas Sobre la Prevención, Diagnóstico, y Tratamientos de los Estadios 1-5 de la ERC Disponible en: http://www.senefro.org/modules/news/images/lacpg_ckd_electrver_0712.pdf

⁴⁸ La creatinina es un subproducto químico producido de descomposición de la creatina. La creatina es un químico producido por el cuerpo y que se utiliza para proporcionar energía a los músculos. Disponible en: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003475.htm>

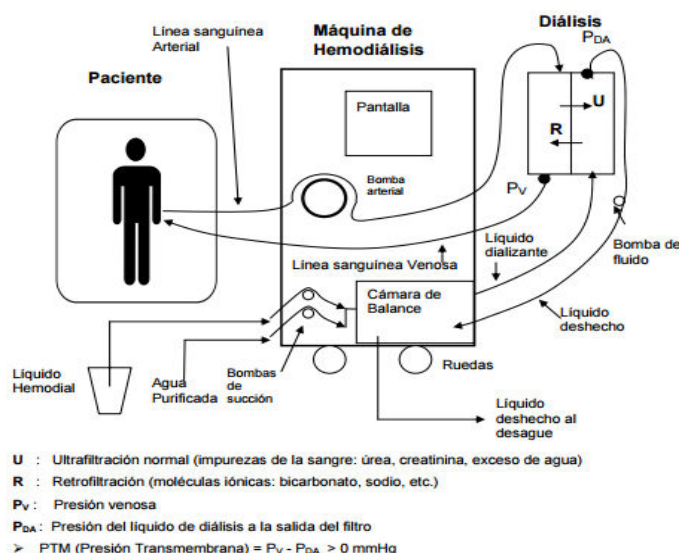
⁴⁹ Boletín Tecnológico EsSalud. Evaluación de Tecnologías en Salud. N° 20. Año 2006. P.1.

⁵⁰ Disponible en. <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/hemodialisis>

reemplazar las funciones del riñón por medio de máquinas y aparatos especializadas que permitan eliminar los productos residuales del metabolismo de la persona sin que ello implique alterar el equilibrio hidroelectrolítico⁵¹ y restableciendo el equilibrio ácido básico⁵².

153. En particular, el servicio de hemodiálisis⁵³ es una técnica de la diálisis para el tratamiento de pacientes con ERCT que consiste en ingresar la sangre del paciente mediante un circuito extracorpóreo (fuera del cuerpo) por un filtro denominado dializador, eliminando el agua y las sustancias retenidas con la finalidad de regular el equilibrio ácido-básico de la sangre. Para tal fin, se emplea una máquina de Hemodiálisis, también denominada *Riñón Artificial*. El tiempo normal de cada sesión de hemodiálisis es de 3 a 4 horas y se realiza 3 veces por semana en hospitales o establecimientos de salud acondicionados para tal fin.

Gráfico 2
Procedimiento de hemodiálisis



Fuente: Boletín Tecnológico EsSalud

154. EsSalud da cobertura a los asegurados y sus derechohabientes a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación,

⁵¹ El equilibrio hidroelectrolítico está relacionado con el nivel de líquidos existente en el cuerpo humano que entran y salen de los vasos sanguíneos. Estos líquidos están formados por tres tipos de elementos: (i) agua, (ii) electrolitos y (iii) otras sustancias. Los líquidos del cuerpo humano están divididos en: (i) líquido extracelular y (ii) líquido intracelular. Disponible en: http://www.grupocto.es/web/editorial/pdf/ANEXO_OPN/Anexo_EQUILIBRIO_HIDROELECTROLITICO.PDF

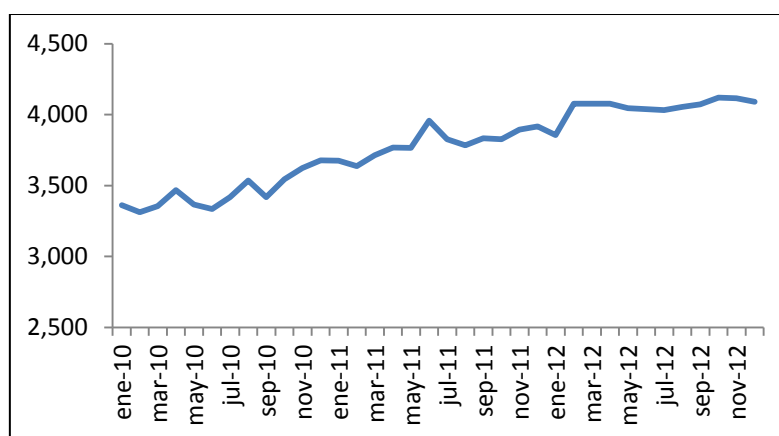
⁵² El equilibrio ácido básico está relacionado con el equilibrio del pH a nivel celular, debido a que el metabolismo del cuerpo humano genera iones de hidrógeno y que la concentración de estos iones influyen en casi todos los sistemas enzimáticos del organismo. Disponible en http://ocw.uniovi.es/pluginfile.php/1684/mod_resource/content/1/ácido-base.pdf

⁵³ Piazza Roberts. La Hemodiálisis en el Perú. Trabajo de Incorporación como Académico de Número de la Academia Nacional de Medicina. Julio 2012. Disponible en: http://www.acadnacmedicina.org.pe/publicaciones/anal_2000/XII_LAHMODIALISISENELPERU.pdf

rehabilitación, prestaciones económicas y sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos⁵⁴.

155. En ese sentido, para dar atención a los pacientes con ERCT, EsSalud cuenta con el CNSR⁵⁵, que integra la Red de Prestaciones de Salud de Alta Complejidad del III Nivel de Atención, que brinda, por ejemplo, prestaciones de diálisis a los asegurados y derechohabientes con ERCT que son referidos por las Redes Asistenciales de Lima⁵⁶.
156. No obstante, debemos mencionar que para atender la creciente demanda de los servicios de hemodiálisis, EsSalud terceriza una parte de los servicios de sus redes asistenciales a empresas privadas denominadas centros de hemodiálisis, realizando la tercerización en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado.
157. En efecto, de acuerdo con la información brindada por EsSalud, el número de pacientes de hemodiálisis atendidos en Lima y Callao pasó de 3,362 en enero del 2010 a 4,090 en diciembre del 2012, lo cual significó un incremento de 22%.

Gráfico 3
Pacientes con ERC atendidos por los Centros de hemodiálisis 2010-2012



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

158. Como alcance adicional, EsSalud indicó que los Centros de hemodiálisis atienden a la mayor cantidad de pacientes con ERCT de Lima y Callao. Al respecto, en el 2009 el porcentaje de pacientes dirigido a los centros de

⁵⁴ Artículo 1 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud.

⁵⁵ Reglamento de Organización y Funciones del Centro Nacional de Salud Renal aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 426-PE-ESSALUD-2007.

⁵⁶ Las redes asistenciales de EsSalud están conformadas por Hospitales, Policlínicos, Postas y Centros Médicos. En Lima EsSalud presenta 3 redes asistenciales: la red Rebagliatti Tipo A, la red Almenara Tipo A y la red Sabogal Tipo A.

hemodiálisis fue de aproximadamente 77% del total de pacientes atendidos en Lima, mientras que el 23% restante fue atendido por el CNSR⁵⁷.

Tabla 2
Pacientes de EsSalud atendidos con Hemodiálisis en Lima
Diciembre 2009

Entidades	Nº Pacientes	Participación
EsSalud	916	22.1%
centros de Hemodiálisis	3,234	77.9%
Total	4,150	100.0%

Fuente: Oficina de Gestión y Desarrollo de Salud Renal-CNSR/EsSalud
Elaboración: Secretaría Técnica

159. EsSalud utilizó distintas modalidades de contratación para el servicio de hemodiálisis en el periodo 2010-2012. Dichas modalidades de contratación efectuadas bajo el marco de las contrataciones públicas⁵⁸ fueron:

- **Concurso Público:** Se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza. Se aplican los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público⁵⁹.

En el supuesto que el concurso público sea declarado desierto, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía derivado⁶⁰. El proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de

⁵⁷ De acuerdo con la Oficina de Gestión y Desarrollo de Salud Renal a diciembre del 2009. Ver Resolución de Inicio.

⁵⁸ Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

⁵⁹ **Decreto Legislativo 1017**

Artículo 16.- Licitación pública y concurso público

La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras. El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza.

En ambos casos, se aplican los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público.

⁶⁰ **Decreto Legislativo 1017**

Artículo 32.- Proceso de selección desierto

El Comité Especial otorga la Buena Pro en una licitación pública, concurso público o adjudicación directa aún en los casos en los que se declare como válida una única oferta.

El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta; y, parcialmente desierto cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente

La declaración de desierto de un proceso de selección obliga a la Entidad a formular un informe que evalúe las causas que motivaron dicha declaratoria, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente, bajo responsabilidad.

En el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía.

El proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de selección declarado desierto, debe contar con las mismas formalidades del proceso principal.

Para otorgar la Buena Pro en los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Subasta Inversa se requerirá la existencia de dos (2) ofertas válidas como mínimo; de lo contrario, el proceso se declarará como desierto.

selección declarado desierto, debe contar con las mismas formalidades del proceso principal.

- **Adjudicación de menor cuantía:** Se aplica a las contrataciones que realice una entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público.
- **Compra directa:** Corresponde a la adquisición realizada de manera directa por parte de las entidades, sin derivarlas al sistema de contrataciones del Estado y se deben realizar hasta por un monto de 3 UIT.

160. Resulta pertinente diferenciar las modalidades de contratación referidas, a partir de la utilización de 2 clasificaciones para su agrupación: (i) procesos de selección de gran envergadura, comprendiendo a los concursos públicos y los derivados de esta y (ii) procesos de selección de menor envergadura, comprendiendo a las adjudicaciones de menor cuantía y las compras directas.
161. De acuerdo con información del OSCE, en 2010 EsSalud convocó 451 adjudicaciones de menor cuantía (en adelante, AMC), que ascendieron a un valor total de S/. 199,860 cada una, siendo el valor referencial establecido por sesión de hemodiálisis de S/. 172.89, que consideraba la prestación de 1,156 sesiones para ejecutarse en periodos menores a 60 días. Sobre el particular, 61 AMC se convocaron por segunda vez, 15 por tercera vez, 5 por cuarta vez y 1 hasta por quinta vez. Habiéndose adjudicado todas ellas a los centros de hemodiálisis que operaban en Lima y Callao.
162. De otro lado, en dicho año EsSalud inició la contratación del servicio de hemodiálisis a través de compras directas, habiéndose registrado un número de 360 en febrero y 750 en marzo, haciendo un total de 1,110⁶¹ en el año 2010.
163. Para el año 2011, EsSalud convocó 1,589 AMC, con un valor promedio de S/. 39,900 por cada AMC, siendo el valor referencial a contratar de S/. 172.89 por sesión de hemodiálisis, que equivalía a un número de 230 sesiones. Al respecto, los montos de estas AMC fueron inferiores a las convocadas en el año 2010 debido a que EsSalud en 2011 pasó a formar parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), situación que motivó la reducción de los montos por AMC.
164. Paralelamente a las 1,589 AMC realizadas, en 2011 EsSalud incrementó sustancialmente sus compras directas para la contratación del servicio de hemodiálisis, habiéndose registrado un número total de 136,886 de este tipo de contrataciones, siendo los meses de agosto y diciembre los que registraron el mayor número de ellas, con 32,683 y 34,549, respectivamente.
165. En 2012, EsSalud cambió la modalidad de contratación del servicio de hemodiálisis, siendo las compras directas la única forma de contratación, y dicha entidad deja de contratar por medio de AMC como lo había hecho en años

⁶¹ Información proporcionada por EsSalud.

anteriores. Así, el número de compras directas ascendió a 425,566, habiéndose registrado las mayores contrataciones entre los meses de mayo y diciembre de 2012 con un número de 45 mil compras directas en promedio.

VI. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

6.1 Sobre la conducta materia de imputación

166. La Secretaría Técnica inició un procedimiento sancionador imputando a los Centros investigados y a los señores Miguel de la Mata, Aurelio Cesti y Raúl Barrios la realización de un acuerdo de fijación de precios en el mercado de contratación pública del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, con ocasión del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el marco de los cuales se habría realizado acciones para influenciar el valor referencial determinado por EsSalud, como parte de un acuerdo de fijación del precio vigente en el mercado.
167. En ese sentido, según la Secretaría Técnica, a través de esta conducta colusoria se habría pretendido fijar el precio pagado a los Centros, mediante la presentación de cotizaciones⁶² a EsSalud con valores concertados.
168. En esta situación, la Secretaría Técnica identificó que los Centros investigados realizaron una serie de acciones adicionales para dar mayor efectividad a su conducta colusoria, compeliendo a EsSalud a acatar los valores de sus cotizaciones mediante las siguientes acciones: (i) la abstención conjunta en los procesos de selección de gran envergadura; y, (ii) la presentación de denuncias y observaciones ante EsSalud y OSCE. Así por medio de estas medidas habrían pretendido alcanzar el efecto de su conducta.
169. Es así que la conducta habría tenido por objeto la presentación ante EsSalud de cotizaciones con valores consensuados por los Centros, brindando información del mercado distinta a la existente en un escenario competitivo. La utilización de esta información por parte de EsSalud, en caso de no haberse percatado de su carácter consensuado, habría implicado el incremento del límite superior para la presentación de propuestas económicas (denominado valor referencial) permitiendo a los Centros de hemodiálisis incrementar el precio recibido en función a este nuevo valor máximo, materializando el objeto de su acuerdo.
170. Esta conducta es corroborada por la primera de las acciones adicionales, que habría consistido en la abstención conjunta de los Centros a los procesos de selección de gran envergadura. Ello a fin de que se convoque nuevamente a un proceso de selección en donde puedan ser acogidos los valores de sus cotizaciones, condicionando en la práctica la participación de los Centros al incremento del valor referencial establecido.

⁶²

Como parte de los requisitos para convocar el concurso público y/o adjudicaciones por menor cuantía, EsSalud debe realizar un *estudio de posibilidades que ofrece el mercado*, que considera la solicitud de cotizaciones a los proveedores del servicio de hemodiálisis materia de la convocatoria, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado (D.Leg. N° 1017) y su Reglamento (D.S. N° 184-2008-EF).

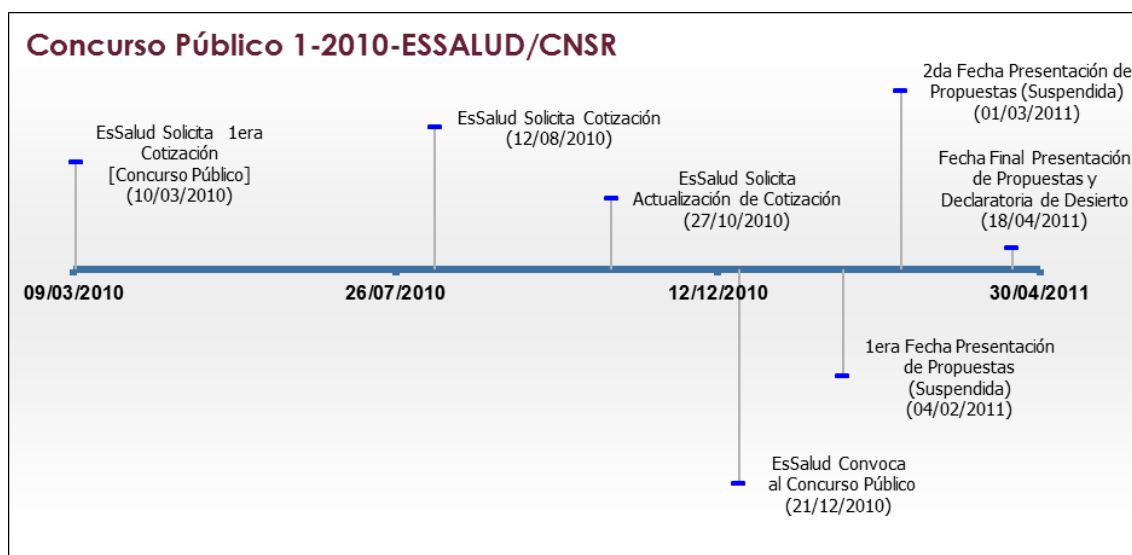
171. De manera semejante, la segunda acción adicional habría permitido manifestar a EsSalud la necesidad de la utilización de las cotizaciones presentadas y la intención de algunos Centros investigados de seguir absteniéndose en los procesos de selección de gran envergadura en caso no se incrementara el valor referencial para la contratación del servicio de hemodiálisis, corroborando en la práctica la existencia de la conducta imputada.
172. Debido a ello, corresponde a esta Comisión verificar la existencia de medios probatorios que acrediten la realización concertada de la conducta imputada. No obstante, de manera discordante con la propuesta desarrollada por la Secretaría Técnica, esta Comisión considera que a efectos de verificar a nivel individual la participación de cada uno de los Centros en cada uno de los episodios de la conducta imputada se deberá constatar que cada Empresa Imputada realizó de manera simultánea la conducta y la primera acción adicional, a efectos de comprobar de manera fehaciente su participación en el acuerdo materia de investigación. En tal sentido, se deberá verificar la presentación consensuada de cotizaciones y la abstención conjunta al proceso de selección analizado.
173. Por ende, de no comprobarse en un episodio particular de la conducta la realización simultánea de estas dos acciones por parte de una de las Empresas Imputadas, esta Comisión procederá a excluir su participación en la conducta en dicho episodio.
174. Por último, esta Comisión puede observar que la presentación de denuncias y observaciones solo constituiría un indicio adicional que corroboraría la materialización de la conducta materia de imputación, mas no implicaría un elemento trascendental para su materialización.

6.2 Procesos de selección materia de investigación

175. Como parte de su labor de brindar acceso oportuno a prestaciones de salud, EsSalud brinda a sus asegurados que padecen ERCT el tratamiento de hemodiálisis con reúso de filtro por intermedio del CNSR.
176. Para brindar este tratamiento el CNSR, en su calidad de órgano desconcentrado de EsSalud, convoca por intermedio de su área logística la contratación de terceros para la prestación de este servicio, debido a que su capacidad no le permite atender de manera directa a la totalidad de pacientes que requieren este tratamiento.
177. En dicho contexto, el CNSR procedió en el año 2010 a elaborar las bases del concurso público que convocaría, solicitando para ello en dos oportunidades cotizaciones que le permitieran informarse del precio esperado por los proveedores del servicio de hemodiálisis con reúso, a efectos de que ello, junto con otras fuentes, permitiera determinar el monto máximo de las ofertas económicas que recibiría.

178. Tras ello, y luego de convocar al Concurso Público, este fue declarado desierto en abril de 2011 debido a que ningún proveedor presentó propuestas, motivando que el CNSR convocara nuevamente a un proceso de selección.

Gráfico 4
Principales etapas del Concurso Público



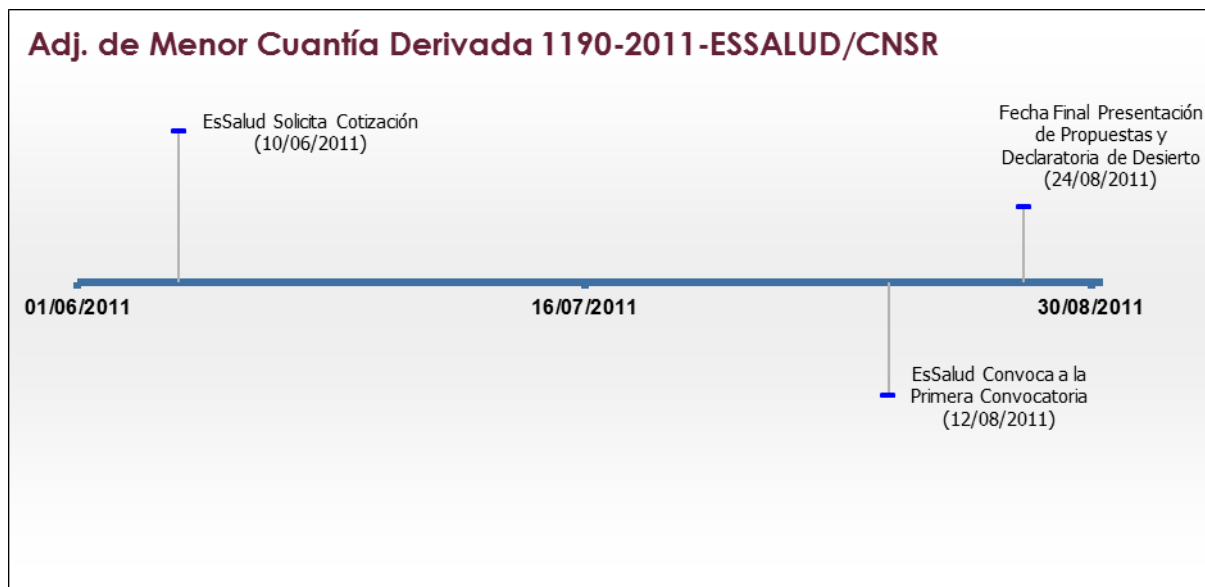
Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

179. Es así que el CNSR procede a convocar a la AMC Derivada en su Primera Convocatoria, requiriendo previamente cotizaciones a efectos de determinar el valor referencial en este proceso, el cual finalmente fue declarado desierto por la ausencia de postores.

[Continúa en la página siguiente]

Gráfico 5
Principales etapas de la AMC Derivada en su Primera Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

180. Esta situación de realización de un nuevo proceso y posterior declaratoria de desierto persistió después al realizarse la AMC Derivada en su Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, procesos de selección desarrollados por el CNSR para contratar el servicio de hemodiálisis con reúso de filtro que no pudo ser adjudicado ante la ausencia de postores presentada en cada convocatoria anterior.

[Continúa en la página siguiente]

Gráfico 6
Principales etapas de la AMC Derivada en su Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

181. En ese sentido, esta Comisión identifica que los procesos de selección vinculados con la imputación realizada se encuentran constituidos por el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, teniendo origen cada uno de estos cuatro últimos en la declaratoria de desierto de aquel procedimiento realizado de manera anterior.

6.3 Existencia de un consenso entre los Centros investigados para la presentación de cotizaciones homogéneas con valores mayores a los pagados por EsSalud

182. A continuación se examinará algunas de las entrevistas y correos electrónicos que fueron obtenidos en el marco de la labor de investigación de la Secretaría Técnica, provenientes de algunos de los Centros, a efectos de verificar la existencia del consenso imputado.
183. Para tales efectos, se detallará en primer lugar fragmentos de tres entrevistas realizadas a distintas Empresas Imputadas, los cuales nos permitirán evidenciar de manera general el consenso entre los Centros investigados para la presentación de cotizaciones homogéneas en los procesos de selección de gran envergadura.
184. Asimismo, luego se detallarán los medios probatorios que verificarían la presencia de la conducta colusoria en la Cuarta Convocatoria; radicando su importancia en que gracias a ellos se ha podido evidenciar la dinámica bajo la

cual se ejecutaba propiamente la conducta, identificándose los elementos claves o secuenciales de la misma.

185. Así, dicha constatación nos permitirá finalmente analizar la ejecución de la conducta en el Concurso Público y en la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera Convocatoria, para así poder determinar el verdadero alcance temporal de la práctica.

6.3.1. *Medios probatorios que refieren a la existencia de un consenso entre los Centros investigados para la presentación de cotizaciones homogéneas en los procesos de selección de gran envergadura*

186. La Entrevista 1 contiene la declaración realizada por el señor Harold Luis Arce Revilla, identificado con Documento Nacional de Identidad 09867250 (en adelante, el señor Harold Arce), administrador de Caminos del Inca, quien es entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 26 de agosto de 2013 en las instalaciones de la empresa ubicadas en Av. Caminos del Inca 2439, Urb. Monterrico Sur - Santiago de Surco.

• **Entrevista 1, Fragmento 1 – Caminos del Inca – 26 de agosto de 2013**

«Minuto 34:06 en adelante

Secretaría Técnica: Como empresas primero se reunieron en la asociación para poder ver uniformizar la posición sobre la estructura de costos y recién plantearle a EsSalud, o es que la Asociación planteó una estructura de costos de manera individual.

Harold Arce: No, cada centro tiene un costo distinto. EsSalud nos indicaba que por favor emitan sus estructuras de costos. Luego la asociación nos llama “están pidiendo la estructura de costos, ni bien tengan su estructura de costos mándenlos por correo” o si no “hay que reunimos para ver que se está indicando”. Las clínicas algunas lo hacen, otras no quieren hacerlo, es voluntario. Nos reunimos todos.

Secretaría Técnica: ¿Su empresa presentó?

Harold Arce: En algunas ocasiones si, en otras no, porque era muy tediosos (sic) otra vez hacer las estructuras de costos. Ellos mandan el lunes y quieren el miércoles.

(...)

Harold Arce: El centro de hemodiálisis envía un correo y dice “por favor, se va a preparar el nuevo concurso público para el año 2011 y solicitamos su estructura de costos”

Secretaría Técnica: Pero la asociación les dice a usted, está pidiendo esto el centro de hemodiálisis, mándenlo ustedes para yo juntarlo.

Harold Arce: Para hacer una comparación, o si no nos reunimos para ver cuál es el promedio que se está poniendo, porque hay algunos que pueden poner 140 o 300, exageradamente, por cada prestación. Se trata de llegar a un consenso.

Secretaría Técnica: En la asociación también llegan a una especie de consenso para poder presentar una propuesta a EsSalud.

Harold Arce: Claro, porque a veces Essalud solo quiere una sola propuesta, o quiere que mande cada centro individualmente. A veces yo como Camino del Inca he mandado mi carta firmada y todo, solo con el precio y cuál es nuestra propuesta de acuerdo a los gastos que tenemos. También a veces la asociación dice “han pedido un precio, nosotros vamos a

mandar el precio, vamos a hacer un consenso para ver un promedio". Tampoco vamos a mandar un precio por debajo del mercado. Ellos se mandan un precio. La asociación ya se encarga de eso, del precio. Hemos mandado varias cartas, lo manda el señor De la Matta que es el presidente. Efectivamente le planteamos ese precio y Essalud plantea como siempre un precio menor. Se trata de llegar a un equilibrio (...)
[Subrayado agregado]

En la entrevista, el administrador de Caminos del Inca refiere que en el marco de la ADECEPRIH diversos centros de hemodiálisis se reunían para ver cuál era el promedio de los valores que se utilizarían en las cotizaciones a presentarse a EsSalud, siendo estos valores el monto resultante de las estructuras de costos que habrían sido comparadas y consensuadas en reuniones de la ADECEPRIH.

En relación a ello, debe precisarse que tanto la estructura de costos realizada por EsSalud desde el Concurso Público como aquella que Essalud pedía adjuntar a cada centro de hemodiálisis para sustentar sus cotizaciones desde la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria hacía referencia a los costos, margen de utilidad e impuestos asumidos, dando como resultado el valor considerado para la prestación.

De este fragmento se puede apreciar que existieron en varias oportunidades reuniones entre diversos centros de hemodiálisis para llegar a un consenso respecto al valor a ser presentado en las cotizaciones requeridas por EsSalud, ya sea estableciendo el valor de la cotización a través de un promedio; o, definiendo conjuntamente la estructura de costos que sustentaba el valor a ser presentado en la cotización.

187. La Entrevista 2 contiene la declaración realizada por el señor Otilio Fredy Gonzales Carreño, identificado con Documento Nacional de Identidad 06176866 (en adelante, el señor Fredy Gonzales), contador general de la empresa Salud Renal, quien es entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 26 de agosto de 2013 en las instalaciones de la empresa ubicadas en Calle Alberto Barton 134, Urb. Santa Catalina - La Victoria.

- **Entrevista 2, Fragmento 1 – Salud Renal – 26 de agosto de 2013**

«**Minuto 26:13 en adelante**

Secretaría Técnica: Teníamos información de que en marzo de 2012, a través de esta asociación, habían remitido unos valores referenciales a EsSalud.

Fredy Gonzales: Claro, por eso te hacía referencia que a través de la asociación toda clínica ha remitido valores referenciales. Los han hecho en conjunto y han sido recepcionados por la parte de Essalud. Porque el mismo Essalud envió un correo donde tenías que responder por qué no acudir a la licitación del 2011.

Secretaría Técnica: ¿A través de la asociación se respondió?

Fredy Gonzales: A través de la asociación e individualmente. Porque Essalud envió a cada clínica una respuesta individual. Lo único que se hizo fue adjuntar los costos que se han tomado en la reunión de asociación.

Secretaría Técnica: Esta práctica de enviar estos valores referenciales ¿ha sido la primera vez que se ha hecho, o ya en otras ocasiones?

Fredy Gonzales: Cuando hay licitaciones se hace esta práctica.

Secretaría Técnica: Y para determinar este valor referencial ¿la asociación solicitó algún tipo de estructura de costos?

Fredy Gonzales: Si, generaliza a nivel de todas. Este documento, la presentación, la tiene el señor Quiroz.

Secretaría Técnica: ¿A través de un correo o una comunicación oficial?

Fredy Gonzales: No. O es correo, o es directo personal, con sello de recepción. Y ese documento lo tiene el señor Quiroz.

Secretaría Técnica: ¿Y este valor referencial? Tenemos acá que el valor referencial era de S/.246, S/. 270. ¿Este valor no lo han cobrado?

Fredy Gonzales: No, porque se hace referencia a provincia. Me dejo entender, ahí es donde al CNSR nosotros les incidimos.»

[Resaltado agregado]

En el fragmento reproducido de la entrevista, el contador general de Salud Renal refiere que diversos centros de hemodiálisis habrían elaborado de manera conjunta los valores de las cotizaciones que habrían remitido a Essalud, tanto de manera individual como grupal. En ese sentido, afirma que los costos que sustentan y dan como resultado los valores de sus cotizaciones se habrían establecido en el marco de la ADECEPRIH. El valor de las cotizaciones tomaría como referencia para su determinación los montos pagados en provincias fuera de Lima y Callao. También afirma en este fragmento que la práctica referida de enviar valores de cotización establecidos conjuntamente se habría realizado cada vez que había un proceso de selección convocado por EsSalud.

Esta parte de la entrevista refleja que diversos centros de hemodiálisis habrían procedido, previamente a cada proceso de selección convocado por EsSalud, a determinar conjuntamente el valor a ser presentado en sus cotizaciones, habiendo establecido conjuntamente en reuniones de la ADECEPRIH los costos que sustentarían sus valores de cotización.

Ello concuerda con la Entrevista 1, en la cual el señor Harold Arce también menciona la existencia de reuniones en las cuales los centros de hemodiálisis determinaron tanto los valores de las cotizaciones que presentarían como los costos que sustentaban dichos valores.

188. La Entrevista 3 contiene la declaración realizada por el señor Jorge Arturo Alfaro Muñoz, identificado con Documento Nacional de Identidad 42600234 (en adelante, el señor Jorge Alfaro), administrador de la empresa Nephro Care, quien es entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 3 de junio de 2014 en las instalaciones de la empresa ubicadas en Calle Elvira García y García 2789, Urb. Los Cipreses – Cercado de Lima.

- **Entrevista 3 – Nephro Care**

«Minuto 00:43 en adelante

Secretaría Técnica: Con relación al requerimiento que se le presentó en la Carta 371-2014, podría explicarnos un poco a que se debe el motivo por el que no pueda presentarnos las estructuras de costos?

Jorge Alfaro: Ya, voy a ser breve. El punto número uno, nosotros no manejamos estructuras de costos. Como te dije en un inicio, EsSalud no nos solicita estructuras de costos según las cartas, sino lo que nos solicita son precios referenciales. Las estructuras de costos son conjuntamente evaluadas y están diseñadas por nuestro estudio de abogados como asociación de clínicas del Perú. Eso lo manejan ellos y en base a eso nosotros emitimos nuestro precio referencial. Nosotros no hacemos estructuras de costos. (...)

Secretaría Técnica: En todo caso no puede presentar las cotizaciones porque eso no lo determina usted de manera individual sino la asociación.

Jorge Alfaro: Claro. Sí. En base a los estudios que hace nuestro abogado. De nuestra asociación.

Secretaría Técnica: ¿Qué abogado es?

Jorge Alfaro: Barrios y Fuentes»
[Resaltado agregado]

En la Entrevista 3, el administrador de Nephro Care refiere que, ante la solicitud de cotización de EsSalud, el valor de las cotizaciones presentadas es emitido utilizando como base las estructuras de costos que son evaluadas en el marco de la ADECEPRIH de manera conjunta, bajo el diseño del Estudio Barrios y Fuentes⁶³. Cabe indicar que el contenido de esta entrevista reafirma lo sostenido en la Entrevista 2.

Estas apreciaciones concuerdan con lo manifestado por la representante de Cenesa, Benedicto XVI, San Juan Masías, Villa María, Caminos del Inca, CM Jesús María, San Fernando, San Camilo, Santa Ana, San Ignacio y Santa Elena en el Informe Oral realizado el 15 de diciembre de 2015⁶⁴ y las afirmaciones realizadas por Cono Norte y Cenper en sus alegaciones al Informe Técnico de la Secretaría Técnica, refiriendo dichos imputados que los Centros coordinaron una estructura común de costos, corroborándose así las coordinaciones entre estos referidas en las Entrevistas 2 y 3.

En ese sentido, se aprecia que en los fragmentos citados de las Entrevistas 1, 2 y 3, los entrevistados afirman que para la presentación de los valores de cotización requeridos por EsSalud diversos centros de hemodiálisis se habrían reunido para determinar conjuntamente los valores de sus cotizaciones, tanto por medio de la determinación de un valor promedio a aplicar, como a través de una estructura de costos que sirva como referencia del valor a cotizar. Por lo que estas entrevistas constituyen medios probatorios que acreditan la existencia de un consenso entre los Centros investigados para la presentación de cotizaciones homogéneas en los procesos de selección de gran envergadura.

⁶³ Según la partida 01694936 del Registro de Personas Jurídicas de SUNARP el señor Raúl Barrios es accionista de Bafur S.A.C., ostentando la calidad de socio de dicho estudio de abogados.

⁶⁴ Minuto 22:47 a 23:03 del Informe Oral:
«Las coordinaciones que se hicieron, como ya se dijeron, fueron a solicitud de EsSalud y, en segundo término, solamente se coordinó un tema de estructuras de costos, siendo imposible que haya habido una fijación, ya sea directa o indirecta.»

6.3.2. Medios probatorios que se refieren a la realización del consenso entre los Centros investigados para la presentación de cotizaciones homogéneas en la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria y reflejan la dinámica de su conducta

189. A continuación, se presentan una serie de comunicaciones que indican coordinaciones que diversos centros de hemodiálisis realizaron en el marco de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria.
190. El Correo 1 muestra una cadena de tres (3) correos electrónicos, de los cuales dos fueron cursados entre el señor Aurelio Cesti, Vicepresidente de la ADECEPRIH y Gerente de Cono Norte, y el señor Raúl Barrios, abogado asesor de diversos centros de hemodiálisis, al día siguiente de que EsSalud requiriera⁶⁵ a los distintos Centros presentar cotizaciones y estructuras de costos por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, siendo luego ellas reenviadas el mismo día al señor Miguel de la Mata, Presidente de la ADECEPRIH y Gerente de CD Callao.

• Correo 1 – Jueves 4 de octubre de 2012

«De: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 12:41 PM
Para: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Asunto: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Raúl:

Este viernes tenemos reunión los centros a las 8PM tenemos que indicarles si mandamos cotizaciones o no que precios mandamos? Igual al anterior? Podrías orientarnos?

Hoy tenemos reunión con Luis Puglianini a las 3PM hora peruana.
9PM hora en europa, a través de El podrías orientarnos.

Gracias

Saludos

Aurelio Cesti

Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»

[Énfasis agregado]

«De: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 17:53:28
Para: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Asunto: Re: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Aurelio, **no te preocupes seguimos con la misma estrategia cotizamos como siempre y con el nuevo reglamento estan obligados a tomar las cotizaciones porque lo dice expresamente.**

Saludos

Raúl»

«De: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 13:14 PM
Para: ceer@ceersac.com ; delamatamiguel@gmail.com
Asunto: RV: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Lean lo que dice Raúl

Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»

[Énfasis agregado]

⁶⁵

El 3 de octubre de 2012 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

El primero de los correos de esta cadena contiene una consulta del señor Aurelio Cesti, en la cual se observa que informa al señor Raúl Barrios que en la reunión a realizarse el día viernes 5 de octubre de 2012 a las 8 p.m. se le indicará a diversos centros de hemodiálisis si enviarán o no cotizaciones a EsSalud, preguntándole qué precio estos deberían enviar.

Esta comunicación refleja que ante los requerimientos de cotizaciones por parte de EsSalud un día antes, diversos centros de hemodiálisis se reunían de manera inmediata a fin de determinar acciones que realizarían frente a dichos requerimientos, acordando si enviarían cotizaciones y cuál sería el valor que correspondería a dichas cotizaciones. Esta situación es concordante con los fragmentos de las Entrevistas 1, 2 y 3, a partir de lo cual se observa que el valor de las cotizaciones era determinado en el marco de las reuniones de la ADECEPRIH.

En el segundo de los correos de esta cadena, el señor Raúl Barrios responde al señor Aurelio Cesti indicándole que deberían seguir con la misma estrategia y cotizar como siempre, ya que con el nuevo Reglamento de Contrataciones EsSalud estaría obligado a tomar las cotizaciones. Esta comunicación muestra no solo las instrucciones que realizaba el señor Raúl Barrios sino también que, de manera previa a la solicitud de cotización formulada por EsSalud en octubre de 2012, ya existía una estrategia y coordinación previa entre diversos centros de hemodiálisis referida a la forma en que estos venían presentando sus cotizaciones, específicamente el valor presentado en ellas, conforme se aprecia de las afirmaciones de «seguir con la misma estrategia», «cotizar como siempre» y «están obligados a tomar las cotizaciones» enviadas en respuesta a la consulta del señor Aurelio Cesti.

Asimismo, al analizarse dicha comunicación de manera conjunta con los fragmentos de las Entrevistas 1 y 2, puede apreciarse que la estrategia de cotización referida habría sido realizada por parte de diversos centros de hemodiálisis cada vez que EsSalud preparaba un proceso de selección.

Finalmente, el tercer correo de esta cadena contiene el reenvío de las comunicaciones cursadas entre el señor Raúl Barrios y el señor Aurelio Cesti al señor Miguel de la Mata, poniéndolo en conocimiento de las indicaciones planteadas por el señor Raúl Barrios.

191. Posteriormente, en el Correo 2 del 4 de octubre de 2012 se observa que luego de las comunicaciones entre el señor Raúl Barrios, Aurelio Cesti y Miguel de la Mata, desde la cuenta de correo de ADECEPRIH se convoca una reunión para el día siguiente, donde se trataría distintos puntos de interés, indicando un tema bastante impreciso para evitar mencionar expresamente la razón de la reunión. El análisis conjunto del Correo 1 y 2 evidencia que las reuniones convocadas estaban destinadas a que distintos centros de hemodiálisis reciban indicaciones respecto a cómo cotizar para mantener la estrategia de cotización que venían desarrollando con anterioridad a octubre de 2012.

- **Correo 2 – Jueves 4 de octubre de 2012**

«Asunto: REUNION URGENTE

SEÑORES
CENTROS DE DIALISIS
PRESENTE.-

SE INVITA, CON CARACTER DE URGENCIA, A TODOS LOS CENTROS DE DIALISIS A LA REUNION QUE SE LLEVARÁ A CABO EL DIA VIERNES 05 DE OCTUBRE A LAS 8:00PM. HORA EXACTA, EN LA CLINICA SANTA LUCIA, EN LA QUE TRATAREMOS PUNTOS QUE NOS INVOLUCRAN RESPECTO A NUESTRA PROBLEMÁTICA

ADECEPRIH»

[Énfasis agregado]

192. En el Correo 3 del 4 de octubre de 2012, se observa que el señor Aurelio Cesti solicita al señor Luis Estrada Anicama, Presidente del Directorio del Ceer, que envíe a José Velásquez, apoderado de San Marcelo, la estructura de costos de EsSalud para que este la mejore a S/. 255. La lectura conjunta de los Correos 1, 2 y 3 permite concluir que dicha mejora tenía como finalidad incrementar el valor establecido por EsSalud en la estructura de costos publicada para el Concurso Público, cuyo valor total ascendía S/. 172.89 y fue actualizado con el índice de precios al consumidor en el año 2012 a S/. 175.04, para que la modifiquen y dé como resultado un importe de S/. 255.00, a efectos de que el día viernes que se llevaría a cabo la reunión se impartieran las indicaciones respecto a cuánto debían cotizar diversos centros de hemodiálisis.

- **Correo 3 – Jueves 4 de octubre de 2012**

«De: Aurelio Cesti aureliocesti@hotmail.com
Para: ceer@ceersac.com ; delamatamiguel@gmail.com
Enviado el: jueves 04/10/2012 01:30 p.m.
Asunto: Estructura de costos

Lucho:

Por favor envíale la estructura de costos de essalud a Jose Velasquez. Él la va mejorar a 255 para el viernes, Si puedes también la que dejo la Sra. Alferez.

Gracias

Aurelio Cesti

Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»

[Énfasis agregado]

193. Esta comunicación concuerda con la estrategia de cotización referida en las Entrevistas 1, 2 y 3, en las que se menciona que diversos centros de hemodiálisis habrían coordinado en diversas oportunidades la realización de estructuras de costos que servirían como referencia para el valor a ser cotizado, al observarse que se deseaba que la estructura de costos calce con un monto particular de S/. 255.00 soles, en lugar de evaluar los costos, margen de utilidad e impuestos implicados en la actividad, confirmando así que diversos centros de hemodiálisis consensuaban valores mayores a los que venía pagando EsSalud.

194. En ese sentido, se aprecia que los Correos 1, 2 y 3 constituyen medios probatorios que acreditan, en el marco de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria, el consenso para la presentación de cotizaciones, evidenciado en las Entrevistas 1, 2 y 3.
195. De esta manera se observan cuatro (4) elementos que permiten verificar la coordinación y el consenso de los Centros en su actuar, los cuales son los siguientes: (i) la convocatoria a reunión fue realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (ii) se dieron instrucciones de cómo cotizar por medio del uso de correos electrónicos o se llevaron a cabo reuniones para dar las instrucciones; (iii) la fecha de reunión corresponde al día hábil siguiente de realizada la convocatoria; y, (iv) los Centros presentaron sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reunión realizada⁶⁶.
196. Como ya se señaló, la importancia de la determinación de estos elementos radica en que gracias a ellos se ha podido evidenciar la manera en general bajo la cual se ejecutaba propiamente la conducta colusoria, dinámica que se basaba principalmente en que en un momento previo a la presentación de las cotizaciones se impartían instrucciones de cómo presentarlas. Por lo que ahora corresponde identificar la presencia de alguno de estos elementos en el Concurso Público y las demás convocatorias, a través de los cuales se compruebe la dinámica señalada, tal como veremos a continuación.

6.3.3. Medios probatorios que reflejan la realización del consenso entre los Centros de hemodiálisis para la presentación de cotizaciones homogéneas en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera Convocatoria

197. De acuerdo con el análisis previo, esta Comisión considera que es importante determinar la existencia de alguno de los elementos mencionados en el apartado anterior, ello a fin de evidenciar el consenso entre los Centros para establecer el monto de las cotizaciones que serían enviadas a EsSalud durante el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera Convocatoria.
198. Al respecto, esta Comisión estima que al cumplir las reuniones y las instrucciones constatadas una función de coordinación del accionar de los centros de hemodiálisis, no resulta indispensable para el establecimiento del consenso imputado la utilización simultánea de ambos medios de coordinación, siendo posible su utilización tanto de manera alterna como simultánea. En ese sentido, bastará la presencia de uno de los elementos de coordinación para que en conjunto con los demás elementos permita acreditarse la conducta de las Empresas Imputadas.
199. Para ello, se ha elaborado una tabla que permite identificar que elementos se verifican en cada uno de los procesos de selección allí señalados, colocando en anexo los correos electrónicos que han servido de sustento para esta.

⁶⁶ Se observa que en el caso de los Centros con representantes en la directiva de la ADECEPRIH las cotizaciones fueron presentadas tras la realización de las coordinaciones con el señor Raúl Barrios, tal como se aprecia en el caso de Santa Ena (Presidente) y Cono Norte (Vicepresidente).

Tabla 3
Evaluación de los elementos de coordinación en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera

		Etapas Previas Mayo 2009	Concurso Público Agosto Octubre		Primera convocatoria	Segunda convocatoria	Tercera convocatoria
Reunión	Convocatoria a reunión dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud de cotización por parte de EsSalud.	✓	✓	✓	✓	x	x
	Reunión se programó para mismo día o el día habilitado siguiente de convocada la reunión.	✓	✓	✓	✓	x	x
Instrucciones	Instrucciones dentro las 24 horas siguientes a la solicitud de cotización por parte de EsSalud.	x	x	✓	x	✓	✓
Cotizaciones	Presentación a EsSalud de cotizaciones con posterioridad a reuniones o instrucciones de los Centros de hemodiálisis.	♦	✓	✓	✓	✓	✓

La elaboración de la tabla se ha realizado con la información contenida en los correos 4, 5A, 5B, 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

♦Debido a que EsSalud no cuenta con documentación vinculada a dicha solicitud no resulta posible verificar el elemento.

Mayo 2009: Correo 4 (Anexo 1)

Concurso Público: Correos 5A, 5B, 6 y 7 (Anexo 2)

Primera Convocatoria: Correo 8 (Anexo 3)

Segunda Convocatoria: Correo 9 (Anexo 4)

Tercera Convocatoria: Correos 10 y 11 (Anexo 5)

Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

200. Tal como se puede apreciar, en todos los procesos de selección referidos en la Tabla 3, se tiene evidencia de al menos dos elementos que ponen de relieve la dinámica de la conducta colusoria ya esbozada a partir de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria. Por ello, se puede apreciar un actuar coordinado de los Centros a lo largo del tiempo y bajo las mismas características de comportamiento que ponen en mayor evidencia la existencia del cártel.
201. Por tanto, de todo lo ya señalado se puede evidenciar claramente la existencia de un consenso entre los Centros para la presentación de cotizaciones homogéneas con valores mayores a los pagados por EsSalud en todos los procesos de selección de gran envergadura señalados en el presente procedimiento.

6.3.4. Conclusiones acerca del análisis de los medios probatorios

202. A partir del análisis de los medios probatorios realizado previamente, esta Comisión considera que los correos electrónicos y los fragmentos citados de las entrevistas, así como las afirmaciones de parte brindadas durante el procedimiento, acreditan la existencia entre mayo de 2009 y octubre de 2012 de un consenso entre diversos centros de hemodiálisis, logrado a través de coordinaciones y reuniones, para presentar a EsSalud cotizaciones homogéneas con montos mayores a los que se venían pagando por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

203. Así, de manera general, se ha podido comprobar lo siguiente:

- a) Entrevistas y correos electrónicos que revelan la existencia de una estrategia desarrollada por los Centros referida a consensuar mediante reuniones y coordinaciones los valores a presentarse ante los requerimientos de cotización realizados por EsSalud, con el objetivo de que esta entidad incremente el valor referencial establecido para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.
- b) Alegatos al Informe Técnico y declaraciones en el Informe Oral ratificarían la existencia de un consenso para el establecimiento de una estructura de costos común.
- c) Una serie de correos detallan la realización de las referidas reuniones en fechas determinadas, como parte de la ejecución de la estrategia de cotización mencionada en las Entrevistas, siendo cada una de ellas convocada tras la recepción del requerimiento de cotización de EsSalud.
- d) Correos electrónicos y los fragmentos citados de las entrevistas darían cuenta que la realización de las reuniones o instrucciones constatadas se llevaban a cabo en el marco de los requerimientos de cotización realizados por EsSalud que precedieron al Concurso Público y a la AMC Derivada en sus distintas convocatorias (Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria).

204. En consecuencia, de la revisión de los correos electrónicos y entrevistas realizadas, esta Comisión puede concluir específicamente lo siguiente:

- i. Los Correos 1 y 3 y las Entrevistas 1, 2 y 3 permiten inferir que existieron reuniones entre diversos centros de hemodiálisis en las que se consensuaron montos, consistentes en estructuras de costos comunes y valores de cotización promedios, a partir de los cuales cada empresa presentaría los valores de las cotizaciones que EsSalud requería antes de cada proceso de selección, con el objetivo de que se incrementara el valor referencial a ser establecido.
- ii. Las afirmaciones de Cono Norte y Cenper en sus alegatos al Informe Técnico, y las declaraciones de la representante de Cenesa, Benedicto XVI, San Juan Masías, Villa María, Caminos del Inca, CM Jesús María, San Fernando, San Camilo, Santa Ana, San Ignacio y Santa Elena en el Informe Oral corroborarían la existencia de un consenso en el establecimiento de la estructura de costos común referida en las Entrevistas 2 y 3.
- iii. Los Correos 4, 5A, 5B, 6, 8 y 2 mostrarían que las reuniones en las que se consensuaría el monto a ser utilizado para la determinación del valor cotizado por cada empresa se dieron en el marco de los siguientes requerimientos de cotización:
 - Requerimiento del 27 de mayo de 2009 (Correo 4), previo a la realización de los procesos de selección de gran envergadura

- Requerimiento del 12 de agosto de 2010 (Correos 5A y 5B) y del 27 de octubre de 2010 (Correo 6), que precedieron al Concurso Público.
 - Requerimiento del 10 de junio de 2011 (Correo 8), que precedió a la Primera Convocatoria.
 - Requerimiento del 3 de octubre de 2012 (Correo 2), que precedió a la Cuarta Convocatoria.
- iv. Los Correos 1, 7, 9, 10 y 11 revelarían la impartición de instrucciones por intermedio de la ADECEPRIH, a través de las que se habría coordinado los valores de cotización a presentarse por cada empresa en el marco de los siguientes requerimientos de cotización:
- Requerimiento del 27 de octubre de 2010 (Correo 7), que precedió al Concurso Público.
 - Requerimiento del 2 de noviembre de 2011 (Correo 9), que precedió a la Segunda Convocatoria.
 - Requerimiento del 18 de julio de 2012 (Correos 10 y 11), que precedió a la Tercera Convocatoria.
 - Requerimiento del 3 de octubre de 2012 (Correo 1), que precedió a la Cuarta Convocatoria.
- v. Los Correos 1, 2, 3, 4, 5A, 5B, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 y los fragmentos de las Entrevistas 1, 2 y 3 mostrarían en conjunto que diversos centros de hemodiálisis procedieron, ante cada solicitud de cotización de EsSalud que antecedió a los procesos de selección de gran envergadura, a coordinar mediante reuniones o correos electrónicos los valores referenciales a ser presentados a EsSalud, bajo los elementos constatados en la Tabla 3.

6.4 Participación individual y ejecución de las coordinaciones para la presentación de cotizaciones

205. Debido a que el análisis de correos electrónicos y entrevistas realizado en la sección anterior revela que diversos centros de hemodiálisis habrían consensuado mediante coordinaciones (reuniones e instrucciones) la presentación de cotizaciones con valores homogéneos, corresponde a esta Comisión determinar cuáles de las Empresas Imputadas formaron parte del consenso referido, constatando los alcances de su participación individual.
206. Al respecto, a efectos de verificar la participación de cada una de las Empresas Imputadas esta Comisión tomará como referente individual de la participación de cada imputado los valores de las cotizaciones presentadas por cada uno de ellos, al ser estas el elemento donde se reflejará el acatamiento de las coordinaciones realizadas (reuniones e instrucciones) y por ende su pertenencia al consenso constatado.

En ese sentido, se procederá de manera inicial a constatar si los valores de las cotizaciones presentadas por los Centros investigados cumplen con las características señaladas en las instrucciones contenidas en los correos vistos en la sección precedente.

Seguidamente de ello se verificará que las Empresas Imputadas hayan presentado cotizaciones ante EsSalud en un mínimo de dos oportunidades. Esta situación permitirá a esta Comisión observar la reiteración en el accionar individual realizado por cada centro de hemodiálisis, configurando un elemento adicional que genere convicción respecto de su conducta.

Posteriormente se procederá a constatar si los valores de las cotizaciones presentadas por los Centros son homogéneos entre sí en cada solicitud realizada por EsSalud, verificando si la evolución a lo largo de los años 2010, 2011 y 2012 es paralela. Ello permitirá verificar si la relación existente entre las cotizaciones de las Empresas Imputadas se explica por la existencia del consenso verificado previamente.

Esta evaluación será contrastada con un episodio de cotización distinto a los episodios materia de imputación, tomando para ello el coeficiente de variabilidad correspondientes a las cotizaciones requeridas por EsSalud en agosto de 2013 (en adelante, Periodo 2013), periodo que no es materia del procedimiento iniciado por la Secretaría Técnica.

Finalmente, se procederá a verificar en el caso de cada imputada los alcances de su participación individual en el cumplimiento de los demás elementos analizados.

6.4.1. Verificación de la materialización de las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH en los valores de cotización de los Centros investigados

207. Como parte del consenso en los valores de cotización constatado por esta Comisión en la sección precedente se ha identificado la existencia de una serie de instrucciones canalizadas por intermedio de la ADECEPRIH a efectos de indicar a diversos centros de hemodiálisis los valores que debían presentar ante las solicitudes de cotización de julio de 2012 (Correos 10 y 11⁶⁷) y octubre de 2012 (Correo 1).
208. Ante esta situación corresponde verificar si los valores efectivamente presentados por cada Empresa Imputada se condicen con las indicaciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH, evaluación que se realizará a partir de la tabla presentada a continuación:

[Continúa en la página siguiente]

⁶⁷

Ver Anexo 5.

Tabla 4
Evaluación del cumplimiento de las instrucciones remitidas a los Centros de hemodiálisis por intermedio de la ADECEPRIH

	CP-1	CP-2	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
	mar-10	ago-oct 10	jun-11	nov-11	jul-12	oct-12
Empresas	Instrucción	-	-	-	Mismo monto o más	Cotizar como siempre
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	205.0	270	245	245	245	246
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	231.5	271	246	248	253	253
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	217.0	275	245	245	245	245
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	217.7	278	249	254	260	260
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	216.0	275	250	250	261	261
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	217.0	270	248	248	248	248
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	216.0	274	248	249	249	249
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	217.0	273	247	247	247	247
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	216.6	270	247	247	255	255
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	218.0	270	245	250	252	252
CLINICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	220.0	272	241	243	251	251
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	218.0	270	245	250	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	214.0	269	241	246	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	214.5	270	245	247	251	251
PRONEFROS S.A.C.	-	274	248	249	249	249
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	212.5	280	248	248	285	258
RENAL CARE S.A.C.	216.0	276	247	246	256	257
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	215.0	271	250	250	250	-
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	212.5	271	245	245	250	-
INTERDIAL NORTE SAC	215.0	272	245	247	254	-
NEPHRO CARE S.A.C.	214.0	275	248	250	257	-
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	217.3	274	250	250	257	-
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	212.8	270	247	247	-	257
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	216.9	269	247	247	-	250
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	224.4	277	-	247	247	247
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	210.0	270	-	249	251	251
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	-	268	-	248	248	248
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	232.8	272	260	-	251	233
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	-	-	250	248	259	259
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	215.5	277	248	254	-	-
OM DIAL SAC	213.5	265	248	248	-	-
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	216.0	274	245	-	255	-
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	216.5	275	-	246	246	-
PLUSVIDA SERVICIOS MEDICOS S.A.C.	-	269	-	-	247	-
CENTRO DE DIALISIS NEFRO CONTINENTE S.A.C.	-	273	-	-	258	-
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	216.0	*	-	240	-	245
CENTRO DE PREVENCIÓN DE ENFERMEDAD RENAL S.A.C.	-	-	-	-	241	-
RENEXA S.A. – DAVITA S.A.	-	-	-	250	-	-
Cantidad de empresas participantes	31	34	29	34	32	25

■ Cotizaciones que no cumplen las instrucciones remitidas
■ Cotizaciones en las que no se puede verificar el cumplimiento de las indicaciones
Fuente: EsSalud
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

209. Al respecto, en el marco de la solicitud de cotización de julio de 2012 (AMC Derivada en su Tercera Convocatoria) se remitieron por intermedio de la ADECEPRIH instrucciones que contenían las indicaciones de «no se olviden que el último que enviaron puede ser más» y «debemos declarar en esta oportunidad el mismo monto o más». Estas indicaciones habrían pretendido que los Centros investigados presenten valores de cotización iguales o mayores a los correspondientes a la última cotización que presentaron.

210. Sobre el particular, esta Comisión ha podido constatar que 28 de las Empresas Imputadas que presentaron cotizaciones ante la solicitud de julio de 2012 tuvieron valores de cotización iguales o superiores a los presentados en su última cotización.

Esta situación reflejaría el cumplimiento por parte de estas 28 empresas de las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH ante la solicitud de cotización de julio de 2012, observándose que todas estas cumplen con lo establecido en las indicaciones remitidas.

211. De manera semejante, en el marco de la solicitud de cotización de octubre de 2012 (AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria) se remitió por intermedio de la ADECEPRIH una instrucción que contenía la indicación de «seguimos con la misma estrategia cotizamos como siempre». Esta indicación habría pretendido que los Centros investigados mantengan la estrategia de presentar valores de cotización iguales o mayores a los correspondientes a la última cotización que presentaron, al ser esta la forma establecida para cotizar ante la solicitud anterior.

212. Al respecto, esta Comisión ha podido constatar que 23 de las 25 Empresas Imputadas que presentaron cotizaciones ante la solicitud de noviembre de 2012 remitieron valores de cotización iguales o superiores a los presentados en su última cotización.

Esta situación reflejaría el cumplimiento por parte de estas 23 empresas de las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH ante la solicitud de cotización de octubre de 2012, observándose que todas estas cumplen con lo establecido en la indicación remitida.

213. A partir de lo previamente expuesto, esta Comisión ha podido verificar que, con excepción de 4 Empresas Imputadas para el caso de la solicitud de cotización de julio de 2012 y 2 empresas en el caso de la cotización de noviembre de 2012, todos los Centros investigados que presentaron cotizaciones ante dichas solicitudes cumplieron con las indicaciones remitidas en las instrucciones observadas.

6.4.2. Reiteración de la presentación de cotizaciones por parte de las Empresas Imputadas

214. Posteriormente a la exclusión de aquellas cotizaciones que no reflejan la adopción de las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH, corresponde a esta Comisión constatar si el accionar de los Centros de

investigados tuvo una mínima reiteración en el tiempo, de un mínimo de dos cotizaciones, a efectos de observar una continuidad o patrón en el accionar acorde con la conducta materia de imputación.

215. En efecto, al implicar la conducta materia de imputación la presentación de una cotización y la consiguiente abstención para compeler a su adopción, resultaría necesario que de manera posterior la Empresa Imputada presente como mínimo una cotización adicional a fin de generar convicción en esta Comisión.
216. Así, esta Comisión considera que la existencia de reiteración por parte de las Empresas Imputadas genera un estándar mínimo de actuación que permite obtener a este colegiado una convicción suficiente respecto al carácter consensuado del accionar desenvuelto.
217. En ese sentido, la existencia de una reiteración mínima permite a esta Comisión excluir aquellos supuestos respecto de los que no se aprecia una contundencia en su accionar, al no poder observarse un patrón en su desenvolvimiento.
218. A continuación se señalan aquellas Empresas Imputadas que no presentaron la mínima reiteración exigida, motivo por el cual corresponderá su exclusión de la conducta infractora.

Tabla 5
Empresas Imputadas que no presentan una reiteración en la conducta materia de investigación

	CP-1	CP-2	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Empresas	mar-10	ago-oct 10	jun-11	nov-11	jul-12	oct-12
PLUSVIDA SERVICIOS MEDICOS S.A.C.	-	269	-	-	#	-
CENTRO DE DIALISIS NEFRO CONTINENTE S.A.C.	-	273	-	-	#	-
CENTRO DE PREVENCIÓN DE ENFERMEDAD RENAL S.A.C.	-	-	-	-	#	-
RENEXA S.A. – DAVITA S.A.	-	-	-	250	-	-

#Cotización excluida por incongruencia con las instrucciones constatadas

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

6.4.3. Evolución de las cotizaciones de los Centros investigados dentro del periodo materia de imputación

219. Tras la verificación de la adopción de las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH y la presencia de reiteración en el accionar de las Empresas Imputadas, corresponde a esta Comisión constatar si los valores de las cotizaciones presentadas por los Centros investigados resultaron homogéneos entre sí ante cada solicitud realizada por EsSalud vinculada con la conducta imputada.
220. Conforme fue desarrollado anteriormente, las entrevistas y correos analizados revelan la existencia de un consenso para la presentación de cotizaciones por

parte de los Centros entre mayo de 2009 y octubre de 2012. En ese sentido, se esperaría que, de ser concertadas, las cotizaciones sean homogéneas entre sí como consecuencia del consenso referido.

221. En ese sentido, se procederá a analizar las cotizaciones presentadas por los Centros investigados, excluyendo del análisis el periodo de mayo de 2009 en la medida que no se cuenta con suficiente información de las cotizaciones realizadas por los referidos centros⁶⁸. En el Gráfico 7 se presentan los episodios de cotización a evaluar⁶⁹.

Gráfico 7
Episodios de cotización presentados entre los años 2010 y 2012



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

222. Con relación a ello, la Comisión cuenta con información de las cotizaciones que los Centros remitieron a EsSalud para cada proceso de gran envergadura⁷⁰. Con esta información se procederá a calcular el promedio de estas cotizaciones⁷¹ para cada proceso a las que fueron dirigidas, como se puede apreciar en el siguiente gráfico.

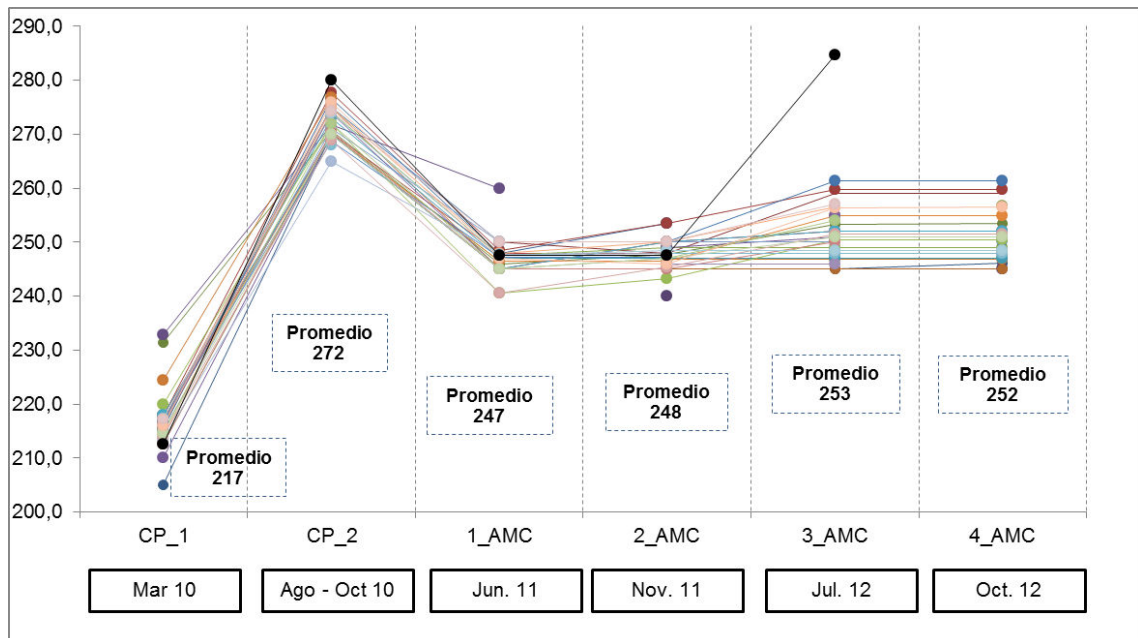
⁶⁸ La información de las cotizaciones fue entregada por EsSalud. En el periodo de mayo de 2009 no se cuenta con cotizaciones.

⁶⁹ En el caso de las cotizaciones de marzo de 2010 esta Comisión ha podido constatar que, si bien no se observó en el marco de estas reuniones o coordinaciones, la existencia de coordinaciones ante solicitudes anteriores (mayo 2009) y el bajo coeficiente de variabilidad presente llevarían a concluir que fueron igualmente producto del actuar coordinado de los Centros investigados.

⁷⁰ De manera adicional a ello, esta Comisión cuenta con información de las cotizaciones presentadas ante el requerimiento realizado por EsSalud en agosto de 2013, la cual será utilizada para el cálculo del coeficiente de variabilidad correspondiente a dicho periodo.

⁷¹ Se excluyen de la evaluación realizada a continuación a las 2 cotizaciones analizadas en el punto anterior que no se condicen con las instrucciones remitidas por intermedio de la ADECEPRIH ante la solicitud de cotización de noviembre de 2012.

Gráfico 8
Consolidado del total de cotizaciones presentadas por los Centros de
investigados
(Marzo 2010 a Octubre 2012)



CP_1 = Cotizaciones del mes de marzo 2010 para el Concurso Público, CP_2= Cotizaciones del mes agosto actualizada a octubre 2010 para el Concurso Público
1-AMC= Primera Convocatoria Derivada, 2-AMC= Segunda Convocatoria Derivada, 3-AMC= Tercera Convocatoria Derivada, 4-AMC= Cuarta Convocatoria Derivada.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

223. Como se observa del gráfico, las cotizaciones se concentraron alrededor de su promedio en cada uno de los procesos de gran envergadura, aspecto que señalaría que fueron homogéneas entre ellas. El promedio simple representaría el nivel de cotización que los Centros investigados coordinaron como referencia para presentar sus valores en cada proceso de gran envergadura, de forma tal que las cotizaciones se concentraban alrededor de dicho promedio.

Al respecto, como se observa en la siguiente Tabla, en el caso de los procesos de selección de gran envergadura el promedio simple y la mediana de las cotizaciones resultan similares, lo que indica que el 50% de las cotizaciones estuvieron por encima y por debajo del promedio⁷² observado.

⁷²

Cuando la media y la mediana coinciden la distribución asociada a esta característica es simétrica. J. Gabriel Molina y María F. Rodrigo. *Estadística descriptiva en Psicología*. Universidad de Valencia. Curso 2009 y 2010. Disponible en: [http://www.mat.uson.mx/~ftapia/Lecturas%20Adicionales%20\(C%C3%B3mo%20dise%C3%B1ar%20una%20encuesta\)/InterpretacionMedidasForma.pdf](http://www.mat.uson.mx/~ftapia/Lecturas%20Adicionales%20(C%C3%B3mo%20dise%C3%B1ar%20una%20encuesta)/InterpretacionMedidasForma.pdf)

Tabla 6
Promedio y mediana de las cotizaciones

Cálculo	CP_1	CP_2	1_AMC	2_AMC	3_AMC	4_AMC
	Mar-10	Ago-oct 10	Jun-11	Nov-11	Jul-12	Oct-12
Promedio	217	272	247	248	253	251
Mediana	216	272	247	248	251	251

CP_1 = Cotizaciones del mes de marzo 2010 para el Concurso Público, CP_2= Cotizaciones del mes agosto actualizada a octubre 2010 para el Concurso Público, 1-AMC = primera convocatoria derivada, 2-AMC = segunda convocatoria derivada, 3-AMC = tercera convocatoria derivada, 4-AMC = cuarta convocatoria derivada.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

224. En este escenario, la mayoría de cotizaciones observadas en los procesos de selección de gran envergadura se encontraban alrededor del promedio, siendo que el 68% de las cotizaciones se encontraban dentro de más o menos una desviación estándar del promedio; 95% de las cotizaciones se encontraban dentro de más o menos dos desviaciones estándar del promedio; y, el 99,7% de las cotizaciones se encontraban dentro de más o menos tres desviaciones estándar del promedio.⁷³
225. Es así que las cotizaciones se mantuvieron alrededor del promedio simple en el periodo evaluado, observándose que el coeficiente de variabilidad⁷⁴, que indica el grado de dispersión de los valores alrededor del promedio, estuvo en el rango de 1.1% y 3% en el periodo evaluado. Ello se puede apreciar en la siguiente tabla.

Tabla 7
Promedio y Coeficiente de variabilidad de las cotizaciones entre los años 2010 y 2012

Indicador	marzo 2010	ago-oct ⁷⁵ 2010	junio 2011	noviembre 2011	julio 2012	octubre 2012
Promedio de cotizaciones	217	272	247	248	253	251
Coeficiente de Variabilidad	2.4%	1.2%	1.4%	1.1%	3.0%	1.9%

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

226. La dispersión de las cotizaciones no supera el 2.4% hasta noviembre de 2011. Luego, en julio de 2012 la dispersión de las cotizaciones se incrementa, lo que guarda relación con las coordinaciones realizadas por los Centros investigados. En efecto, en julio de 2012 de acuerdo con los Correos 10 y 11, la ADECEPRIH

⁷³ Robert R. Johnson, Patricia Kuby. *Estadística Elemental*. Cengage Learning Editores, 2 ene. 2008, pp. 82.

⁷⁴ El coeficiente de variación es una medida relativa de dispersión que expresa a la desviación estándar como un porcentaje de la media. La desviación estándar es un promedio de la distancia de las observaciones a la media. AVILA ACOSTA, R. B, *Estadística Elemental*. Ediciones R.A. Perú. 1984 Nociones.

⁷⁵ En este episodio se excluyó la cotización correspondiente a CD Jesús María debido a que esta fue excluida por parte de la Secretaría Técnica en la Resolución de Inicio.

indicó a los Centros que deberían presentar cotizaciones con valores iguales o mayores a los previamente presentados a EsSalud, lo que incrementaría la dispersión de las cotizaciones hacia arriba como se observa en la Tabla 7 y Gráfico 8. Adicionalmente, en octubre de 2012, como se refiere en los Correos 1 y 2, se indicó a los Centros investigados que presenten una cotización similar a la presentada en una oportunidad anterior (julio de 2012). Así, el comportamiento de las cotizaciones reflejaría el acatamiento y concreción de la coordinación realizada por los Centros en dicha oportunidad.

227. La homogeneidad de las cotizaciones de los Centros investigados en el periodo evaluado refleja la existencia de coordinaciones de acuerdo con lo señalado en las entrevistas y correos de la sección 6.3. Dichas coordinaciones tuvieron como objetivo uniformizar las cotizaciones de los Centros, y determinarían una evolución paralela de las cotizaciones en el periodo de 2010, 2011 y 2012.
228. El Gráfico 8 muestra que los valores de cotización de los Centros investigados presentaron una misma tendencia a lo largo de los distintos episodios. Es así que entre el primer y segundo episodio se observa un incremento general de un 25%, seguido de una reducción semejante de un 10% para el tercer episodio y el posterior acatamiento de las indicaciones observadas en el punto anterior, evolución que solo se justificaría por las coordinaciones constatadas en la sección 6.3.
229. Contrariamente a ello, en el Periodo 2013, periodo posterior a los procesos de selección relacionados con la imputación, puede observarse una clara reducción en la homogeneidad de las cotizaciones de los Centros investigados, apreciándose que el coeficiente de variabilidad en dicho periodo asciende al 17.1%, hecho que indica una mayor dispersión entre las cotizaciones de las empresas y corroboraría la existencia de una menor dispersión en el periodo en el que existieron coordinaciones entre las Empresas Imputadas⁷⁶.
230. A esta situación debe sumarse que los montos de los valores de cotización presentados por los Centros investigados no se condicen con los costos que implicaba para cada empresa imputada la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso que EsSalud requería cotizar⁷⁷, resultando la determinación del valor cotizado una decisión arbitraria de cada centro que no posee otra justificación o sustento que el consenso reflejado en los fragmentos de entrevistas y los correos analizados en el segmento 6.3.
231. Debido a ello, esta Comisión considera que los valores presentados por los Centros investigados corroboran la participación de las Empresas Imputadas en el consenso para determinar sus valores, al observarse el cumplimiento de las indicaciones realizadas y constatarse una evolución de estos que solo se justificaría por las coordinaciones realizadas.

⁷⁶ El coeficiente de variabilidad observado en el Periodo 2013 representa más de cinco veces el observado en el episodio materia de imputación con mayor coeficiente de variabilidad. El promedio de las cotizaciones en el año 2013 fue de S/. 298.

⁷⁷ Ello es materia de desarrollo en el segmento 6.4.5 de la presente Resolución.

6.4.4. Participación de las Empresas Imputadas en la implementación de la presentación de cotizaciones homogéneas consensuadas

232. Una vez constatado que el consenso en la presentación de cotizaciones en la sección 6.3 fue materializado, corresponde a esta Comisión determinar el grado de participación de cada una de las Empresas Imputadas en el marco de los cinco procesos de selección materia de evaluación.
233. En ese sentido, en la Tabla 8 se aprecian los episodios particulares en los que cada uno de los Centros presentó sus cotizaciones ante EsSalud como parte del consenso constatado en las secciones precedentes, elemento que permite determinar a qué procesos de selección desarrollados por EsSalud se limitó la participación de cada una de las Empresas Imputadas.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 8
Cotizaciones utilizadas para el cálculo promedio por proceso de selección⁷⁸

	CP-1	CP-2	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Empresas	mar-10	ago-oct 10	jun-11	nov-11	jul-12	oct-12
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	205.0	270	245	245	245	246
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	231.5	271	246	248	253	253
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	217.0	275	245	245	245	245
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	217.7	278	249	254	260	260
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	216.0	275	250	250	261	261
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	217.0	270	248	248	248	248
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	216.0	274	248	249	249	249
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	217.0	273	247	247	247	247
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	216.6	270	247	247	255	255
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	218.0	270	245	250	252	252
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	220.0	272	241	243	251	251
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	218.0	270	245	250	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	214.0	269	241	246	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	214.5	270	245	247	251	251
PRONEFROS S.A.C.	-	274	248	249	249	249
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	212.5	280	248	248	285	A
RENAL CARE S.A.C.	216.0	276	247	246	256	257
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	215.0	271	250	250	250	-
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	212.5	271	245	245	250	-
INTERDIAL NORTE SAC	215.0	272	245	247	254	-
NEPHRO CARE S.A.C.	214.0	275	248	250	257	-
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	217.3	274	250	250	257	-
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	212.8	270	247	247	-	257
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	216.9	269	247	247	-	250
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	224.4	277	-	247	247	247
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	210.0	270	-	249	251	251
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	-	268	-	248	248	248
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	232.8	272	260	-	A	A
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	-	-	250	248	259	259
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	215.5	277	248	254	-	-
OM DIAL SAC	213.5	265	248	248	-	-
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	216.0	274	245	-	255	-
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	216.5	275	-	246	246	-
PLUSVIDA SERVICIOS MEDICOS S.A.C.	-	B	-	-	A	-
CENTRO DE DIALISIS NEFRO CONTINENTE S.A.C.	-	B	-	-	A	-
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	216.0	C	-	240	-	245
CENTRO DE PREVENCIÓN DE ENFERMEDAD RENAL S.A.C.	-	-	-	-	A	-
RENEXA S.A. – DAVITA S.A.	-	-	-	~	-	-
Cantidad de empresas participantes	31	34	29	34	32	25

A: Cotización excluida por incongruencia con las instrucciones constatadas

B: Cotización excluida por ausencia de reincidencia en la presentación de cotizaciones

C: Cotización excluida en la imputación formulada por la Secretaría Técnica

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

⁷⁸

Para el caso del proceso CP-2, se ha calculado el valor de las cotizaciones como el promedio simple de las cotizaciones que los Centros de Hemodiálisis enviaron durante los meses de agosto y octubre de 2010.

234. En ese sentido, tras la verificación a nivel individual de la participación de cada uno de los Centros investigados en la presentación de las cotizaciones consensuadas, esta Comisión considera pertinente excluir a ciertos Centros de la realización de la práctica colusoria materia de imputación en el caso de procesos de selección específicos, en la medida que no se ha observado por parte de estas empresas la presentación de cotizaciones que cumplan con los criterios de evaluación aplicados por esta Comisión en las secciones precedentes. Esto se puede apreciar en la Tabla mostrada a continuación.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 9
Empresas imputadas y procesos de selección específicos de los que se
excluye su participación

Empresas	Proceso excluido
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	Cuarta Convocatoria
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	Cuarta Convocatoria
INTERDIAL NORTE SAC	Cuarta Convocatoria
NEPHRO CARE S.A.C.	Cuarta Convocatoria
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	Cuarta Convocatoria
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	Cuarta Convocatoria
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	Tercera Convocatoria
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	Tercera Convocatoria
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	Primera Convocatoria
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	Primera Convocatoria
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	Primera Convocatoria
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	Segunda Convocatoria Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	Concurso Público
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
OM DIAL SAC	Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	Segunda Convocatoria Cuarta Convocatoria
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	Primera Convocatoria Cuarta Convocatoria
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	Concurso Público Primera Convocatoria Tercera Convocatoria
CENTRO DE DIALISIS NEFRO CONTINENTE S.A.C.	Concurso Público Primera Convocatoria Segunda Convocatoria Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
PLUSVIDA SERVICIOS MEDICOS S.A.C.	Concurso Público Primera Convocatoria Segunda Convocatoria Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
CENTRO DE PREVENCIÓN DE ENFERMEDAD RENAL S.A.C.	Concurso Público Primera Convocatoria Segunda Convocatoria Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria
RENEXA S.A. – DAVITA S.A.	Concurso Público Primera Convocatoria Segunda Convocatoria Tercera Convocatoria Cuarta Convocatoria

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

6.4.5. Justificaciones referidas a costos formuladas por las Empresas Imputadas

235. Culminado en las secciones anteriores el análisis de los medios probatorios que acreditarían el consenso analizado, corresponde a esta Comisión verificar las explicaciones alternativas planteadas por las Empresas Imputadas, constatando

si las acciones observadas corresponden a una situación distinta a la existencia de la conducta anticompetitiva imputada.

236. Al respecto, las empresas investigadas presentaron durante el transcurso del procedimiento documentos con los que justificaron los motivos de su abstención en los procesos de gran envergadura convocados por EsSalud, mencionando que la tarifa que pagaba Essalud para la atención del servicio de hemodiálisis con reúso no cubría sus costos y expectativas.
237. En ese sentido, las Empresas Imputadas señalaron que sus cotizaciones estaban por encima del valor referencial establecido por Essalud para las convocatorias de mayor envergadura, debido a que sus cotizaciones se basaban en los costos de la prestación. Indicaron que entre los años 2010 y 2012 los costos se habían incrementado debido al alza de los insumos y materiales médicos, precisando que el incremento del tipo de cambio incidió en la tendencia creciente de los costos. Además, se mencionó que el alza de costos estaba relacionada con el incremento en los costos laborales que afrontaban las Empresas Imputadas debido al alza de la remuneración mínima vital que se llevó a cabo entre el año 2010 y 2012.
238. Sobre el particular, previamente al análisis de las afirmaciones de los Centros de hemodiálisis, y respecto a los procesos convocados entre el 2010 y 2012 por EsSalud para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros en Lima y Callao, debe precisarse que a lo largo de este periodo no solo fueron convocados procesos de selección de gran envergadura, sino también procesos de selección de menor envergadura⁷⁹.
239. De acuerdo con información disponible en el Sistema Electrónico de Contrataciones con el Estado (SEACE), entre los años 2010 y 2011 las empresas investigadas participaron en procesos de menor envergadura convocados por EsSalud para la atención del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros en Lima y Callao, de los cuales resultaron siendo ganadores en 365 procesos de AMC en el 2010 y 1,245 procesos de AMC en el 2011. Por otro lado, en el 2012 participaron en procesos de compras directas y, conforme al SEACE, de un proceso de exoneración⁸⁰. Los valores referenciales y precios adjudicados de estos procesos fueron de S/. 172.89 en el 2010 y S/. 171.44 en el 2011 y 2012. Así, los Centros de hemodiálisis prestaron sus servicios a EsSalud en el periodo investigado (2010 al 2012) cobrando entre S/. 171.44 y S/. 172.89 por sesión de hemodiálisis.
240. Un detalle que se desprende del punto anterior es que los valores referenciales de los procesos de menor envergadura guardaron similitud con los valores referenciales de los procesos de selección de gran envergadura. En efecto, los valores referenciales de los procesos de gran envergadura fueron: S/. 172.89 en el 2010, S/. 171.44 en el 2011 y S/. 175.04 en el 2012.

⁷⁹ Ver sección V referida a la descripción del mercado.

⁸⁰ De acuerdo al proceso de exoneración EXO-1-2011-ESSALUD/CNSR (1195E0011), cuya fecha de adjudicación fue el 4 de enero de 2012, en donde las empresas investigadas se adjudicaron la buena pro.

241. Sobre el particular, debido a que los procesos de gran envergadura y de menor envergadura tratan sobre la prestación del mismo servicio para la atención de pacientes de EsSalud en Lima y Callao, se evaluará si las condiciones de la prestación fueron similares.
242. Se debe señalar que el primer proceso de gran envergadura analizado corresponde al Concurso Público cuya última solicitud de cotización fue realizada en agosto del 2010. En ese sentido, la comparación de las condiciones de prestación entre los procesos de selección de gran envergadura y de menor envergadura debe tomar como referencia el periodo de agosto del 2010 hasta diciembre del 2012, siendo esta última fecha el momento en que se convocó al último proceso analizado.
243. Las condiciones de prestación del servicio de hemodiálisis en los procesos de selección de menor envergadura y gran envergadura se encuentran en las bases de los referidos procesos y en el Manual de Procedimientos de Enfermería. Al respecto, en las bases se especifican los términos de referencia (TDR) donde se detallan las especificaciones técnicas para la prestación de los servicios de hemodiálisis como son: (i) la definición de términos, (ii) estructura (recursos humanos, infraestructura, materiales), (iii) procesos, (iv) procedimientos y (v) resultados. Asimismo, en el Manual de Procedimiento de Enfermería se detallan las prácticas de atención que deben seguirse en un paciente con ERC y en el tratamiento de hemodiálisis, ello con la finalidad de unificar criterios y estandarizar las intervenciones de enfermería para reducir la variabilidad de la práctica⁸¹.
244. En relación al Manual de Procedimientos de Enfermería, de la revisión realizada es posible constatar que en todos los procesos de selección de gran envergadura y de menor envergadura se adjuntó el referido manual, siendo similares ambos procesos entre abril de 2011 y diciembre de 2012.
245. En relación con las bases de los procesos, esta Comisión ha constatado que no se presentan diferencias sustanciales en el contenido de los requerimientos solicitados por EsSalud de los procesos de selección de gran envergadura al compararlos con los de menor envergadura⁸². Las diferencias de las bases de ambos procesos están relacionadas con requisitos de (i) garantía, (ii) las especificaciones del montacarga y (iii) de los extintores de incendio, tal como se muestra en la siguiente tabla. Al respecto, el costo de la garantía se estima en S/. 1.61 por sesión⁸³ y los requisitos de montacargas y el extintor en S/. 0.53 soles por sesión⁸⁴.

⁸¹ El Manual de Procedimiento de Enfermería se acompañó a las Bases de los procesos de selección de gran envergadura.

⁸² Mediante Carta 1166-CNSR-ESSALUD-2015, EsSalud manifestó que no existieron diferencias sustanciales en las exigencias hechas entre las 2010 y 2012 para la prestación del servicio de hemodiálisis en los procesos de selección de gran envergaduras y los de menor envergadura.

⁸³ Conforme a la denuncia del 13 de abril del 2011 presentada ante el OSCE por diversos Centros investigados por intermedio del señor Raúl Barrios.

⁸⁴ El cálculo se obtuvo de la información de las cotizaciones presentadas por las empresas que obtuvieron la buena pro en la tercera convocatoria derivada (3-AMC) y que pertenecen a los procesos de selección de gran

Tabla 10
Diferencias entre las bases de los procesos de gran envergadura y de menor envergadura

Requisito	Gran envergadura	Menor envergadura
Garantía	Requiere Carta Fianza de Garantía de Seriedad de Oferta	No requiere Carta Fianza de Garantía de Seriedad de Oferta
Montacargas	No debe tener una dimensión de carga menor de 0.18 m ³	No debe tener una dimensión de carga menor de 0.21 m ³
Extintores de incendio	No se especifica las características que debe tener los extintores de incendios	Pueden ser de dos tipos: (i) extintores de CO ₂ o (ii) extintores de polvo químico seco con manómetro

Fuente: Bases de AMC 2010 y 2011. Para el 2012 Essalud cambió la modalidad de contratación a adjudicaciones directas y procesos de exoneración. En general, EsSalud mantiene requisitos similares en el resto de sus convocatorias según Carta N° 12398-OSC-CNSR-2015 del 9 de octubre de 2015.
Elaboración: Secretaría Técnica

246. Como se señaló anteriormente, los Centros investigados indicaron que las cotizaciones se basaron en los costos de la prestación del servicio. Para evaluar dicha afirmación, resulta pertinente comparar los costos asociados a las cotizaciones de los procesos de gran envergadura con el valor referencial de los procesos de menor envergadura que fue el precio pagado de manera efectiva a los Centros.
247. Al respecto, de acuerdo con lo señalado por los Centros investigados, las cotizaciones que remitieron a EsSalud para los procesos de mayor envergadura se pueden desagregar en costos asociados a personal, insumos y materiales médicos requeridos para la prestación del servicio, el margen de utilidad, y el impuesto general a las ventas (IGV). En la tabla a continuación se presenta los valores promedio de costos y margen de utilidad a partir de la información remitida por los Centros.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 11
Costos promedio antes del IGV y margen de ganancia por una (1) sesión de hemodiálisis

Cálculos	Procesos de gran envergadura					Procesos de menor envergadura^{3/}
	CP	1_AMC	2_AMC	3_AMC	4_AMC	Con 6% de mg
Costos^{1/}	195.76	186.42	186.92	184.43	185.52	137.06
Margen de ganancia (mg)^{2/}	15.9%	14.1%	13.9%	16.2%	15.4%	6.0%
Cotización después de mg	226.86	212.79	212.81	214.24	214.10	145.29
IGV^{4/}	43.10	38.30	38.31	38.56	38.54	26.15
Cotización/Valor referencial^{5/}	269.97	251.09	251.11	252.80	252.63	171.44

1/ Los costos totales recoge información de la prestación del servicio de hemodiálisis referida a costos de personal, medicina y material médico, servicios, apoyo administrativo y otros costos. Se calculó como el promedio de los costos remitidos por las empresas por cada proceso de selección.

2/ El margen de ganancia se calculó como el promedio de los márgenes de utilidad para cada proceso de selección de la información remitida por las empresas.

3/ Para los procesos de menor envergadura, se tomó el 6% de margen de utilidad indicado por las empresas investigadas, entre las que se encontraba Villa María.

4/ El IGV para el CP es de 19%, vigente al 2010, para los demás procesos se consideró 18%. Para los procesos de menor envergadura se consideró 18%.

5/ La cotización resultante se aproximó a partir de la información remitida por las empresas investigadas.

Fuente: Empresas investigadas

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

248. Por su parte, y de manera análoga que en el caso de las cotizaciones de los procesos de mayor envergadura, el valor referencial utilizado por EsSalud en los procesos de menor envergadura se descompone en los costos de la prestación del servicio, el margen de utilidad, y el IGV. A partir del valor referencial utilizado por EsSalud en los procesos de menor envergadura considerando un 18% por concepto de IGV y un margen de utilidad del 6% de acuerdo con lo señalado por algunos centros de hemodiálisis⁸⁵; se obtiene que el costo de la prestación asociada al valor referencial sería de S/. 137.06 por sesión como se muestra en la tabla anterior.

249. Como se señaló anteriormente, el servicio de hemodiálisis prestado en los procesos de menor envergadura y los de mayor envergadura tienen algunas diferencias. En efecto, los procesos de mayor envergadura exigían condiciones distintas respecto a la garantía, montacargas y extintor que implicaba un mayor costo respecto al servicio prestado en los procesos de menor envergadura que se estima en S/ 2.14 por sesión⁸⁶.

⁸⁵ Conforme a las entrevistas realizadas a las empresas investigadas, entre las que se encontraba Centro Médico Villa María S.A.C., el margen de ganancia promedio en los procesos que participaron se encontraba entre el 6% y 8 %, por lo que, considerando un escenario conservador, se consideró el margen de ganancia de 6%.

⁸⁶ Los procesos de menor envergadura no requerían de carta fianza por lo cual se debe adicionar el referido costo para que dichos procesos sean equiparables con los de mayor envergadura. En el caso de los requerimientos de montacarga y extintores las diferencias corresponden a cambios en las especificaciones, por lo que el monto a adicionar debería corresponder al costo incremental del cambio señalado. Sin embargo, debido a que

250. Para comparar el costo del servicio de hemodiálisis asociado a las cotizaciones de los procesos de mayor envergadura con el costo asociado al valor referencial de los procesos de menor envergadura, se adiciona a este último S/ 2.14 por sesión. Así, el costo por sesión de hemodiálisis asociado al valor referencial de los procesos de menor envergadura ajustado para que sea comparable con los procesos de mayor envergadura (costo del servicio ajustado) se calcula en S/. 139.20 por sesión como se muestra en la siguiente Tabla.

Tabla 12
Diferencias entre los costos de los procesos de gran envergadura y de menor envergadura

Procesos de selección	Procesos de Gran Envergadura ^{1/}	Proceso de Menor Envergadura ^{2/}	Diferencias de los costos entre ambos procesos
	Costos	Costos ajustados	Diferencia
CP	195.76	139.20	41%
1-AMC	186.42	139.20	34%
2-AMC	186.92	139.20	34%
3-AMC	184.43	139.20	32%
4-AMC	185.52	139.20	33%

1/ Promedio de Costos calculado a partir de la información de costos presentadas por los Centros investigados para cada proceso de selección de gran envergadura sin considerar IGV ni margen de ganancia

2/ Costo = Costo de considerar 6% de margen de ganancia + S/. 2.14.

Fuente: Empresas investigadas

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

251. De la Tabla anterior, se puede observar que los costos del servicio de los procesos de gran envergadura que sustentan las cotizaciones de los Centros investigados son superiores a los costos de servicio ajustado de los procesos de menor envergadura. En efecto, los costos del servicio de hemodiálisis presentados por los Centros en los procesos de mayor envergadura son superiores entre 33% y 41% a los costos del servicio en los procesos de menor envergadura.

Es decir, los costos presentados por los Centros investigados asociados a los insumos, materiales médicos y demás gastos incurridos en los procesos de mayor envergadura no correspondieron a los costos del servicio que pagó EsSalud y que los Centros aceptaron para la prestación del servicio en el periodo evaluado en los procesos de menor envergadura. Así, se puede deducir que los costos presentados por los Centros investigados en los procesos de mayor envergadura, que sustentan sus cotizaciones, no correspondieron a los costos del servicio prestado. De esta forma, las cotizaciones presentadas por los Centros de hemodiálisis en los procesos de gran envergadura no se sustentan en los costos incurridos de la prestación del servicio.

no se cuenta con dicha información y partiendo de un escenario conservador que favorezca a los Centros de hemodiálisis, se adiciona el monto total por montacarga y extintores. Así, las tres diferencias señaladas se estiman en S/. 2.14 por sesión de hemodiálisis, monto que se adiciona al costo de los procesos de menor envergadura.

252. Adicionalmente, las empresas investigadas han indicado que un factor que habría incidido a que los costos se incrementaran es la evolución del tipo de cambio, debido a que los insumos y materiales médicos son cotizados en dólares por los proveedores. Al respecto, se debe mencionar que el tipo de cambio entre agosto del 2010 y noviembre del 2012⁸⁷ se redujo en aproximadamente 7.1%⁸⁸, lo que contrariamente a lo señalado por los Centros de hemodiálisis habría generado una reducción en el costo de los insumos y materiales médicos.

Por último, debemos mencionar que un grupo de empresas investigadas que lograron adjudicarse la buena pro en los procesos de gran envergadura indicaron que obtuvieron rentabilidad en cada proceso adjudicado⁸⁹. De acuerdo con los Centros investigados los costos que enfrentaban eran similares entre ellas, siendo simétricas entre sí. En ese sentido, es factible suponer que las demás empresas investigadas también hubieran podido participar en dichas convocatorias y obtener un margen de ganancia. Por consiguiente, el argumento de los Centros de que la participación en los procesos de mayor envergadura les generaba una rentabilidad nula carece de sustento.

Debido a lo expuesto, esta Comisión considera que las justificaciones planteadas por los Centros investigados referidas a los costos incurridos por la prestación del servicio de hemodiálisis con reuso no se condicen con los hechos observados, por lo que no desvirtúan los alcances de la actuación constatada.

6.5 La abstención coordinada de los Centros investigados a los procesos de selección de gran envergadura

253. Una vez determinados los alcances de la participación de cada uno de los Centros de hemodiálisis en el consenso de los valores de las cotizaciones presentadas, corresponde a esta Comisión verificar la realización de las abstenciones coordinadas.
254. En ese sentido, se examinarán las entrevistas y correos electrónicos referidos a las Empresas Investigadas, los cuales fueron obtenidos en el marco de la labor de investigación de la Secretaría Técnica, relacionados con la referida abstención coordinada a los procesos de selección de gran envergadura.

⁸⁷ En agosto de 2010 fueron presentadas por los Centros de hemodiálisis las cotizaciones vinculadas al primero de los procesos materia de imputación, dándose la presentación de cotización para el último proceso involucrado en noviembre de 2012.

⁸⁸ De acuerdo al Banco Central de Reserva (BCRP) el tipo de cambio nominal en agosto del 2010 fue de 2.8 soles mientras que en noviembre del 2012 fue de 2.6 soles lo cual refleja una reducción de 7.1%.

⁸⁹ Los procesos que lograron adjudicarse las empresas investigadas: OM DIAL, Davita, Renexa e INPA fueron la tercera y cuarta convocatoria derivada, conforme se detalla en el SEACE.

6.5.1. *Medios probatorios que refieren a la existencia de un consenso entre los Centros investigados para abstenerse conjuntamente de participar en los procesos de selección de gran envergadura*

255. A continuación se expondrá el material probatorio que nos permite aseverar que existió un consenso entre diversos centros de hemodiálisis, entre los años 2010, 2011 y 2012, referido a abstenerse de manera conjunta en los procesos de selección de gran envergadura, es decir, el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.
256. Tal como se podrá apreciar de los fragmentos de entrevistas y de los correos electrónicos descritos a continuación – y en anexos –, dichas abstenciones se llevaron a cabo a efectos de que EsSalud tome los valores de las cotizaciones presentadas, a fin de incrementar el precio pagado por el servicio de hemodiálisis a los Centros imputados.
257. Así se tiene que la Entrevista 2 realizada al señor Fredy Gonzales, entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 26 de agosto de 2013 en las instalaciones de Salud Renal, señaló lo siguiente:

- **Entrevista 2, Fragmento 2 – Salud Renal**

«*Minuto 19:33 en adelante*

Secretaría Técnica: *Pero digamos, en términos generales usted conoce más o menos cuál es el manejo de la empresa con la asociación*

Fredy Gonzales: *En sí, es un poco limitado. Solamente, en el sentido, cuando hay estos inconvenientes de convocatoria. Entonces mandan el aviso de reunión en la asociación, donde el señor Jose acude, y de acuerdo a ello se toman las decisiones del caso, si se presentan o no se presentan.»*

[Resaltado agregado]

En este fragmento de la entrevista, el contador general de Salud Renal refiere que diversos Centros habrían realizado en el marco de la ADECEPRIH reuniones cuando EsSalud convocaba a procesos de selección, decidiéndose en dichas reuniones si presentarían o no las propuestas respectivas.

Esta parte de la entrevista refleja que diversos Centros se habrían reunido antes de cada proceso de selección para determinar la abstención conjunta a los procesos de selección convocados por EsSalud, hecho que se observa al afirmarse que cuando habían convocatorias los centros de hemodiálisis se reunían para tomar la decisión de presentarse o no.

258. La Entrevista 1 contiene las declaraciones del señor Harold Arce, entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 26 de agosto de 2013 en las instalaciones de Caminos del Inca, señalando lo siguiente:

- **Entrevista 1, Fragmento 2 – Caminos del Inca**

«*Minuto 26:53 en adelante*

Harold Arce: Este concurso público es del 2011. El problema es que también EsSalud, o el centro de hemodiálisis, y eso es lo que me dijo también el abogado de la asociación, comete muchos errores. Se supone que si hay un concurso público del 2010, y ese concurso público del 2010 no se da o solo una proporción de clínicas participa y el resto quedó desierto, en el 2011 tiene que haber otro concurso público y esto ya tiene que quedar anulado, dice, porque esto tiene otro presupuesto. Y eso nos explicó el abogado de la asociación. No puede ser posible, porque ellos arrastran y siguen arrastrando un error, dicen. Esto era un error del 2011, en el 2011 debió quedar anulado. Hubo una primera convocatoria, se presentaron 4 clínicas, hubo la segunda convocatoria, creo que se presentaron 5 no más, y la tercera convocatoria creo que ninguna o una se habrá presentado. Y era un concurso público del 2011. El centro de hemodiálisis a veces se cierra. La única manera de nosotros ponernos fuertes es no presentarnos, vamos todos pero no nos presentamos.

Secretaría Técnica: Ustedes ya como asociación adoptaron esa estrategia.

Harold Arce: Claro, porque se le explicó y ellos se cierran. Si hay un concurso del 2013, pues tiene que ser con las bases del 2013. Que ellos se demoren en preparar, porque tiene que pasar a varias áreas para que puedan armar la documentación, y la base en realidad, y colgarse en el SEACE. Eso ya es problema de ellos. Hay otras entidades del Estado que rápidamente lo hacen en el mismo año y lo convocan, ese es el problema de ello.

Secretaría Técnica: Usted mencionó que es una posición de las empresas de hemodiálisis en respuesta a la actitud de EsSalud. ¿Cómo así se adoptó esa posición?

Harold Arce: Bueno. Antes éramos un poco temerosos. En ese momento no tenían mucha experiencia las clínicas y todas trabajaban independientemente. Si EsSalud no nos paga, bueno, tenemos que esperar. Si EsSalud dice “queremos que compren un equipo sofisticado, un electro no sé cuántos, con esas condiciones, porque si no compran saben que van a haber penalidades” lo tenemos que comprar, lo adquirimos. A veces ni se usa o se puede usarlo. Y ellos lo ponen escrito en sus bases, y tenemos que cumplirlo. Ahí es donde la Asociación dijo, pero porque, podemos ser fuertes, el abogado es un experimentado hombre que ha trabajado en licitaciones para entidades de petróleos, de otros centros de comercio, y siempre ha visto la injusticia, hay que plantearle. Nos formamos en ese momento y un poco que recién se dio cuenta EsSalud que ya en las reuniones había un abogado que explicaba, porque él ya se había leído previamente las bases. No tengo yo el documento, pero ellos han presentado que errores tienen a veces las bases y lo envían

Secretaría Técnica: Quienes son ellos

Harold Arce: La asociación con el abogado. Entonces lo plantean y lo escriben.»
[Resaltado agregado]

En esta parte de la entrevista, el administrador de Caminos del Inca refiere que diversos centros de hemodiálisis adoptaron la estrategia de abstenerse conjuntamente a los procesos de selección convocados por EsSalud como mecanismo de fuerza ante la actitud de dicha entidad de no corregir los errores incurridos en los procesos de selección convocados.

También afirma que esta posición fue tomada al percatarse en el marco de la ADECEPRIH que podían tomar una postura más fuerte ante EsSalud con el apoyo del abogado de la asociación, el señor Raúl Barrios.

Este fragmento de entrevista evidencia la existencia de un consenso entre diversos Centros para abstenerse en los procesos de selección convocados por EsSalud. Como se reconoce, éstos se abstenían de manera conjunta como medida de fuerza ante EsSalud, acción que, según lo dicho, es consensuada en

el marco de las reuniones convocadas por la ADECEPRIH tras cada convocatoria de los procesos de selección.

259. La Entrevista 4 contiene parte de las declaraciones del señor Enrique Cesar Tadeo Echeandía Gonzales, identificado con Documento Nacional de Identidad 07963717 (en adelante, el señor Enrique Echeandía), administrador de la empresa San Fernando, quien es entrevistado en el marco de la visita de inspección realizada el 26 de agosto de 2013 en las instalaciones de la empresa ubicadas en Calle Bodegones 584 – Santiago de Surco.

- **Entrevista 4, Fragmento 1 – San Fernando**

«*Minuto 23:08 en adelante*

Secretaría Técnica: *¿Y no le saldría a su empresa más fácil presentarse al concurso y ganar con este S/. 171.44 antes que estar por menores cuantías?*

Enrique Echeandía: *No, porque se entiende que no se debió haber presentado nadie. Pero se presentaron esas tres.»*

[Resaltado agregado]

En la entrevista realizada el administrador de San Fernando refiere que ningún competidor debió de haberse presentado en el proceso de selección convocado, agregando a ello que, a pesar de que ninguna empresa debió de haberse presentado, tres empresas participaron en el proceso de selección⁹⁰. Esta afirmación refleja que el administrador de San Fernando tenía conocimiento de que ninguno de los centros de hemodiálisis debía de presentarse en dicho proceso de selección, hecho que habría sido incumplido por algunas empresas.

Esta entrevista, leída de manera conjunta con los fragmentos observados previamente en esta sección, reitera la existencia de un consenso entre diversos centros de hemodiálisis para abstenerse en los procesos de selección convocados por EsSalud.

260. Según se puede apreciar de las entrevistas, los Centros investigados se habrían reunido con posterioridad a la convocatoria de los procesos de selección para determinar su participación o abstención, lo que es corroborado por los Correos 12 y 13 donde se comunica a través de la cuenta de correo de ADECEPRIH que las abstenciones habrían sido útiles para informar a EsSalud sobre la negativa de las Empresas Imputadas en participar de no elevarse el valor referencial.

- **Correo 12 – Jueves 8 de marzo de 2012**

«*Asunto: CARTA CENTROS DE DIALISIS*

*Señores
CENTRO DE DIALISIS
(...)*

⁹⁰

Cabe mencionar que esta situación solo pudo haberse presentado en el marco de la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, ya que a diferencia del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria en estos procesos de selección se tuvieron más de un ganador.

Luego de esta etapa, cerca de cuatro meses estamos concentrados en el aumento justo y merecido de nuestras tarifas.

Para ello no participamos en el Concurso Público convocado por el CNSR, posteriormente en la primera y segunda Menor Cuantía de un año que fuimos convocados por la misma entidad tampoco participamos lo que por último logró convencer a TODAS las autoridades de EsSalud que el problema de nuestra ausencia era la tarifa y no otra razón. Lamentablemente, esta oportunidad tampoco nos acompañaron los mismos Centros que no participaron en aquella oportunidad del año 2009. (...)

Por último debo recordarles que en la última reunión que tuvimos acordamos aportar (...) por cada centro y pagar lo adeudado al abogado, ahora que tanto lo necesitamos.

Solicitamos que los Centros que jamás aportaron reflexionen y colaboren que **cualquier alza que se logre** también ellos lo van a recibir.

LO UNICO QUE PODEMOS PROMETERLES ES QUE SI O SI LOGRAREMOS EL AUMENTO DE NUESTRA TARIFA EL MONTO LO DEJAMOS EN MANOS DE DIOS Y DEPENDERÁ DEL APOYO QUE RECIBAMOS DE TODOS.

ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

- **Correo 13 – Jueves 8 de marzo de 2012**

«Asunto: CENTRO DE DIALISIS

Señores
CENTROS DE DIALISIS

Adjunto Carta.

ADECEPRIH

Datos adjuntos: CARTA CENTRO DE DIAISIS.docx

Señores
CENTRO DE DIALISIS
(...)

Luego de esta etapa, cerca de cuatro meses estamos concentrados en el aumento justo y merecido de nuestras tarifas.

Para ello no participamos en el Concurso Público convocado por el CNSR, posteriormente en la primera y segunda Menor Cuantía de un año que fuimos convocados por la misma entidad tampoco participamos lo que por último logró convencer a TODAS las autoridades de EsSalud que el problema de nuestra ausencia era la tarifa y no otra razón. Lamentablemente, esta oportunidad tampoco nos acompañaron los mismos Centros que no participaron en aquella oportunidad del año 2009. (...)

Por último debo recordarles que en la última reunión que tuvimos acordamos aportar (...) por cada centro y pagar lo adeudado al abogado, ahora que tanto lo necesitamos.

Solicitamos que los Centros que jamás aportaron reflexionen y colaboren que **cualquier alza que se logre** también ellos lo van a recibir.

LO UNICO QUE PODEMOS PROMETERLES ES QUE SI o SI LOGRAREMOS EL AUMENTO DE NUESTRA TARIFA EL MONTO LO DEJAMOS EN MANOS DE DIOS Y DEPENDERÁ DEL APOYO QUE RECIBAMOS DE TODOS.

ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

261. El reporte contenido en los Correos 12 y 13 refiere que, para el “aumento justo y merecido” de la tarifa pagada por la prestación del servicio de hemodiálisis, diversos Centros se abstuvieron conjuntamente de participar en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera Convocatoria y Segunda Convocatoria, logrando convencer con ello a las autoridades de EsSalud que su ausencia se debía a la tarifa pagada.
262. Por tanto, este reporte, a partir de su observación conjunta con los fragmentos de las entrevistas citadas en esta sección, permite constatar que diversos Centros coordinaron conjuntamente su abstención en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria. En ese sentido, los Correos 12 y 13 permiten comprobar dicha conclusión.
263. El Correo 14, en forma similar a los Correos 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 (Anexo 6) contienen convocatorias con carácter de urgencia o emergencia emitidas por la ADECEPRIH a los Centros investigados entre los años 2010 y 2011, a efectos de reunirse en seis oportunidades durante la realización del Concurso Público convocado por EsSalud, consignando como materia de reunión dicho proceso de selección de gran envergadura. A modo de ejemplo, tenemos que el Correo 14 señala lo siguiente:

• **Correo 14 – Miércoles 22 de diciembre de 2010**

«Asunto: REUNION DE EMERGENCIA

Señores Asociados
(...)

Reunion de Emergencia Clínica Santa Lucia 8 pm Jueves 23

Tema

- **Concurso Publico**

- Los tiempos de Colsultas son muy cortos empezaran hoy día 22

NO FALTES

LA DIRECTIVA »
[Énfasis agregado]

264. En estas comunicaciones se puede apreciar que diversos centros de hemodiálisis procedieron a reunirse de manera posterior a la convocatoria del proceso de selección realizado por EsSalud – Concurso Público -, y en los días previos a la fecha de presentación de propuestas.
265. La existencia de estas reuniones resulta coincidente con las afirmaciones realizadas en la Entrevista 2 (Fragmento 2) que refieren de la realización de reuniones tras la convocatoria a los procesos de selección de EsSalud a efectos de coordinar su abstención conjunta en los procesos realizados; coincidiendo

además con el reporte contenido en los Correos 12 y 13, en los cuales se afirma que diversos centros de hemodiálisis se abstuvieron conjuntamente de participar en el Concurso Público a efectos de que EsSalud incremente el valor pagado por el servicio.

266. El Correo 22 y de manera muy similar los Correos 23, 24 y 25 (Anexo 7) constituyen convocatorias con carácter de urgencia y emergencia referidas a reuniones en el marco de la ADECEPRIH que presentan las mismas características que las reuniones referidas en los Correos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21, es decir, se presentan igualmente la citación a reuniones y la realización de las mismas de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección y en los días previos a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección.
267. En tal sentido, a través de estos correos electrónicos, remitidos en agosto del 2011, se convocó a reuniones en el marco de la ADECEPRIH, a efectos de reunirse el 12, 18 y 22 de agosto de 2011 durante el transcurso de la AMC Derivada en su Primera Convocatoria realizada por EsSalud.

- **Correo 22 – Jueves 11 de agosto de 2011**

«Asunto: REUNION URGENTE

SRS. CENTROS DE DIALISIS

CONVOCAMOS A REUNION DE URGENCIA A TODOS LOS CENTROS DE DIALISIS, PARA EL DIA VIERNES 12/08/2011 A LAS 08:00 pm EN LA CLINICA SANTA LUCIA Y TRATAR LA SIGUIENTE AGENDA;

- INFORME APP

*- **CONVOCATORIA NUEVO CONCURSO PUBLICO***

ES NECESARIO E IMPORTANTE LA ASISTENCIA A ESTA REUNION (ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS), SE TRATARAN TEMAS DE SUMO INTERES ASI COMO SE INFORMARAN AVANCES Y LOGROS DEL TEMA APP

ATTE

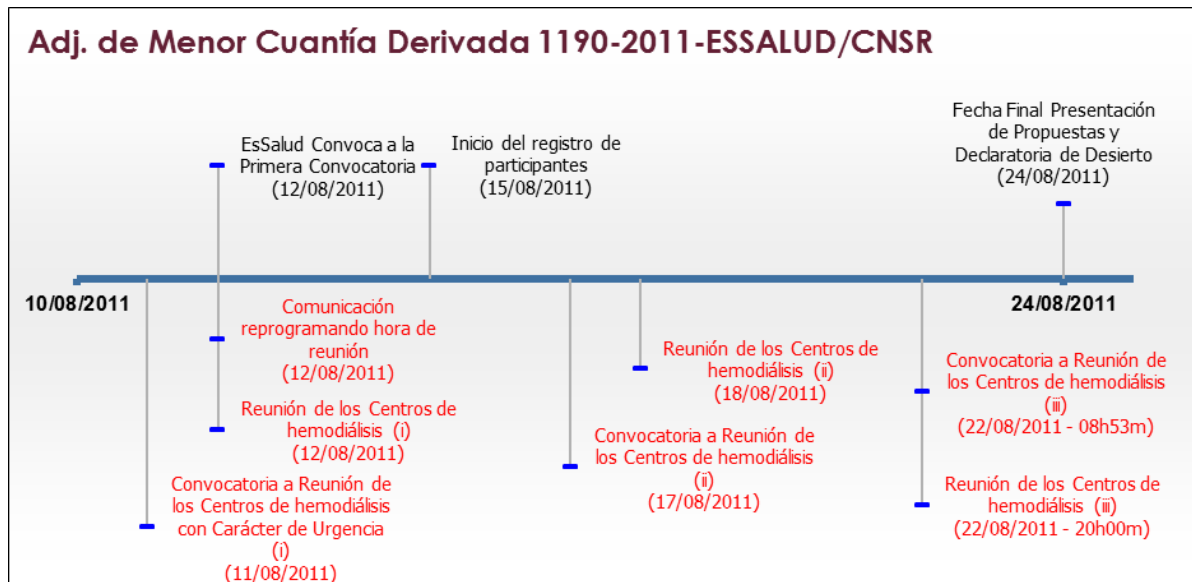
ADECEPRIH»

[Énfasis agregado]

268. Del análisis conjunto de las comunicaciones referidas en el numeral 266 junto con lo afirmado en la Entrevista 2 (Fragmento 2) y los Correos 12 y 13, se puede concluir que diversos centros de hemodiálisis se habrían reunido de manera posterior a la convocatoria del proceso de selección realizado por EsSalud; y, en etapas previas y cercanas a la presentación de propuestas, a efectos de coordinar su abstención conjunta a la AMC Derivada en su Primera Convocatoria.

Lo señalado se pueda apreciar en el Gráfico presentado a continuación.

Gráfico 9
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la AMC
Derivada en su Primera Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

269. El Correo 26, y de manera muy similar los Correos 27 y 28 (Anexo 8) constituyen convocatorias a reuniones en el marco de la ADECEPRIH que presentan las mismas características que las reuniones referidas en los Correos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25. Así se presentan igualmente citaciones a reuniones y la realización de las mismas de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección y en los días previos a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección.

Es así que en estos correos electrónicos, remitidos en diciembre de 2011, se convocó a una reunión en el marco de la ADECEPRIH, durante el transcurso de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria realizada por EsSalud.

- **Correo 26 – Lunes 12 de diciembre de 2011**

«Asunto: Re: DEPOSITO URGENTE

SRS CENTROS DE DIALISIS
 SE ESTA PROGRAMANDO REUNION PARA EL DIA MIERCOLES 14/12/2011,
 RESPECTO DE:
**2ª CONVOCATORIA DE MENOR CUANTIA - DEFICIENCIAS Y CONTRADICCIONES
 CON DISPOSITIVOS LEGALES**

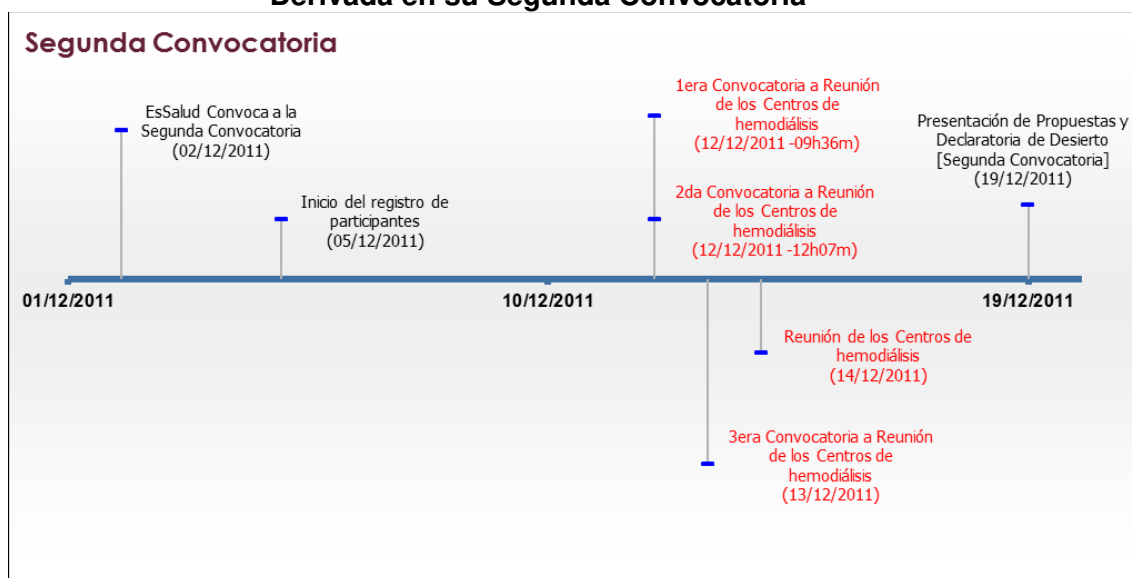
EN LAS PRÓXIMAS HORAS SE ESTABLECERA EL LUGAR
 (CAMARA DE COMERCIO O ESTUDIOS BARRIOS), ESTAR ATENTOS

ATTE
 DIRECTIVA»
 [Énfasis agregado]

270. Del análisis conjunto de la Entrevista 2 (Fragmento 2), de los Correos 12 y 13; y, de las comunicaciones mencionadas en el numeral 269 se puede concluir que los diversos centros de hemodiálisis habrían procedido a reunirse de manera posterior a la convocatoria del proceso de selección realizado por EsSalud; y, en una etapa previa y cercana a la fecha de presentación de propuestas, a efectos de coordinar su abstención conjunta a la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria.

Lo indicado se puede apreciar en el Gráfico presentado a continuación.

Gráfico 10
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

271. Los Correos 29, 30 y 10 muestran comunicaciones enviadas por la ADECEPRIH a distintos centros de hemodiálisis dando indicaciones de cómo responder a la consulta realizada por EsSalud respecto a los motivos que habrían originado su abstención a la AMC Derivada en su Primera (Correos 29 y 30) y Segunda (Correo 10) Convocatoria.

- **Correo 29 – Lunes 5 de setiembre de 2011**

«Asunto: CARTAS CNSR OSCE

Srs CENTROS DE DIALISIS

POR INIDCACION DEL AREA LEGAL, DEBEMOS ENVIAR CARTA AL COMITE DEL MC 1190-2011 ESSALUD/CNSR Y A LA OSCE, LOS MOTIVOS POR EL CUAL NO NOS PRESENTAMOS A DICHO CONCURSO»

[Énfasis agregado]

- **Correo 30 – Miércoles 7 de setiembre de 2011**

«Asunto: Re: cartas varias de importancia

Srs CENTROS DE DIALISIS

No existe modelo de carta, ésta debe expresar nuestra disconformidad con el precio unitario referencial ya que no refleja la cobertura de nuestros costos y que no se han tomado en cuenta nuestras cotizaciones.

Deben preparar dos cartas, una dirigida al comité de la menor cuantía convocada y otra dirigida al presidente de la OSCE (la ofc queda a la espalda del edificio de la osce)»

[Énfasis agregado]

- **Correo 10 – Miércoles 18 de julio de 2012**

«Asunto: CARTA CIRCULAR Y PRECIO REFERENCIAL

SEÑORES PROPIETARIOS:

SE LES COMUNICA QUE EL CNSR- ESSALUD CON LA CARTA CIRCULAR Nro 0002-DL-OA-CNSR-ESSALUD 2012 ESTA SOLICITANDO LOS MOTIVOS POR LA CUAL NO NOS PRESENTAMOS AL PROCESO AMC-11902011(ESSALUD/CNSR (1195M11902) SE LES RECUERDA FUE POR TENER EL PRECIO REFERENCIAL BAJO Y QUE NO CUBRIAN NUESTROS COSTOS OPERATIVOS Y ALZA DE INSUMOS (SE HABIA ANUNCIADO EL AUMENTO DEL SUELDO MINIMO VITAL).

TAMBIEN ESTAN SOLICITANDO PRECIO REFERENCIAL NO SE OLVIDEN QUE EL ULTIMO QUE ENVIARON PUEDE SER MAS, ESTE PRECIO LO PUEDE TOMAR ESSALUD PARA PROMEDIAR CON LOS QUE TIENEN

POR RECOMENDACION DEL DR. BARRIOS LOS DOS PEDIDOS DE ESSALUD ENVIARLO POR CORREO Y TAMBIEN LLEVARLO FISICAMENTE.

LA DIRECTIVA-ADECEPRIH»

[Énfasis agregado]

Estas comunicaciones leídas de manera conjunta con las entrevistas y correos mencionados anteriormente en esta sección, permiten apreciar que, tras la abstención conjunta por parte de diversos centros de hemodiálisis a la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria, la ADECEPRIH habría canalizado tras cada uno de estos procesos de selección indicaciones para que cada empresa sustente su abstención ante EsSalud bajo un mismo motivo consistente en la presencia de un bajo precio referencial que no cubriría sus costos.

272. Por tanto, el establecer de manera conjunta los motivos de su abstención ante EsSalud, reiteraría que estos Centros pretendieron dar a entender a EsSalud que sus abstenciones a los procesos de selección se debían a que dicha entidad no incrementaba el precio pagado por el servicio de hemodiálisis con reuso, ello a fin de lograr su incremento y fijar un precio.
273. El Correo 31 constituye una convocatoria a reunión en el marco de la ADECEPRIH que presenta las mismas características de las reuniones referidas en los Correos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28, presentándose igualmente citación a reunión y realización de la misma de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección y de manera previa a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección.

274. Es así que en este correo electrónico, remitido en agosto de 2012, se convocó a una reunión en el marco de la ADECEPRIH, durante el transcurso de la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria realizada por EsSalud.

- **Correo 31 – Miércoles 8 de agosto de 2012**

«Asunto: ¡¡REUNION!!

*Señores
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-*

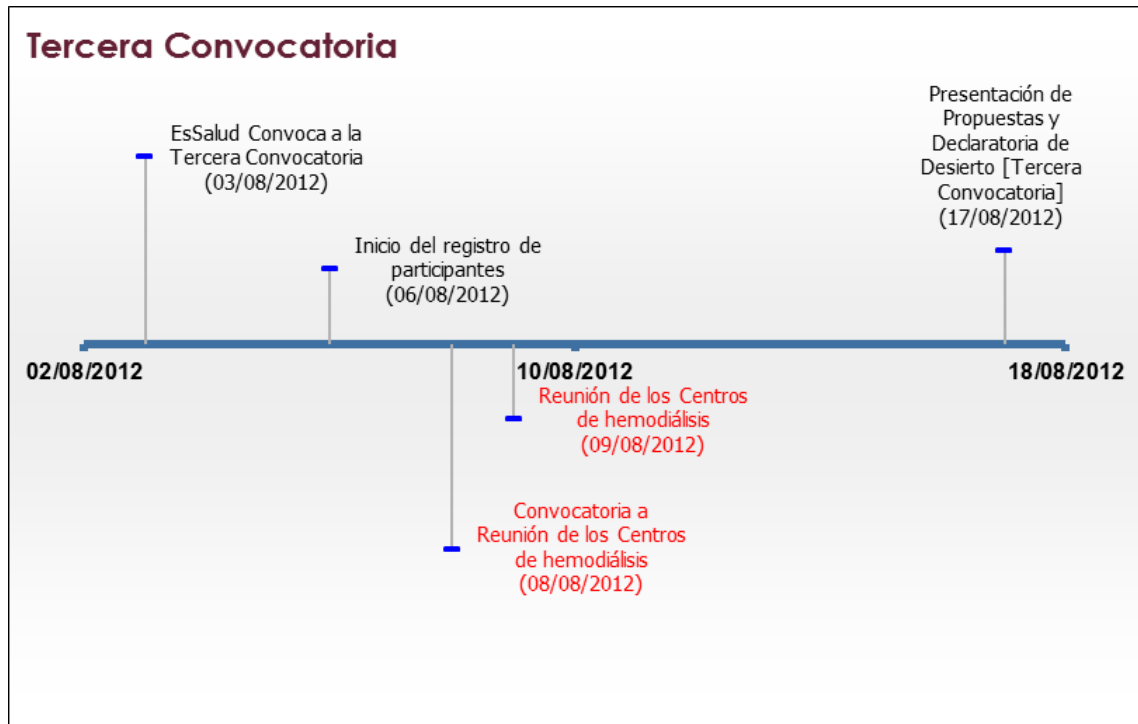
*SE INVITA A LA REUNION QUE SE LLEVARA A CABO EL DIA DE MAÑANA JUEVES 9
DE AGOSTO A LAS 8PM EN PUNTO EN LA CLINICA SANTA LUCIA.
AGENDA ABIERTA
ADECEPRIH»*

Este hecho, que fue previamente constatado en el caso del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria, se observa igualmente en el caso de la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria. De este modo a partir de la observación conjunta de la Entrevista 2 (Fragmento 2) y el Correo 31, que cita a reunión a los Centros investigados posteriormente a la convocatoria al proceso de selección, en una etapa previa a la fecha de presentación de propuestas, lleva a concluir que dicha reunión se dio a efectos de coordinar la abstención conjunta a la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria.

Lo señalado se pueda apreciar en el Gráfico presentado a continuación.

[Continúa en la página siguiente]

Gráfico 11
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la AMC
Derivada en su Tercera Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

275. El Correo 32 constituye una convocatoria a reunión en el marco de la ADECEPRIH que presenta las mismas características de las reuniones referidas en los Correos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 31, presentándose igualmente citación a reunión y realización de la misma de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección y de manera previa a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección.
276. Es así que en este correo electrónico, remitido en octubre de 2012, se convocó a una reunión en el marco de la ADECEPRIH, durante el transcurso de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria realizada por EsSalud.

- **Correo 32 – Lunes 29 de octubre de 2012**

«Asunto: REUNION URGENTE

SEÑORES
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

SE CITA CON CARÁCTER DE URGENCIA A LA REUNION QUE SE LLEVARÁ A CABO
MAÑANA 30 DE OCTUBRE, HORA: 8:00PM EN LA CLINICA SANTA LUCIA.

AGENDA A TRATAR:

- **CUARTA CONVOCATORIA MENOR CUANTIA**

- INFORME DE LA REUNION EN LA CAMAMRA DE COMERCIO CON PRESIDENTA DE ESSALUD DRA. VIRGINIA BAFFIGO.

- RECOMENDACIONES DEL ABOGADO DR. RAÚL BARRIOS

ADECEPRIH»

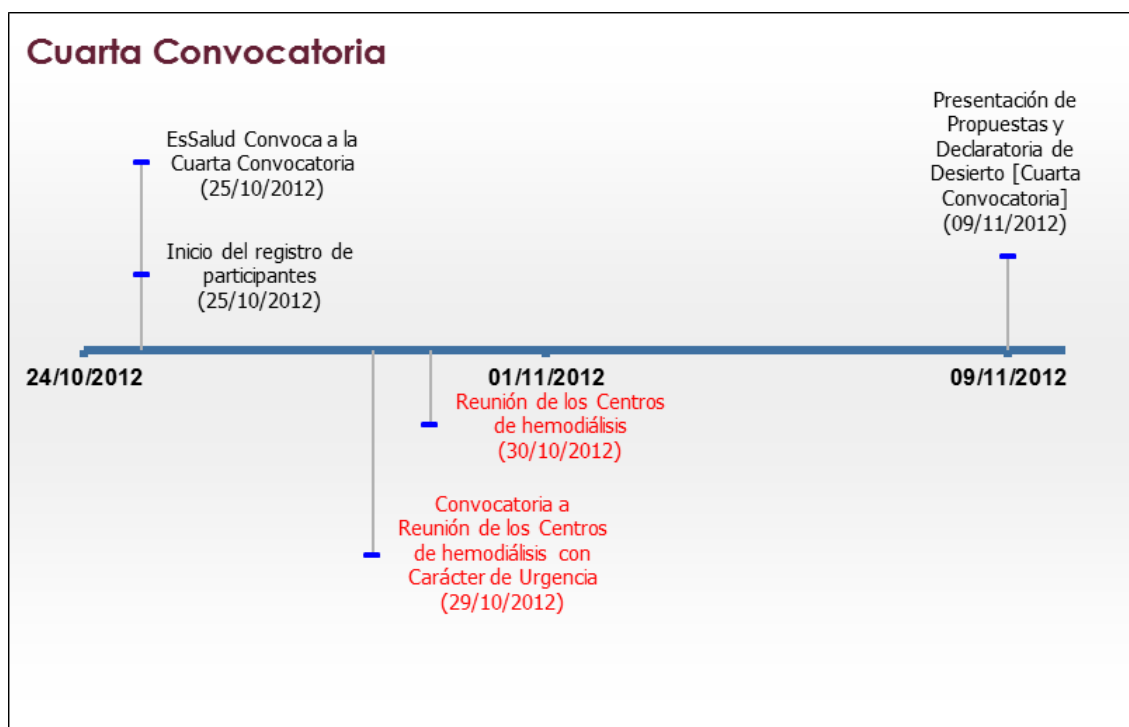
[Énfasis agregado]

A partir de la observación conjunta de esta comunicación junto con las afirmaciones de la Entrevista 2 (Fragmento 2); y, el actuar constante de los Centros que se ha podido apreciar del resto de correos y comunicaciones referidos a los otros procesos de selección anteriores, lleva a concluir que la reunión convocada en el Correo 32 se dio a efectos de coordinar la abstención conjunta a la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria, de manera semejante a lo observado en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera Convocatoria.

En ese sentido, se observa que, al igual que en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Tercera Convocatoria, en la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria se convocó a los Centros investigados posteriormente a la convocatoria al proceso de selección, en una etapa previa a la fecha de presentación de propuestas.

Ello se puede apreciar en el Gráfico presentado a continuación.

Gráfico 12
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

277. Por tanto, de acuerdo con un análisis integral de los medios probatorios ofrecidos durante el procedimiento administrativo sancionador, esta Comisión ha identificado que en el caso de las abstenciones en los procesos de selección se presentan citaciones a reuniones y la realización de las mismas de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección; y, en los días previos a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección.
278. Por tanto, el análisis de las abstenciones desarrollado en la presente sección de la Resolución se puede resumir de la siguiente manera:

Tabla 13
Análisis de las coordinaciones de las abstenciones conjuntas en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria

	Concurso Público	Primera convocatoria	Segunda convocatoria	Tercera convocatoria	Cuarta convocatoria
Citación a reunión y realización de reunión de manera posterior a la Convocatoria de EsSalud al proceso de selección	✓	✓	✓	✓	✓
Citación a reunión y realización de reunión en los días previos a la fecha de presentación de propuestas al proceso de selección	✓	✓	✓	✓	✓
Abstenciones desarrolladas de manera conjunta por los Centros de hemodiálisis.	✓	✓	✓	✓	✓

Cuadro elaborado a partir de la información proporcionada por los correos electrónicos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32.

Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

6.5.2. Conclusiones acerca del análisis de los medios probatorios

279. En opinión de esta Comisión, el análisis de los correos electrónicos y los fragmentos citados de las Entrevistas permite aseverar que existió un consenso entre diversos Centros entre los años 2010, 2011 y 2012, referido a abstenerse de manera conjunta en los procesos de selección de gran envergadura, a efectos de que EsSalud tome los valores de las cotizaciones presentadas, buscando con ello incrementar el precio pagado por el servicio de hemodiálisis con reuso.
280. Así, de manera general, se ha podido constatar lo siguiente:
- a) Entrevistas y correos electrónicos revelan la realización de acuerdos entre diversos centros de hemodiálisis en reuniones realizadas tras la convocatoria a procesos de selección de gran envergadura para abstenerse conjuntamente de participar en los procesos de selección.

- b) Correos electrónicos refieren que la abstención conjunta de estos centros de hemodiálisis se habría realizado a efectos de convencer a EsSalud que se ausentarían a los procesos de selección debido a la tarifa pagada, pretendiendo lograr con ello que se incremente el precio pagado por la realización del servicio de hemodiálisis.
- c) Un grupo de correos contiene indicaciones canalizadas por medio de la ADECEPRIH a efectos de que cada centro de hemodiálisis indique como motivo de abstención a los procesos de selección de gran envergadura, la presencia de un bajo precio referencial.
- d) La realización de las reuniones constatadas se presentó en el marco del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.

281. En consecuencia, de manera particular de la revisión de los correos electrónicos y entrevistas realizadas, esta Comisión puede concluir lo siguiente:

- i. Los Correos 12 y 13 y los fragmentos de las entrevistas citadas permitirían inferir que existieron reuniones entre diversos centros de hemodiálisis tras cada convocatoria de proceso de selección de gran envergadura en las que se consensuó abstenerse conjuntamente de participar, a efectos de convencer a EsSalud de que se ausentarían a los procesos de selección debido a la tarifa pagada, pretendiendo lograr con ello que se incremente el precio pagado por la realización del servicio de hemodiálisis.
- ii. Los Correos 29, 30 y 10 reflejan que estos Centros habrían coordinado por medio de indicaciones de la ADECEPRIH que cada empresa sustente ante EsSalud que la abstención en los procesos de selección se debió a la presencia de un bajo precio referencial.
- iii. Considerando lo señalado en los Correos 12 y 13 y los fragmentos de las entrevistas citadas, se puede concluir que los Correos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31 y 32 mostrarían que las reuniones convocadas por la ADECEPRIH luego de las convocatorias de EsSalud a los procesos de selección de gran envergadura, tuvieron como objetivo llegar a un consenso para la abstención conjunta de estos centros de hemodiálisis en el marco del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.

6.6 Participación individual y ejecución de la abstención conjunta a los procesos de selección de gran envergadura

282. Tras constatar que el análisis de correos electrónicos y entrevistas realizado en la sección anterior revela que diversos centros de hemodiálisis habrían coordinado su abstención conjunta a los procesos de selección de gran envergadura, corresponde a esta Comisión determinar cuáles de las Empresas Imputadas formaron parte del consenso referido, constatando los alcances de su participación individual.

283. Sobre el particular, al constatarse en la sección precedente que la abstención conjunta de los diversos centros de hemodiálisis tuvo como objetivo obligar a EsSalud a la utilización de las cotizaciones presentadas, esta Comisión considera que la verificación de la abstención por parte de las Empresas Imputadas debe realizarse sobre aquellos procesos de selección en los que formaron parte del consenso referido a los valores de cotización.
284. En ese sentido, esta Comisión estima que, a efectos de verificar la participación individual de cada empresa imputada, debe constatarse que tras su participación individual en el consenso del valor de las cotizaciones de un proceso de selección particular se observe su abstención a dicho proceso, corroborándose así que tras la participación en la conducta fue convocado a las reuniones de coordinación y procedió a actuar conforme al consenso identificado en la sección precedente.
285. Debido a ello, se procederá a analizar a partir de los documentos de cada proceso de selección de gran envergadura si los 34 Centros imputados que participaron en el consenso de cotizaciones procedieron a abstenerse conjuntamente en los procesos de selección de gran envergadura en los que presentaron sus cotizaciones, especificando aquellos que procedieron a postular.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 14
Participación de los Centros de hemodiálisis imputados en los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud

	CP-1	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Empresas	abr-11	ago-11	dic-11	ago-12	dic-12
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	-	-	-	-	-
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	-	-	-	-	-
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	-	-	-	-	-
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	-	-	-	-	-
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	-	-	-	-	-
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	-	-	-	-	-
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	-	-	-	-	-
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	-	-	-	-	-
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	-	-	-	-	-
PRONEFROS S.A.C.	-	-	-	-	-
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	-	-	-	-	
RENAL CARE S.A.C.	-	-	-	-	-
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	-	-	P	P	
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	-	-	-	-	
INTERDIAL NORTE SAC	-	-	-	-	
NEPHRO CARE S.A.C.	-	-	-	-	
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	-	-	-	-	
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	-	-	-		-
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	-	-	-		-
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	-		-	-	-
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	-		-	-	-
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	-		P	-	-
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	-	-			
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.		-	-	-	-
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	-	-	-		
OM DIAL SAC	-	-	-		
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	-	-	-	-	
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	-		-	-	
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARIA S.A.C.			-		-
Cantidad de empresas con abstención	32	29	31	27	23

P: Participación

■: La empresa evaluada no presentó cotizaciones en el proceso o estas no cumplen con las instrucciones verificadas

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

286. De la revisión de las Actas de Buena Pro y Declaración de Desierto correspondientes a los procesos de selección de gran envergadura, es posible observar que la abstención conjunta de los Centros investigados se dio en la siguiente magnitud:

- En el caso del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Cuarta Convocatoria se puede constatar la abstención de la totalidad de los Centros imputados que presentaron cotizaciones en dichos procesos de selección.
- En el caso de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, 31 de los 33 Centros imputados que cotizaron en dicho proceso de selección se abstuvieron de presentarse en el proceso de selección.
- En el caso de la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria, 27 de los 28 Centros imputados que cotizaron en dicho proceso de selección se abstuvieron de presentarse en el proceso de selección.

287. A partir de lo observado, puede afirmarse que la abstención masiva de los Centros investigados a los procesos de selección de gran envergadura se condice con el establecimiento de un consenso para abstenerse conjuntamente de participar en los procesos de selección de gran envergadura, hecho constatado en la sección 6.5. y corroborado con la abstención individual de cada una de las Empresas Imputadas.

No obstante ello, tras la verificación a nivel individual de la participación de cada uno de los Centros investigados en la abstención conjunta, esta Comisión considera pertinente excluir de la realización de la práctica colusoria materia de imputación a IDT, en el caso de la AMC Derivada en su Segunda y Tercera Convocatoria, y a Inversiones Trujillo, en el caso de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, en la medida de que se ha constatado su participación en dichos procesos de selección, aspecto que desvirtúa su participación en dichos episodios de la conducta materia de imputación.

6.7 Argumentos planteados por las Empresas Imputadas respecto a los motivos que justificaron sus abstenciones en los procesos de selección de gran envergadura

288. Culminada la verificación de la participación individual de las Empresas Imputadas en la abstención conjunta realizada en el marco de cada uno de los procesos de selección de gran envergadura, corresponde a esta Comisión analizar los argumentos de defensa presentados por las Empresas Imputadas respecto a los motivos distintos a la realización de la conducta imputada que habrían justificado su abstención en los procesos de selección de gran envergadura.

6.7.1. El ejercicio del derecho a abstenerse y la inexistencia de la obligación de presentarse a los procesos de selección convocados

289. Diversos Centros investigados han señalado que las abstenciones realizadas en el marco de cada uno de los procesos de selección de gran envergadura constituyen acciones comprendidas dentro del ejercicio legítimo de su derecho a abstenerse de participar en procesos de selección, al no existir obligación alguna que los compela a presentarse a dichas convocatorias.

En ese sentido, estas Empresas Imputadas alegan que al encontrarse comprendido dicho accionar dentro del ejercicio legítimo de un derecho, no resulta factible que estas acciones sean sancionadas por esta Comisión.

290. Sobre el particular, es importante precisar que los agentes económicos en el mercado se encuentran en plena libertad de realizar las acciones que estimen necesarias para el adecuado desarrollo de sus proyectos económicos, como parte del ejercicio de su derecho a la libertad de empresa. Esta situación es reconocida en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú, siendo uno de los fundamentos del régimen económico de la misma.
291. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a dicho derecho, señalando lo siguiente:

“De este modo, cuando el artículo 59.º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”⁹¹.

292. En ese sentido, de manera general resultan correctas las afirmaciones de los Centros investigados respecto a la existencia de la facultad que tienen de abstenerse a procesos de selección como parte del ejercicio de su derecho a la libertad de empresa, no existiendo una obligación de participar en las convocatorias.
293. No obstante ello, a pesar de que la libertad de empresa garantiza que los agentes económicos puedan tomar las decisiones en base a sus mejores intereses, este derecho se encuentra limitado por otros derechos o bienes jurídicos que son igualmente tutelados y que también son fundamento del régimen económico de la Constitución, destacando entre estos la libre competencia. Esta situación ha sido referida por el propio Tribunal Constitucional:

“En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista”⁹².

⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 03116-2009-PA/TC.

⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de diciembre de 2010, recaída en el Expediente N° 01405-2010-PA/TC.

294. Así, el ejercicio legítimo del derecho alegado por los Centros investigados no puede significar el desconocimiento de las normas de libre competencia, quedando proscritas bajo esta parte del ordenamiento aquellas conductas realizadas por agentes económicos que atenten contra la libre competencia en el mercado.
295. En el caso particular, la actuación individual e independiente de los Centros de abstenerse de participar en los procesos de selección de gran envergadura, no podría ser materia de cuestionamientos por parte de esta Comisión, pues se encontraría dentro de los límites del derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, esta situación no se ajusta a la conducta materia de imputación y a los hechos constatados por esta Comisión, habiéndose verificado en las secciones previas que los Centros investigados realizaron acciones de manera conjunta, restringiendo la competencia y coordinando su abstención conjunta para incrementar el valor referencial del servicio de hemodiálisis con reúso.
296. En ese sentido, debe recalcar que la conducta imputada a los Centros no implica que exista la obligación de participar, no siendo materia de la infracción la existencia de una decisión individual e independiente de no participar en los procesos de selección. La infracción a las normas de competencia planteada consiste en haber consensuado los valores de cotización a ser presentados y proceder posteriormente a abstenerse de manera conjunta y coordinada ante la no utilización de sus cotizaciones por parte de EsSalud.
297. Por lo tanto, esta Comisión considera que las acciones desarrolladas por los Centros no se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de empresa ni formaron parte del ejercicio legítimo de su derecho a abstenerse, constituyendo parte de una conducta anticompetitiva destinada a restringir la competencia con la finalidad de incrementar el precio pagado por EsSalud por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

6.7.2. Oposición al reúso de filtros en los procesos de selección de gran envergadura

298. Mediante escrito del 21 de octubre de 2015, los Centros San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana presentaron argumentos adicionales respecto a su abstención en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda convocatoria, así como respecto a las reuniones que llevaron a cabo en el marco de la ADECEPRIH.
299. Según han sostenido estas Empresas Imputadas, su abstención en los procesos de selección de gran envergadura no se habría debido exclusivamente al bajo valor referencial establecido por EsSalud sino también a la obligatoriedad del reúso de filtro en la prestación del servicio de hemodiálisis.
300. De acuerdo con un informe de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas – DIGEMID, el reúso de material instrumental y quirúrgico podría afectar la salud de los pacientes. En base a dicho informe, estos centros de hemodiálisis sustentan que no habrían participado en el Concurso Público y en la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria pues el reúso exponería a sus pacientes a enfermedades infectocontagiosas sumamente graves. Asimismo,

señalan que el problema del reúso habría sido el motivo de las reuniones entre los Centros investigados.

301. Sobre el particular, si bien los motivos señalados podrían ser considerados como un fundamento válido para abstenerse de prestar este tipo de servicios a EsSalud en los procesos de selección de gran envergadura, esta Comisión considera que esta justificación solo tendría sentido en la medida que las empresas que lo alegaron se hayan abstenido de realizar cualquier contratación con EsSalud que implicara el reúso de filtros en el servicio de hemodiálisis.

Ello se debe a que la participación en estas formas de contratación conllevaría a la presunta afectación a sus pacientes que habrían pretendido evitar estas Empresas Imputadas.

302. El Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria se llevaron a cabo en los años 2010 y 2011. Ello significa que, de estimar los argumentos presentados por San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana, estas no se habrían presentado a proceso de selección alguno o contratado con EsSalud para prestar el servicio de hemodiálisis con reúso durante dichos años, a efectos de evitar las presuntas afectaciones que habrían motivado sus abstenciones.
303. Sin embargo, de acuerdo con la información consignada en SEACE, dichos centros habrían contratado con EsSalud para prestar el servicio de hemodiálisis con reúso durante el año 2010 y 2011, conforme se puede apreciar a continuación.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 15
AMC con participación de San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana

Empresa	Concepto	Año	Monto percibido
Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C.	AMC para prestar servicio de hemodiálisis	2010	S/. 1, 798,748
		2011	S/. 556,494
Nephro Care S.A.C.	AMC para prestar servicio de hemodiálisis	2010	S/. 1, 598,887
		2011	S/. 996,581
Clínica San Juan Masías S.A.C.	AMC para prestar servicio de hemodiálisis	2010	S/. 3, 197,773
		2011	S/. 2, 272,913
Centro de Diálisis Nefro Continente S.A.C.	AMC para prestar servicio de hemodiálisis	2010	S/. 1, 199,165
		2011	S/. 1, 475,374
Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C.	AMC para prestar servicio de hemodiálisis	2010	S/. 2, 598, 191
		2011	S/. 1, 515,872

Fuente: Empresas investigadas
Elaboración: Secretaría Técnica

304. De manera semejante, esta Comisión ha podido constatar que durante los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014⁹³ los Centros imputados prestaron el servicio de hemodiálisis EsSalud sin dejar de realizar el reúso de filtro que a criterio de San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana, sustentaría la abstención de participar en los procesos de selección de gran envergadura.
305. La información precedente muestra que, a pesar de la obligatoriedad del reúso de filtros, los Centros contrataron con EsSalud para prestar el servicio de hemodiálisis durante los períodos en los cuales se llevaron a cabo el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria. Como puede apreciarse, la obligatoriedad del reúso no habría sido un impedimento para que dichos centros contraten con EsSalud y, por tanto, no habría sido un impedimento para que se presentaran a los procesos de selección de gran envergadura.
306. Por otro lado, dichos centros señalan que las reuniones llevadas a cabo dentro de la ADECEPRIH tuvieron como finalidad tratar el problema de la obligatoriedad del reúso de los materiales para prestar el servicio de hemodiálisis. No obstante, aunque se hayan conversado dichos temas, a lo largo de las secciones previas

⁹³

Ello puede apreciarse de la información remitida por EsSalud referida a la cantidad de prestaciones brindadas mes a mes por los distintos centros de hemodiálisis entre los años 2010 y 2014.

esta Comisión ha podido comprobar que en las reuniones realizadas por los Centros investigados, en el marco de la ADECEPRIH se habría acordado la realización de la conducta materia de imputación. En ese sentido, el hecho que en las reuniones hayan podido evaluar el problema de la obligatoriedad del reuso no cuestiona ni contradice las conclusiones arribadas por esta Comisión respecto a la presentación de cotizaciones consensuadas y la coordinación en la abstención de los procesos de selección.

307. En atención a lo expuesto, contrariamente a los argumentos formulados, la obligatoriedad del reuso no habría sido un impedimento para que San Ignacio, Nephro Care, San Juan Masías, Nefro Continente y Santa Ana contraten con EsSalud para prestar el servicio de hemodiálisis, habiéndose constatado en las secciones 6.3, 6.4, 6.5 y 6.6 de la presente Resolución que en las reuniones llevadas a cabo en el marco de la ADECEPRIH se habría acordado los valores de las cotizaciones presentadas a EsSalud y la abstención conjunta a los procesos de selección de gran envergadura.

6.7.3. Explicaciones particulares de San Ignacio respecto a los motivos que justificaron su abstención

308. En su escrito de alegatos del 9 de diciembre de 2014, San Ignacio menciona que su abstención a los procesos de selección no obedeció a ningún tipo de acuerdo con otros proveedores sino que estuvo motivada por compromisos ya asumidos con otras entidades estatales que le impedían asumir nuevas obligaciones. Específicamente, señaló que San Ignacio ha venido prestando los servicios de hemodiálisis al Hospital de la Policía desde el año 2011, manifestando que dichos servicios se planearon desde el año 2010, optándose por dejar de trabajar de manera paulatina con EsSalud en junio de 2011, por ser menos rentable.
309. Sobre el particular, esta Comisión ha podido constatar que la documentación presentada por San Ignacio acredita que empezó a trabajar a mediados de junio de 2011 con el Hospital de Policía, mas no corrobora la transición paulatina alegada.
310. En efecto, a partir de las 80 cartas de garantía emitidas por el Hospital de Policía que presentó San Ignacio se puede apreciar que la imputada prestó servicios a dicha entidad desde junio de 2011. La información constatada se condice con lo observado en el SEACE⁹⁴, en el que se aprecia que la última contratación registrada de San Ignacio con EsSalud fue el 09 de junio del 2011, fecha en que obtuvo la buena pro para brindar el servicio de hemodiálisis a EsSalud⁹⁵.

⁹⁴ Página web visitada el 25 de enero de 2016 (11:37)
http://www2.seace.gob.pe/Default.asp?scriptdo=PKU_PROVEEDORESBUENAPRO.doview&fldsearch=20503563887&fldanho=2011&flruc=20503563887&fldsearchentidad=&pflidtop100=&pnpage=&_CALIFICADOR_=PORTLET.1.117.0.21.81&_REGIONID_=1&_PORTLETID_=117&_ORDERID_=0&_PAGEID_=21&_CONTENTID_=81&_USERID_=

⁹⁵ Ello concuerda igualmente con los registros remitidos por EsSalud que indican que la última prestación del servicio de hemodiálisis con reuso realizada por San Ignacio se dio en junio de 2011.

311. Esto confirmaría las afirmaciones de San Ignacio respecto al inicio de las prestaciones del servicio de hemodiálisis al Hospital de Policía y la justificación de su abstención en la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria.
312. En las bases de los procesos de selección en los cuales San Ignacio obtuvo la buena pro se puede apreciar lo siguiente:

“Atención en los módulos

El contratista debe mantener a disposición exclusiva de EsSalud los puestos que corresponden a las sesiones de hemodiálisis ofertadas, el personal programado en el Rol de turnos proporcionado por contratista: Nefrólogo, enfermera asistencial, técnicos de sala y de reprocesamiento, dicho personal atenderá exclusivamente a los pacientes transferidos por EsSalud durante los turnos de atención. Se compromete a mantener un puesto adicional para atención de emergencias además de una máquina de soporte por uno o dos módulos para casos de falla técnica⁹⁶.

[Énfasis agregado]

313. Como consecuencia de los procesos ganados por San Ignacio los servicios prestados a EsSalud debían desarrollarse con exclusividad por parte de los proveedores del servicio. En ese sentido, San Ignacio no habría podido prestar el servicio de hemodiálisis al Hospital de Policía mientras mantenía un contrato vigente con EsSalud. Esta situación concuerda con la información proporcionada por EsSalud respecto a la cantidad de pacientes y prestaciones realizadas por San Ignacio, habiendo esta empresa prestado los servicios de hemodiálisis a esta entidad con un promedio mensual de 80 pacientes por mes durante el 2011, es decir, la capacidad total de atenciones mensuales declaradas por San Ignacio. Esto se habría mantenido hasta mediados de junio del 2011, mes en el cual se puede apreciar que se mantiene la cantidad de pacientes pero reduce el número de sesiones de hemodiálisis un 50%, pues a mediados de este mes dejó de prestar servicios a EsSalud.
314. En base a la información mencionada, es posible concluir que San Ignacio inició la prestación de servicios de hemodiálisis al Hospital de Policía a mediados del 2011, motivo por el cual dejó de presentarse en los procesos de selección convocados por EsSalud posteriores a esta fecha. En ese sentido, las abstenciones a la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria se encontrarían justificadas, debiendo restringirse la participación de San Ignacio al Concurso Público⁹⁷.

6.7.4. Explicaciones particulares de CD Jesús María respecto a los motivos que justificaron su abstención

315. Mediante escrito de descargos del 12 de diciembre de 2014 CD Jesús María señaló que debido a la negativa de la Caja Municipal de Ahorros y Crédito de Huancayo (en adelante, CMAC Huancayo) en brindarle la carta fianza de garantía de seriedad de oferta por la suma de S/. 79,450 no habría podido

⁹⁶ Bases correspondientes a la Adjudicación de Menor Cuantía 677-2011/ESSALUD/CNSR. Información registrada en el SEACE.
Página visitada el 27 de enero de 2016 (16:10)

⁹⁷ Conforme se aprecia en la sección 6.4.4. la participación de San Ignacio en el caso de la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria quedo excluida debido a que esta empresa no presentó cotizaciones en la etapa previa a dichos procesos de selección.

participar en los procesos de selección convocados por EsSalud, específicamente en la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.

316. Con la finalidad de sustentar sus afirmaciones, CD Jesús María presentó una serie de documentos que acreditarían la tramitación de una carta fianza con la mencionada entidad. Así, entre los documentos presentados se encuentran: (i) copia de carta solicitando una carta fianza a CMAC Huancayo, (ii) cartilla de información de cuenta plazo fijo en CMAC Huancayo, (iii) copia de depósito por S/. 88,300.00 (ochenta y ocho mil trescientos y 00/100 nuevos soles) a la CMAC Huancayo por cuenta a plazo fijo, (iv) copia de certificado de cuenta a plazo fijo de la CMAC Huancayo, (v) copia de cancelación de plazo fijo en la CMAC Huancayo, y (vi) carta de reclamo a la CMAC Huancayo por no otorgarle carta fianza.
317. De igual manera, en sus alegatos al Informe Técnico CD Jesús María presentó la Carta N° 04826-2015-G-CMACHYO de fecha 23 de noviembre de 2015. En dicha carta CMAC Huancayo deja constancia de la tramitación de una carta fianza. Sin embargo, contrariamente a lo señalado por CD Jesús María, CMAC Huancayo manifestó lo siguiente:

*De acuerdo al cruce de información solicitado, en efecto existe una solicitud de otorgamiento de la carta fianza de Seriedad de Oferta por un monto de S/. 88,300.00, sin embargo; **el trámite no fue concluido debido a que su persona no cumplió con realizar el pago de la comisión correspondiente para la emisión de la carta fianza, cayendo en abandono dicho trámite lo cual fue ocasionado por su persona a pesar que tenía pleno conocimiento que obligatoriamente se tendría que pagar la comisión.***
[Énfasis agregado]

318. Según las afirmaciones de CMAC Huancayo, dicha entidad en momento alguno le negó a CD Jesús María otorgar la carta fianza, sino que dicho trámite no llegó a concluirse debido a la propia conducta de la empresa imputada, de manera que fue esta quien no decidió continuar con el trámite. Por tal motivo, las afirmaciones de CD Jesús María respecto a la negativa de CMAC Huancayo carecerían de sustento en base a los propios documentos aportados por la empresa imputada.
319. No obstante ello, incluso en el supuesto que se acreditaran las afirmaciones de CD Jesús María respecto a los problemas que tuvo para obtener la carta fianza, dicha justificación solo sería aplicable al proceso de selección correspondiente a la AMC Derivada en su Tercera convocatoria, sin que sea posible extender dicha justificación a la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Cuarta convocatoria como pretendería CD Jesús María.
320. En efecto, de acuerdo con las propias afirmaciones de CD Jesús María, las gestiones para obtener la carta fianza se habrían iniciado en agosto de 2012, realizándose el depósito en CMAC Huancayo para que esta emita la carta fianza. Esta situación no podría resultar un impedimento para la presentación de propuestas en la AMC Derivada en su Primera y Segunda convocatoria, ya que estas se llevaron a cabo en agosto y diciembre de 2011, respectivamente. Asimismo, las complicaciones con la carta fianza no podrían ser un impedimento para no presentarse a la AMC Derivada en su Cuarta convocatoria pues dicha

carta tenía como finalidad garantizar a CD Jesús María solamente por la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria, ya que la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria recién se llevaría a cabo en octubre del 2012.

321. Ahora bien, sobre la base de lo desarrollado en secciones anteriores, debe tenerse en cuenta que solo se ha acreditado la participación de CD Jesús María en las acciones anticompetitivas vinculadas a la AMC Derivada en su Segunda y Cuarta Convocatoria, por lo que la justificación alegada que resultaría válida para una Convocatoria, no tiene por qué afectar aquellas que no guardan relación con la justificación.

6.7.5. Explicaciones particulares de Cenese respecto a los motivos que justificaron su abstención

322. El 14 de enero de 2015, Cenese presentó un escrito con descargos complementarios señalando los motivos por los cuales no habría participado en algunos de los procesos de selección convocados por EsSalud. Así, respecto al Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera Convocatoria, indicó que la demora en la emisión de la carta fianza no le habría permitido presentar su propuesta en dicho concurso.

323. Asimismo, señaló que no se presentó a la AMC Derivada en su Segunda convocatoria, debido a que se encontraba inhabilitado para participar, puesto que el hijo de su representante legal se encontraba trabajando desde el año 2011 en el Hospital Edgardo Rebagliati Martins. En cuanto a la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, sostuvo que no pudo participar al encontrarse presentando una iniciativa público privada junto con IGSA Medical Services Perú S.A. (en adelante, IGSA) a EsSalud para cubrir la demanda de servicio de hemodiálisis.

i. La abstención de Cenesa en el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera Convocatoria

324. De acuerdo con los argumentos señalados por Cenesa, el Banco Interbank habría retrasado la emisión de la carta fianza de seriedad de oferta impidiendo que Cenesa participara en el Concurso Público. De acuerdo con los correos presentados por Cenesa, la solicitud para contar con la carta fianza fue presentada el 28 de febrero del 2011, es decir, casi dos meses antes de que se llevara a cabo la presentación de propuestas del Concurso Público el 18 de abril del 2011.
325. Es así que a partir de los correos se puede apreciar que Cenesa no solo solicitó la carta fianza exigida para participar en el Concurso Público, sino que cumplió con los requisitos señalados por la entidad financiera para emitir la carta fianza, tales como realizar un aumento de capital, una nueva tasación de su inmueble, presentación de Estados Financieros, entre otros.
326. Ello acreditaría que Cenesa sí realizó las gestiones para la obtención de la carta fianza y se encontraba en la espera de su obtención, no pudiendo obtenerla finalmente por un hecho no atribuible a ella. Este accionar no sería congruente

con la participación de esta empresa en la conducta imputada en este proceso de selección, pues resultaría ilógico que Cenesa asuma los costos en tiempo y dinero asociados al cumplimiento de los requisitos y obtención de la carta fianza para luego no utilizarla. En ese sentido, resulta razonable la justificación de demora en la emisión de la carta fianza señalada por Cenesa, de forma tal que Cenesa se habría abstenido justificadamente de participar en el Concurso Público.

327. Sin embargo, contrariamente a lo alegado por Cenesa dicha justificación no podría extenderse a la AMC Derivada en su Primera Convocatoria. Si bien Cenesa ha acreditado el retraso en la carta fianza como impedimento para participar en el Concurso Público, las fechas de los correos y los elementos probatorios aportados por esta no estarían relacionados con la AMC Derivada en su Primera Convocatoria, al realizarse dicho proceso cuatro (04) meses después del Concurso Público, contando Cenesa con tiempo suficiente para obtener una carta fianza que le permita participar.
328. Cabe mencionar que el monto de la carta fianza que fue requerida para la Primera Convocatoria era considerablemente menor a la especificada en el Concurso Público, observándose a partir de los documentos presentados que Cenesa contaba con una línea aprobada por un monto considerablemente mayor a este. Asimismo, Cenesa no ha aportado elemento probatorio alguno que permita determinar las gestiones realizadas para la obtención de una carta fianza para la AMC Derivada en su Primera Convocatoria.
329. Por tanto, esta Comisión considera que la documentación presentada por Cenesa solo acreditaría en este extremo la justificación de su abstención en el caso del Concurso Público como consecuencia de una demora en la emisión de la carta fianza, correspondiendo por ello la exclusión de su participación en la conducta en dicho proceso de selección, más no en el caso de la AMC Derivada en su Primera convocatoria.

ii. La abstención de Cenesa en la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria

330. Sobre la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, Cenesa sostuvo que su abstención se debía a que se encontraba imposibilitada de contratar con EsSalud dado que el hijo del representante legal de Cenesa se encontraba trabajando desde el año 2011 en el Hospital Edgardo Rebagliati Martins, incurriendo con ello en el impedimento de contratar establecido en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado. Posteriormente, esta empresa precisó que dicho impedimento se habría levantado a finales del 2011, pues ya estaban cambiando de administración interna, pudiendo participar en la AMC 1696-2011-ESSALUD/CNSR-1 donde obtuvo la buena pro el 02 de diciembre del 2011.
331. Sobre el particular esta Comisión considera que los argumentos presentados por Cenesa respecto a su abstención en la Segunda Convocatoria serían contradictorios con las acciones desarrolladas por dicha empresa. Así, según se puede apreciar en el SEACE, Cenesa participó y obtuvo la buena pro para

contratar con EsSalud durante todo el 2011, obteniendo la buena pro en 54 Adjudicaciones de Menor Cuantía⁹⁸.

332. En ese sentido, Cenesa continuó prestando el servicio de hemodiálisis a EsSalud durante todo el 2011, por lo que no resulta verosímil la afirmación respecto a su abstención debido al impedimento mencionado. Asimismo, aun cuando señala que el cambio de administración interna se realizó a finales del 2011, en la partida electrónica de dicha empresa el cambio recién se realizó el 11 de setiembre del 2012. En ese sentido, la participación de Cenesa no se habría visto en la realidad impedida por la presencia del hijo del representante legal, siendo que habría seguido participando mientras este se encontraba laborando en EsSalud.
333. Sobre el particular, resulta importante señalar que este tipo de vinculaciones resultaba de difícil detección por parte del órgano convocante. Así, siendo el área logística del CNSR –un órgano desconcentrado– el encargado de verificar la información sobre los impedimentos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y encontrándose el hijo del señor Nakashi laborando en un órgano distinto de EsSalud, el CNSR habría recurrido en principio a la propia declaración realizada por cada empresa, hecho que habría permitido a Cenesa participar en todo el 2011 a pesar que habría tenido a lo largo de dicho año un impedimento.
334. De manera adicional, resulta pertinente recalcar que las propias afirmaciones de Cenesa refieren que el impedimento alegado habría cesado previamente al inicio de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, al habersele otorgado el 02 de diciembre de 2011 la buena pro en otro proceso de selección, por lo que no podría justificar su abstención a la etapa de presentación de propuestas de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria realizada el 19 de diciembre de 2011.

iii. La abstención de Cenesa en la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria

335. Sobre la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, Cenesa manifestó que se abstuvo de presentarse debido a que presentó a EsSalud desde marzo de 2012 una iniciativa privada junto con IGSA, que cubría la totalidad de la demanda de sesiones de hemodiálisis en Lima y Callao, optando por no participar al existir intereses en conflicto.
336. A fin de acreditar sus afirmaciones, Cenesa proporcionó como pruebas varias cartas que versan sobre la iniciativa privada, que pueden dividirse en dos grupos: (i) las cartas emitidas por EsSalud sobre la evaluación de la iniciativa privada y (ii) las comunicaciones internas en Cenesa sobre la participación en la iniciativa privada.

⁹⁸

Cenesa obtuvo la buena pro de los 54 procesos referidos en las siguientes fechas: 07 de enero; 10, 11, 14, 15, 18, 21, 24, 29 y 31 de marzo; 05, 08, 13, 20, 25 y 29 de abril; 11, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de mayo; 10, 16, 17, 21, 23, 28 y 30 de junio; 01, 04 y 05 de julio; 26 y 31 de agosto; 01, 06, 08, 14, 15, 20, 21 y 23 de setiembre; 10, 12, 14 y 24 de octubre; 03, 17, 21 y 30 de noviembre; y 02 de diciembre.

337. Sobre el primer grupo, las cartas enviadas por EsSalud acreditarían que la propuesta por parte de IGSA para llevar a cabo la iniciativa privada fue presentada el 22 de febrero del 2013, 11 meses después de la fecha referida por Cenesa, resultando desfavorable la evaluación de esta propuesta por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo N° 50-16-ESSALUD-2010.
338. No obstante, dicha situación no se presenta en el caso de las comunicaciones internas en Cenesa, las cuales no dan certeza respecto a los hechos referidos. Así, el documento presentado por Cenesa a efectos de acreditar su decisión de asociarse con IGSA consiste en una comunicación interna cursada entre los accionistas de Cenesa que no presenta una fecha cierta ni una numeración que permita contrastar la fecha de su emisión con las cartas referidas a otros asuntos que fueron remitidas por Cenesa a EsSalud⁹⁹, situación que evita que se genere convicción respecto a la veracidad de las afirmaciones contenidas en ella.
339. Sin perjuicio de ello, esta Comisión considera pertinente recalcar que la documentación presentada por Cenesa refiere que la decisión de participar en la iniciativa privada con IGSA recién se habría concretado por los accionistas de Cenesa en setiembre de 2012, fecha posterior a la fecha de presentación de propuestas de la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria (agosto de 2012), hecho que contradeciría que la abstención realizada por Cenesa se debió a que se encontraba elaborando la iniciativa publico privada presentada en el 2013.
340. De igual manera corresponde precisar que, aun ante la elaboración de la iniciativa privada referida por Cenesa, esta Comisión puede observar que la postulación de dicha empresa a la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria no se encontraba en contradicción ni era impedimento para la futura presentación de la iniciativa privada referida.
341. En efecto, conforme se puede apreciar de la información de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Pro inversión) tras la presentación de una iniciativa privada por parte de cualquier interesado corresponde seguir una serie de etapas hasta la culminación de los trámites correspondientes, procediendo tras un periodo de 130 días hábiles¹⁰⁰ a la realización del proceso de selección respectivo para su otorgamiento¹⁰¹.

⁹⁹ Las cartas referidas, remitidas por Cenesa a EsSalud para la presentación de cotizaciones y dar respuesta a consultas de EsSalud, de fecha 20 de julio de 2012 (245), 14 de setiembre de 2012 (315) y 09 de octubre de 2012 (378), fueron numeradas con 245-2012-CENESA, 315-2012-CENESA y 378-2012-CENESA, respectivamente.

¹⁰⁰ Presentada la iniciativa privada, el organismo encargado deberá evaluar dicha propuesta y, en caso se requieran garantías, solicitar al Ministerio de Economía y Finanzas la opinión favorable dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles. El organismo encargado podrá introducir ampliaciones o modificaciones a la iniciativa privada, debiendo comunicar el proponente su conformidad o disconformidad en un plazo de quince (15) días hábiles. La declaratoria de interés será comunicada al proponente en un plazo de cinco (05) días hábiles y a partir de la comunicación el proponente tendrá diez (10) días hábiles para presentar su carta fianza. Dicha declaratoria deberá ser publicada en un plazo de diez (10) días hábiles en el Diario Oficial El Peruano a fin de que se presenten nuevos postores, quienes contarán con un plazo de noventa (90) días hábiles para expresar su interés en desarrollar la iniciativa privada. Una vez concluidas todas estas etapas, recién se procede a convocar al proceso de selección para determinar el postor que llevará a cabo la iniciativa privada.

¹⁰¹ Al corresponder la realización de un Concurso Público, este debería implicar una duración mayor a 30 días hábiles hasta el consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro.

342. Asimismo, al pretender Cenesa en la iniciativa privada referida cubrir la totalidad de la demanda del servicio de hemodiálisis, hubiera resultado necesario esperar a la culminación de las prestaciones a ser brindadas por los postores ganadores de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria para poder abarcar la totalidad de la demanda existente.
343. En ese sentido, debe afirmarse que la postulación por parte de Cenesa a la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria no se contradecía con su postulación a la iniciativa privada, ya que la culminación de los plazos establecidos para materializar dicha iniciativa serían mayores al periodo de prestación del servicio de la AMC Derivada en su Tercera y habrían requerido la culminación de las prestaciones contratadas en la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria.
344. Esta situación se condice con el accionar de Cenesa en las etapas previas a la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, en las que procede a presentar su cotización en concordancia con las instrucciones observadas y analizadas en las secciones previas.
345. Por tanto, Cenesa solo habría acreditado la presentación de la propuesta de iniciativa privada el 22 de febrero del 2013, por lo que no habrían existido impedimentos o conflictos de interés por parte de Cenesa que le impidieran participar en la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, especialmente cuando en cada uno de los procesos de selección mencionados Cenesa emitió a EsSalud cartas con las cotizaciones para prestar el servicio de hemodiálisis, así como respuestas sobre su abstención, donde habría señalado como motivo de su abstención el desacuerdo con el precio referencial establecido por EsSalud. Así, dichas cartas coincidirían con las acciones realizadas por los Centros de hemodiálisis como parte de la conducta imputada para incrementar el valor referencial del servicio de hemodiálisis prestado a EsSalud.
346. Así, esta Comisión considera que Cenesa se habría abstenido de participar en la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria como parte de las acciones realizadas por las Empresas Imputadas para incrementar el valor referencial.

6.7.6. Explicaciones particulares de OM DIAL respecto a los motivos que justificaron su abstención

i. La abstención de OM DIAL en el Concurso Público

347. OM DIAL refirió que se habría encontrado impedida de participar en el Concurso Público debido a que la carta fianza requerida por las bases de dicho proceso de selección ascendía a un importe de S/. 8'673,995.03 (ocho millones seiscientos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con 03/100 Nuevos Soles), equivalente al 10% del monto total del contrato.
348. Sobre el particular, y luego de una revisión de las bases del Concurso Público, esta Comisión puede afirmar que los descargos realizados por OM DIAL respecto al Concurso Público no se condicen con lo establecido en dichas

bases. Así, en el numeral 2.8 de las Bases para la Contratación del Servicio de Hemodiálisis de atención ambulatoria para 12 meses se señala lo siguiente:

«2.8 SOBRE N° 2 – PROPUESTA ECONÓMICA

(...)

b) Garantía de seriedad de oferta por un monto de S/. 867,400.00 (Ochocientos Sesenta y Siete mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles.»

349. Conforme se aprecia de las bases, la carta fianza que los postores debían presentar a EsSalud era significativamente menor al valor señalado por OM DIAL en sus descargos, diferenciándose por casi ocho millones de soles. Asimismo, de acuerdo al análisis realizado por esta Comisión, los costos de incorporar los requerimientos del Concurso Público, tales como la carta fianza, no habrían resultado de tal magnitud que impidieran a los Centros investigados participar en dicho proceso de selección, lo cual además queda corroborado con las declaraciones y documentación de Cenesa que procedió a tramitar la carta fianza correspondiente.

350. En ese sentido, no resultaría cierta la afirmación realizada por OM DIAL respecto a que su abstención se habría debido al alto valor de la carta fianza, al ser esta de menor valor y, además, porque este no sería un costo que hubiera impedido a OM DIAL –y a las Empresas Imputadas en general– participar en el Concurso Público.

ii. *La abstención justificada de OM DIAL en la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria por renovación de equipos*

351. En parte de sus descargos OM DIAL manifestó que no habría participado en la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria, ambas llevadas a cabo en el 2011, debido a que habría iniciado una renovación de sus equipos, siendo esto una prioridad para su empresa.

352. No obstante ello, esta Comisión considera que dicha afirmación resulta contradictoria con el accionar que OM DIAL habría desarrollado en dicho periodo. En efecto, según se puede apreciar del SEACE¹⁰² y la información proporcionada por EsSalud, OM DIAL habría participado en procesos de selección para adjudicaciones de menor cuantía, obteniendo 32 buena pro durante el periodo del 2011, realizando en promedio 817 sesiones de hemodiálisis al mes.

353. En efecto, a pesar de alegar la realización de una renovación de equipos OM DIAL mantuvo en el 2011 un promedio de prestaciones mensuales cercano al presentado en el año 2010, año en el que se observó un promedio de 837 sesiones mensuales de hemodiálisis. Así, OM DIAL siguió prestando el servicio de hemodiálisis con regularidad durante el año 2011, no viéndose afectada su

¹⁰² Información sobre procesos de selección con buena pro obtenida por OM DIAL. Información registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
http://www2.seace.gob.pe/Default.asp?scriptdo=PKU_PROVEEDORESBUENAPRO.doview&fldsearch=20509046957&fldanho=2011&flruc=20509046957&fldsearchentidad=&pfldtop100=&pnpag=& CALIFICADOR =POR TLET.1.117.0.21.81& REGIONID =1& PORTLETID =117& ORDERID =0& PAGEID =21& CONTENTID =81& USERID =<!--USERID-->& PRIVILEGEID =1
Página visitada el 01 de febrero de 2016 (14:27)

capacidad por la supuesta renovación de equipos realizada durante dicho periodo.

354. Por otro lado, en relación con la renovación de máquinas planteada por OM DIAL, la redacción de sus descargos daría a entender que la renovación se referiría al total de las máquinas con las que prestaba el servicio de hemodiálisis, aspecto que impediría su presentación a las convocatorias. Sin embargo, los argumentos sobre la renovación de las máquinas resultan cuestionables.
355. Sobre el particular, cabe precisar que las bases de la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria referían que la vida útil de las máquinas no debía ser mayor a 7 años, observándose según la propia información proporcionada por OM DIAL que de las 11 máquinas con las que contaba para prestar el servicio de hemodiálisis en el momento de realización de la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria la más antigua tenía como fecha de adquisición el 15 de setiembre del 2006.
356. En ese sentido, la vida útil de las máquinas para prestar el servicio de hemodiálisis en los procesos de selección convocados por EsSalud llegaba hasta setiembre de 2013, por lo que no habrían existido inconvenientes para que OM DIAL presente propuestas en la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria el 24 de agosto y 19 de diciembre del 2011, respectivamente.
357. En efecto, si la vida útil de las máquinas permitía su uso hasta el año 2013, no resulta razonable sostener que en el año 2011 se estaría efectuando una renovación de máquinas cuando estas aún cuentan con dos años más de vida útil. Ello significaría que OM DIAL dejaría de percibir los ingresos derivados de dichas máquinas por un período de dos años que era válidamente posible.
358. Sumado a ello, esta Comisión ha podido constatar del escrito presentado por OM DIAL el 16 de setiembre de 2015 que dicha empresa no realizó renovaciones de máquinas en el 2011, hecho que refutaría el argumento presentado.
359. Por lo expuesto, esta Comisión considera que la renovación de equipos alegada por OM DIAL no sustenta las abstenciones realizadas, por lo que no corresponde estimar sus argumentos.

6.7.7. Explicaciones particulares de Grau respecto a los motivos que justificaron su abstención

360. Grau señaló que su abstención al Concurso Público se debió a la eventual posibilidad de un incremento en el valor referencial de EsSalud como consecuencia de la abstención de los demás postores al proceso. Al respecto, esta Comisión considera que dicha afirmación no podría justificar la abstención de Grau, llegando incluso a confirmar su participación en la abstención coordinada de los Centros investigados.
361. En efecto, de acuerdo al análisis realizado por esta Comisión, las Empresas Imputadas habrían coordinado su abstención conjunta en los procesos de selección convocados por EsSalud con la finalidad de presionar a dicha entidad

para que incremente el valor referencial para el servicio de hemodiálisis. Por tanto, este análisis coincidiría con lo afirmado por Grau, siendo este posible incremento del valor referencial una consecuencia del accionar coordinado de los Centros.

362. Sobre la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta convocatoria, Grau manifestó que sus abstenciones se justificaban en base a dos argumentos: (i) no participó en la AMC Derivada en su Tercera convocatoria debido a un retraso en la entrega de la carta fianza, y (ii) no participó en la AMC Derivada en su Cuarta convocatoria por tener la autorización de funcionamiento de la Dirección de Salud IV Lima en trámite.
363. Sobre el particular, esta Comisión ha podido constatar que en el caso de la AMC Derivada en su Tercera y Cuarta Convocatoria, Grau no ha presentado documentación que acredite el retraso en la carta fianza o la tramitación de la autorización alegada, siendo los únicos documentos presentados cartas de la propia empresa imputada presentadas a EsSalud consignando como sustento de su abstención a estos procesos de selección los motivos alegados.
364. De manera semejante, esta Comisión ha podido constatar en relación con la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria que, a pesar de que Grau alega que su autorización para funcionar se encontraba en trámite, la cantidad de prestaciones brindadas a EsSalud se mantuvieron constantes durante el periodo de la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria y los meses posteriores a ella. Esta situación reflejaría que Grau siempre mantuvo una autorización vigente para la prestación del servicio de hemodiálisis, no afectando las posibilidades de prestar el servicio y poder presentarse a la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria
365. Por tanto, esta Comisión concluye que no corresponde considerar como suficientes o válidos los argumentos planteados por Grau referidos a los motivos que habrían justificado su abstención a los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud.

6.7.8. Explicaciones particulares de INPA respecto a los motivos que justificaron su abstención

366. El 17 de diciembre de 2014, INPA presentó sus descargos a la Resolución de Inicio señalando que en el caso de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria su abstención se debió a que su empresa no contaba con la vigencia de poder de su representante legal, hecho que le habría implicado su descalificación e impedido la presentación del expediente con su propuesta.
367. A efectos de acreditar dicha afirmación INPA remitió el cargo de la Carta N° 221-2012, en la cual informó al CNSR que no habría participado debido a que no contaba con la vigencia de poder del representante legal al momento de la presentación de propuestas.
368. Si bien la carta señalada por INPA tiene el sello de recepción del CNSR, a criterio de esta Comisión la carta presentada no acreditaría la ocurrencia del

motivo de abstención alegado por INPA pues se trataría de un documento elaborado por la propia denunciante.

369. De manera semejante, la alegación planteada por INPA no se condice con el instrumento que declara desierta la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, el cual no hace mención alguna respecto a la supuesta descalificación de INPA por la falta de la vigencia de poder de su representante legal, hecho que desvirtuaría las afirmaciones realizadas.
370. Por tanto, al no existir mayores elementos que generen convicción a esta Comisión respecto a la justificación de la abstención en la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria alegada por INPA, corresponde desestimar los argumentos planteados por dicha empresa.

6.8 La realización de acciones conjuntas por parte de los Centros investigados para exigir a EsSalud el uso de los valores de cotización coordinados en la determinación del valor referencial a ser utilizado en los siguientes procesos de selección

371. Tras la constatación de la realización de la conducta imputada y la realización de acciones para hacer más efectiva su materialización, corresponde a esta Comisión verificar si los Centros pretendieron incrementar la efectividad de la conducta imputada por medio de la presentación de acciones conjuntas para exigir a EsSalud el uso de los valores de las cotizaciones coordinadas, bajo condicionamiento que los Centros se sigan absteniendo de no tomar dichos valores.
372. Al respecto, corresponde a esta Comisión precisar que la realización de las acciones conjuntas por parte de algunas de las Empresas Imputadas, por intermedio del señor Raúl Barrios, no resulta una materia controvertida en el presente procedimiento, al haber sido ello admitido tanto por parte de Cenesa, Santa Ena, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, Salud Renal, Benedicto XVI, Santa Elena, Nephro Care, IMP, Nefro Continente, CD Callao, Cenper, Santa Ana, San Fernando, Villa María, Cono Norte, Nordial, Caminos del Inca, Zárate, Plusvida, Santa Anita, Inversiones Trujillo y CM Jesús María¹⁰³ como por el propio señor Raúl Barrios¹⁰⁴.
373. En efecto, dicha situación es incluso corroborada por los Correos 33, 34 y 35 (Anexo 10) diversos correos electrónicos que obran en el expediente, en los que se puede apreciar la existencia de coordinaciones para la obtención de documentación a ser utilizada en las acciones conjuntas presentadas.
374. Debido a ello, y siendo la realización de acciones conjuntas un elemento que solo pretendía reforzar la efectividad de la conducta desenvuelta, esta Comisión considera que no resulta necesario comprobar su realización por parte de todos

¹⁰³ Ver Fojas 7183 a 7185, 7362 a 7363, 7711 a 7713 y 7777 a 7779.

¹⁰⁴ Ver Foja 7481.

los Centros investigados a efectos de comprobar su participación en la conducta imputada.

375. Al respecto, esta Comisión ha podido constatar que las diversas denuncias presentadas habrían pretendido, en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, manifestar a EsSalud que debía tomar las cotizaciones presentadas por los Centros, afirmando que de no materializarse ello la abstención de estos persistiría.

- **Documento 1 – Observación al Concurso Público – 13 de enero de 2011**

*«Así las cosas, a efectos de determinar el Valor Referencial Unitario por Sesión de Hemodiálisis **no se ha tomado como fuente las cotizaciones presentadas por Proveedores del Rubro**, pues de acuerdo al cuadro presentado por la Entidad en la Carta N° 10-DL-OA-CNSR-EsSALUD-2011 donde se absuelven las consultas formuladas por el postor San Ignacio de Loyola SAC **se establecen los presupuestos efectuados por los diversos Proveedores consultados y ninguno de esos valores unitarios por sesión baja de S/. 264.00, sin embargo el valor propuesto por la Entidad se establece en S/. 172.89 por sesión de hemodiálisis.***

Lo antes indicado nos lleva a concluir que efectivamente la Entidad no ha tomado como fuente la estructura de costos presentada por los proveedores en su oportunidad ni ha efectuado un estudio de mercado concienzudo a efectos de recoger todos los sobre costos que pueden afectar el precio o valor unitario por sesión de hemodiálisis.»

[Énfasis agregado]

- **Documento 2 – Denuncia ante el OSCE Primera Convocatoria – 17 de agosto de 2011**

«En ese sentido, debemos manifestar que la causa principal que conllevó a la no participación de postores fue la incorrecta determinación del valor referencial, la misma que fue denunciada por nuestra parte al OSCE mediante nuestros escritos de fecha 21 de febrero y 13 de abril del presente año.

En esta oportunidad la determinación del valor referencial se sigue realizando de manera incorrecta puesto que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento, el cual establece que para establecer el valor referencial, cuando exista la información, el estudio de posibilidades que ofrece el mercado debe emplear como mínimo dos (2) fuentes.

En el presente caso el precio por sesión de hemodiálisis sigue siendo el mismo al precio estipulado en el Concurso Público, es decir S/. 171.44, importe que no alcanzaba para cubrir los costos, y para su realización se habría tomado en cuenta un supuesto costo histórico, así como estructuras de costos, sin embargo, no se ha tomado en cuenta las cotizaciones presentadas por los centros de diálisis en junio de 2011, y que fueron requeridas por el propio ESSALUD, en las cuales el precio del costo por sesión asciende a un importe superior a S/. 245.00. Adjuntamos a la presente carta estas cotizaciones enviadas, así como el email requerido por ESSALUD.

(...)

En ese sentido, ESSALUD no puede dejar de lado las cotizaciones que diversos centros de[Sic] realizan servicios de hemodiálisis han remitido a dicha entidad (...)

*Si bien es cierto que estamos ante un proceso de AMC como consecuencia de haberse declarado desierto el Concurso Público N° 1095P00011, **la Entidad solo debe corregir las causas que motivaron dicha declaratoria, como en este caso fue el precio de las sesiones, conforme obra en las cartas que estamos adjuntando remitidas por diversos centros que realizan sesiones de hemodiálisis, mas no debe utilizar esta vía para realizar cambios distintos a ello, y así introducir unas nuevas bases.***»
[Énfasis agregado]

- **Documento 3 – Apelación interpuesta ante el OSCE Tercera Convocatoria – 9 de agosto de 2012**

«En el cuadro del Precios del presente Proceso de Selección, donde se establece el valor referencial unitario, se consignan dos fuentes de determinación de los mismos: las cotizaciones y los datos históricos. Como es evidente, cada una de estas dos fuentes establece precios unitarios distintos que deberían ser promediados para obtener el valor referencial unitario.

*No obstante, no es posible saber de dónde se obtiene el valor referencial unitario consignado en este cuadro. Así, por ejemplo, tenemos que el servicio para la Provincia del Callao (Callao, Bellavista, Carmen de la Legua, La Perla, La Punta, Ventanilla) **tiene consignado como valor referencial unitario la suma de S/. 175.04**; sin embargo, **no se entiende de donde se ha obtenido este resultado, atendiendo a que si seguimos lo establecido en el artículo 12° del Reglamento, obtenemos un resultado diferente, conforme lo explicamos a continuación.***

*Así pues, y solo de manera ilustrativa, consideramos pertinente indicar que en la sección de **cotizaciones** (primer elemento que se debió tomar para establecer el valor referencial) **el valor promedio de las cotizaciones indicadas es S/. 247.01**; mientras que en la sección de **Datos Históricos** (segundo elemento que se debió tomar para establecer el valor referencial) **se consignan el monto de S/. 171.44.***

*Consecuentemente, y **promediando como corresponde**, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12° del Reglamento, **obtenemos que el monto ascendente a la cantidad de S/. 229.23, lo cual dista mucho del monto indicado; es decir, S/. 175.04.***»
[Énfasis agregado]

- **Documento 4 – Ampliación de la apelación ante el OSCE Tercera Convocatoria – 5 de setiembre de 2012**

*«Es claro que no se puede determinar el valor referencial tomando en cuenta únicamente los precios históricos, ya que de acuerdo al artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones **se debe tomar en cuenta presupuestos y cotizaciones actualizados de proveedores que puedan brindar el servicio requerido.***»

«III. Sobre la Declaratoria de Desierto de la AMC N° 1190-2011-ESSALUD/CNSR (1195M11902)

*El referido informe detalla que los participantes no presentaron su propuesta, lo cual llevó a que el proceso de selección fuera declarado desierto, por cuanto **la mayoría declaró que el precio referencial no cubría los costos de ninguno de los participantes, ya que el mismo no había sido efectuado atendiendo a la realidad del mercado en cuanto a los insumos, a la vez que estaba claramente desactualizado.***

Este error en el proceso de selección se ha repetido en el proceso, por cuanto se vuelve a incurrir en irregularidades al momento de establecer un valor referencial contraviniendo el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.»
[Énfasis agregado]

- **Documento 5 – Denuncia ante el OSCE Cuarta Convocatoria – 5 de noviembre de 2012**

*«Con fecha 24 de octubre de 2012, se publicó en el SEACE la 4ta Convocatoria de la AMC derivada del Concurso Público declarado Desierto N° 1-2010-ESSALUD. El mismo sufre de los mismos vicios que tenían el referido concurso público y las anteriores AMC convocadas, por las cuales fueron declarados desierto en varias oportunidades.
(...)»*

*En segundo lugar, en cuanto al valor referencial del precio unitario por sesión de hemodiálisis, el mismo no ha sido calculado de acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente sino con la norma anterior. El artículo 12 indica que **se debe tomar en cuenta presupuestos y cotizaciones actualizados de proveedores que puedan brindar el servicio requerido. Eso no ha sucedido** (...)*

*(...) y si se siguen presentando estos vicios se seguirán declarando desiertos.»
[Énfasis agregado]*

En ese sentido, en opinión de esta Comisión, el análisis de los correos electrónicos y los fragmentos de los Documentos permitiría aseverar que algunos Centros investigados presentaron, por intermedio del señor Raúl Barrios, una serie de escritos conteniendo denuncias y observaciones en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, manifestando la obligatoriedad del uso de sus cotizaciones e indicando que de mantener el erróneo valor referencial los Centros de hemodiálisis seguirían absteniéndose.

6.9 Cuestionamiento a la consideración de las acciones legales de los Centros investigados como indicios

376. Como parte de sus descargos en el presente procedimiento, las Empresas Imputadas señalaron que se encontraban en su legítimo derecho de presentar denuncias en procesos de selección cuando sus observaciones al valor referencial no han sido consideradas.
377. Sobre el particular, cabe mencionar que esta Comisión no ha desconocido el derecho de las Empresas Imputadas a presentar denuncias. Es así que dicha presentación, sea en el marco de un proceso de selección para la contratación de algún bien o servicio; o, sea en otro ámbito, no resultan *per se* cuestionables ni consideradas ilegales.
378. En el caso de las denuncias presentadas por los Centros, esta Comisión ha podido constatar que ellas constituyeron un elemento que permitía reforzar la efectividad de la conducta anticompetitiva que tenía el objetivo de incrementar el precio que EsSalud pagaba por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.
379. Al respecto, y conforme fue analizado a lo largo de las secciones 6.3, 6.4, 6.5, 6.6, y 6.7, los Centros habrían realizado una conducta anticompetitiva por medio de la presentación de cotizaciones consensuadas, procediendo a incrementar su efectividad a través de la abstención coordinada en los procesos de selección.

380. Así, en el marco de la conducta imputada, las denuncias presentadas por los Centros investigados habrían sido un instrumento que les permitía, en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, manifestar a EsSalud que se encontraba obligada a utilizar las cotizaciones presentadas y dejar establecido que los Centros se seguirían absteniendo de participar si no se incrementaba el valor referencial; lo cual a criterio de esta Comisión no resulta amparable, pues, tal como se puede apreciar, el único objetivo de dichas denuncias fue presionar a EsSalud para la adopción de valores de cotización consensuados
381. En ese sentido, las denuncias presentadas ante el OSCE no fueron realizadas en el ejercicio legítimo de un derecho pues no tuvieron como finalidad cautelar algún derecho de los Centros. Por el contrario, las denuncias estuvieron destinadas a incrementar la efectividad de la conducta materia de imputación, afectando un bien jurídico protegido a nivel constitucional como es la libre competencia.

6.10 La racionalidad de la conducta investigada

382. Verificada la constatación de la realización de la conducta imputada por parte de los Centros, esta Comisión considera pertinente evaluar la racionalidad de la conducta realizada por las Empresas Imputadas, a fin de evidenciar el objeto y efecto potencial que presentó el acuerdo de fijación de precios constatado.
383. Sobre el particular, esta Comisión ha podido constatar que, en diversas entrevistas, representantes de algunos Centros indicaron que las acciones realizadas tendrían como objetivo incrementar para todos estos el precio pagado por EsSalud para la prestación del servicio de hemodiálisis, acercándose al monto pagado en el interior del país, conforme se aprecia a continuación:

- **Entrevista 2, Fragmento 3 – Salud Renal – 26 de agosto de 2013**

«Minuto 22:12 en adelante

Secretaría Técnica: *Usted me comentaba también que el tema de las tarifas es importante para ustedes dentro de la Asociación.*

Freddy Gonzáles: *Bastante.*

Secretaría Técnica: *La discusión, si es que usted lo conoce, está dirigida a lograr que EsSalud modifique las tarifas de manera general o, de repente, intentar lograr una tarifa general para todos, un incremento.*

Freddy Gonzáles: *En sí EsSalud te lo va a dar como generalizado, pero de todas maneras lo que se pelea es que esta tarifa que tiene ya como 8 años y no se ha variado. Ya conlleva a una modificación.*

Secretaría Técnica: *Lo que se buscaría es un incremento conjunto de la tarifa que abarque a todos los Centros de hemodiálisis.*

Freddy Gonzáles: *Exacto, eso es en conjunto. Por eso es que te hago referencia que en provincia la tarifa es mayor y acá en Lima todos los centros es menor. Lograr en sí al menos tener como referencia la tarifa de provincia. De hecho no vamos a llegar a ese 100%, pero tú sabes que en una convocatoria y acuerdos, es un tira y jale hasta llegar a un acuerdo, pero esta tarifa ya tiene muchos años.*

(...)

Secretaría Técnica: ¿Esta modificación de la tarifa sería por paciente o sería una tarifa plana de atención?

Freddy Gonzáles: No, es por paciente. Sus órdenes salen por paciente.

Secretaría Técnica: Y ya cada centro ganaría de acuerdo a su capacidad

Freddy Gonzáles: Exacto, su cuadro de costos. Pero las pequeñas están uniformadas casi. Porque qué pasa en el mercado, los mismos proveedores parece que también se conversan y a todos nos ponen en el mismo nivel.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 2, Fragmento 4 – Salud Renal – 26 de agosto de 2013**

«**Minuto 6:41 en adelante**

Secretaría Técnica: ¿Hay un precio fijo que le cobran a Essalud?

Freddy Gonzáles: Essalud nos paga por cada paciente 171.44 soles por cada atención. O sea 171.44 incluido IGV. Eso es lo que nos paga.

Secretaría Técnica: Y esto es algo, no sé si usted lo puede saber, pero esto es algo para todos los Centros de hemodiálisis.

Freddy Gonzáles: En Lima.

Secretaría Técnica: En Lima.

Freddy Gonzáles: En Lima, porque tengo confirmación que en provincia es mucho más onerosa, está sobre más de 200 soles. Y eso es lo que estamos peleando. O sea, porqué la marginación, si acá en Lima es donde se atiende más paciente. Hay más demanda, incluso hasta están creándose nuevas clínicas, porque lamentablemente este tipo de paciente está en aumento, y en provincia pagan más, y también se están creando en provincia. Es, como se dice, una cuestión de comparación que es algo inadecuado, injusto para nosotros, que acá en Lima nos paguen menos y a los de provincia les paguen más, siendo en sí el costo por los pacientes y la atención igual.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 5, Fragmento 1 – Salud Renal – 12 de junio de 2014**

«**Minuto 11:10 en adelante**

Secretaría Técnica: Su centro es parte de la asociación de Centros de hemodiálisis

Freddy González: Estuvimos hasta cierto tiempo. Pero ya, estamos hablando de dos años, ya directamente nosotros nos hemos inscrito ya en la cámara de comercio. Ya hemos dejado en esa parte. Pero en sí, vayamos a la verdad, no obtenía los resultados que se esperaba a través de la asociación. Entonces ahora estamos inscritos en la cámara de comercio.

Secretaría Técnica: ¿Qué resultados esperaban de la asociación?

Freddy González: La obtención del aumento de la tarifa. Que en sí era, sobre todo para las clínicas menores, era la meta en sí.

(...)

Secretaría Técnica: Pero el centro a veces citaba a los asociados de emergencia para ver estos temas de las tarifas, que EsSalud no las modificaba.

Freddy González: Eso sí había, justo lo que estábamos tomando en cuenta. Había reuniones en donde se veía el hecho de la tarifa que estaban proponiendo y que no convenía en sí para los intereses. Al decir esto, es porque nosotros también íbamos con conocimiento de nuestra realidad, que es lo que decide obtenerse un mejor precio.

Secretaría Técnica: Y el centro, la asociación, tenía un staff de profesionales.

Freddy González: Había una presidencia, un secretario, un tesorero, toda esa parte.

(...)

Secretaría Técnica: Ahí también se discutía, entiendo, el tema de las tarifas que se pagaban en provincia, que eran más altas.

Freddy González: Se tomaba de referencia.

(...)

Secretaría Técnica: Entonces también usted podría aspirar a esa tarifa [de provincia], obviamente.

Freddy González: Ese era uno de los temas también, ese de comparación, aspirar también a ese tipo de tarifa de provincia. Ese era uno de los temas de comparación.

Secretaría Técnica: Eso se discutía ahí [reuniones de asociación]

Freddy González: Siempre se ha discutido esa parte.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 6, Fragmento 1 – CM Jesús María – 13 de junio de 2014**

«**Minuto 38:54 en adelante**

Secretaría Técnica: Como podrían catalogar la eficiencia o eficacia que ha tenido la actuación de la asociación con respecto a las legítimas demandas que tienen ustedes con respecto al tratamiento que les da EsSalud.

Marielena Román: Obviamente cada empresa vela siempre por sus propios intereses. Pero del año 2009 que consiguieron esa alza de tarifa fue a presión de la mayoría de los centros, no individual sino en conjunto, se pudo conseguir. De esa fecha hasta ahora, ya sea individual o en conjunto no se ha conseguido absolutamente nada.

Secretaría Técnica: ¿Entonces, la acción de la asociación como la catalogarían?

Marielena Román: Bueno, en todo caso, no ha surtido efecto. Así sea la presión en conjunto no se ha podido conseguir nada.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 7, Fragmento 1 – San Miguel – 11 de junio de 2014**

«**Minuto 5:04 en adelante**

Secretaría Técnica: ¿Cuánto es el monto que cobran por el servicio de hemodiálisis?

Cindy De la Mata: 171.40, por ahí, más o menos.

Secretaría Técnica: ¿Y a ese monto como se ha llegado?

Cindy De la Mata: Nosotros hace muchos años que estamos reclamando un alza a nuestra tarifa, porque a nosotros los proveedores todos los años nos suben los precios de las medicinas, de los insumos. El personal quiere cada día que les pagues más. Tienen toda la razón, las cosas suben y ellos también quieren un mejor sueldo.

(...)

Hemos tenido que aceptar la tarifa que EsSalud nos impuso, porque esa no es una tarifa que nosotros hemos querido, sino que al hacer ellos concursos públicos y hacer caso omiso a nuestras tarifas, que nosotros decíamos que eso es lo que a nosotros consideramos que nos deben pagar, nuestra tarifa era mayor de 200 soles. Sin embargo, en la tarifa referencial ellos pusieron una tarifa de 170. Y ahí se quedaron, no nos pagaron un sol más.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 7, Fragmento 2 – San Miguel – 11 de junio de 2014**

«**Minuto 11:41 en adelante**

Cindy De la Mata: Desde que yo recuerde que empezó la empresa, y esto no lo tomen como algo exacto, que yo recuerde desde el 2002 al 2014 solo ha habido un alza en tarifa, y más o menos era de 154, no me acuerdo el monto exacto, y ahí cuando quisimos que nos paguen nuestra tarifa que nos correspondía nos dejaron en 170, y nuestra tarifa era mayor a 200. En provincia si lo pagan, si lo están pagando. En el mismo EsSalud de Lima, en su centro de hemodiálisis, también lo pagan, y pagan mucho más.»

[Resaltado agregado]

384. A criterio de esta Comisión el análisis de los fragmentos de las entrevistas previamente referidas conjuntamente con los Correos 12 y 13 permite aseverar

que los Centros investigados tuvieron como objetivo final de la conducta realizada el fijar concertadamente el precio por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso en los procesos de contratación de EsSalud, incrementando el precio pagado por dicha entidad por el servicio hasta los valores pagados en otras partes del país.

385. Cabe recordar que la conducta de los Centros investigados se centró en presentar cotizaciones consensuadas ante EsSalud. Dicha acción tenía la potencialidad de incrementar el límite superior de las propuestas económicas (valor referencial) a ser presentadas en los procesos de selección que convocara EsSalud para la contratación anual del servicio de hemodiálisis, permitiendo a las Empresas Imputadas de este modo recibir en Lima y Callao un precio más cercano al pagado en otras ciudades del país.
386. Vale recordar que las cotizaciones que realizan los potenciales proveedores en forma previa a un concurso público son una fuente de información que es considerada por las entidades convocantes para la determinación del valor referencial que se utilizará en las convocatorias para la adquisición de bienes o servicios ¹⁰⁵.
387. En efecto, las normas de contrataciones autorizan a las entidades públicas contratantes a pedir información sobre precios a posibles proveedores del servicio. Esta estrategia de señalización busca que la entidad contratante pueda diseñar adecuadamente las bases del servicio y conocer los precios de un mercado en competencia.
388. Aun cuando para los investigados no parece claro, es obvio que la información de los proveedores corresponde a una decisión autónoma, y no al resultado de una actuación coordinada con sus competidores. Así, si se permitiera a las empresas consultadas coordinar o concertar sus cotizaciones entre ellas, el Estado terminaría pagando precios mayores, dado que los oferentes tendrían incentivos por sobrestimar sus cotizaciones a fin de maximizar sus rentas.

105

Decreto Legislativo 1017

Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado

Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:

1. El valor referencial;
2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores;
3. La posibilidad de distribuir la Buena Pro;
4. Información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso;
5. La pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, de ser necesario;
6. Otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.

Para realizar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse, como mínimo, dos (2) fuentes, pudiendo emplearse las siguientes: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, cuando corresponda; portales y/o páginas web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, la información de procesos con buena pro consentida publicada en SEACE, entre otros, según corresponda al objeto de la contratación y sus características particulares debiendo verificarse que la información obtenida en cada fuente corresponda a contrataciones iguales o similares a la requerida. En caso exista imposibilidad de emplear más de una fuente, en el estudio deberá sustentarse dicha situación.

389. En ese sentido, mediante las cotizaciones concertadas, los Centros presentaron información que no correspondía a la de un mercado en competencia, brindándole información a EsSalud que indicaría que sus costos y los precios se habrían incrementado de manera sustancial.

Conforme se aprecia en la sección 6.3 y 6.4, mientras que el precio efectivo pagado por EsSalud a los Centros de hemodiálisis era de S/. 172.89 en el año 2010 y de S/. 171.44 en los años 2011 y 2012, los Centros de hemodiálisis presentaron cotizaciones cuyos valores promedio ascendieron a S/. 272.00 (Concurso Público), S/. 247.00 (Primera Convocatoria), S/. 248.00 (Segunda Convocatoria), S/. 252.00 (Tercera Convocatoria) y S/. 251.00 (Cuarta Convocatoria).

390. Ante esta situación, y de no haber descubierto EsSalud que las expectativas de pago enviadas en las cotizaciones de los Centros correspondían a una actuación colectiva para obtener un mayor pago, EsSalud habría tomado estas cotizaciones como una fuente fidedigna del precio existente en el mercado de prestación del servicio de hemodiálisis con reuso, incrementando el límite superior de las propuestas económicas, al utilizar esta información como una de las fuentes para su determinación.
391. De manera semejante, a partir de la información recabada por la Secretaría Técnica, esta Comisión puede apreciar que el efecto potencial referido era conocido y esperado por las Empresas Imputadas, tal como se observa en el Documento 3, analizado en la sección 6.8., en el que se indica expresamente que el valor referencial debía ser calculado utilizando el promedio de las cotizaciones presentadas, para luego promediarlo con el precio que a nivel histórico había sido pagado en los últimos procesos de selección.

- **Documento 3 – Apelación interpuesta ante el OSCE Tercera Convocatoria – 9 de agosto de 2012**

«En el cuadro del Precios del presente Proceso de Selección, donde se establece el valor referencial unitario, se consignan dos fuentes de determinación de los mismos: las cotizaciones y los datos históricos. Como es evidente, cada una de estas dos fuentes establece precios unitarios distintos que deberían ser promediados para obtener el valor referencial unitario.

*No obstante, no es posible saber de dónde se obtiene el valor referencial unitario consignado en este cuadro. Así, por ejemplo, tenemos que el servicio para la Provincia del Callao (Callao, Bellavista, Carmen de la Legua, La Perla, La Punta, Ventanilla) **tiene consignado como valor referencial unitario la suma de S/. 175.04**; sin embargo, **no se entiende de donde se ha obtenido este resultado, atendiendo a que si seguimos lo establecido en el artículo 12° del Reglamento, obtenemos un resultado diferente, conforme lo explicamos a continuación.***

*Así pues, y solo de manera ilustrativa, consideramos pertinente indicar que en la sección de **cotizaciones** (primer elemento que se debió tomar para establecer el valor referencial) **el valor promedio de las cotizaciones indicadas es S/. 247.01**; mientras que en la sección de **Datos Históricos** (segundo elemento que se debió tomar para establecer el valor referencial) **se consignan el monto de S/. 171.44.***

Consecuentemente, y promediando como corresponde, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12° del Reglamento, obtenemos que el monto ascendente a la cantidad de S/. 229.23, lo cual dista mucho del monto indicado; es decir, S/. 175.04.»
[Resaltado agregado]

392. Esta situación puede confirmarse con las propias declaraciones de algunos de los Centros, quienes indican de manera semejante que EsSalud debía utilizar las cotizaciones presentadas promediándolas con el precio histórico para establecer el valor referencial, límite superior para las ofertas económicas que presentarían.

- **Entrevista 8 – Benedicto XVI – 12 de junio de 2014**

«Minuto 17:50 en adelante

Carlos Alfredo Adachi Kanashiro (Gerente General): Yo le explico más o menos como hacen. Según la ley, corríjanme, tienen que sacar los precios históricos de los últimos, no sé cuantos meses o años. Utilizan la propuesta menor que hayan podido alcanzar en el mercado y la propuesta mayor que puedan alcanzar en el mercado, nadie está diciendo que pongan el mínimo ni el máximo. Y sacan un estudio de mercado sacando más un promedio. Eso es lo que deben hacer, nada más.»
[Énfasis agregado]

- **Entrevista 6, Fragmento 2 – CM Jesús María – 13 de junio de 2014**

«Minuto 10:01 en adelante

Secretaría Técnica: Porque si es 260 [la cotización], ustedes siguen prestando el servicio a 171.44

Marielena Román: La cotización es libre, uno pone el precio que quisiera obtener, tener todo o cubrir todos los costos que quiere hacer en la empresa. Nosotros partimos de que ellos siempre tienen que tener fuentes para sacar un precio referencial, que es precio de proveedores, precio histórico y el precio mismo que ellos evalúan, y hacen el promedio. Teniendo esa premisa nosotros siempre, al menos nosotros, hemos tratado de poner un precio muy por encima, de repente hasta de lo que ellos mismos proponen, porque al promediarse debería salir una tarifa al menos que se eleve algo del costo real que estamos trabajando. Sin embargo, a pesar que hemos enviado, que enviamos el precio referencial que ellos nos solicitaban, año a año han venido ellos convocando procesos, siempre han arrastrado el mismo precio. Pensamos que solamente es por cumplir sus trámites administrativos, que tienen que tener precios de proveedores, porque al final el precio era el mismo, no ha variado.

Secretaría Técnica: Era como un precio para negociar

Marielena Román: Claro, porque como le comentaba, la tarifa congelada, y más el promedio, nunca hemos llegado a aumentar ni un sol de la tarifa del año 2009, no hemos podido conseguir nada.»
[Énfasis agregado]

- **Entrevista 9 – Cono Norte – 12 de junio de 2014**

«Minuto 17:35 en adelante

Secretaría: ¿Cómo determinan el precio de las cotizaciones?

Aurelio Cesti Contreras: Bueno, siempre nosotros determinamos en conju(sic) en CONSUCODE quejándonos. Porque yo mandaba mi cotización. Te doy un caso hipotético, 280 soles mandó Cono Norte, el actual era 171. Estamos haciendo un escenario, un simulador. En Tumbes está 283, en Arequipa está 250, entonces se deben agarrar las tres fuentes dice la Ley de Contrataciones y sacar una. Pueden tomarse ellos la libertad de coger la más baja de nuestras cotizaciones de los postores, seamos 50 o 100, la más baja

la pueden coger o el promedio de todas, esa potestad le da la ley a Essalud. Pero nunca ha sido así.»

[Énfasis agregado]

- **Entrevista 7, Fragmento 3 – San Miguel – 11 de junio de 2014**

«**Minuto 27:43 en adelante**

Cindy De la Mata: Deberían sustentar con nuestras cotizaciones, con la más baja y con la más alta creo que se sustenta, cuando hacen su estructura de costos para dar la tarifa referencial. Ellos deberían también tomar en cuenta lo que nosotros también presentamos. Pero no, nunca nos han hecho caso. La verdad que es bien complicado este rubro, trabajar con el seguro.»

[Énfasis agregado]

Bajo esta situación, una vez obtenida la modificación del valor referencial, las ofertas de los Centros habrían tendido a acercarse al nuevo precio referencial establecido, obteniendo con ello el beneficio anticompetitivo de la conducta realizada al incrementar el precio pagado por EsSalud.

393. No obstante ello, una vez que EsSalud detectó que los Centros investigados coordinaron sus cotizaciones para brindar información que no correspondía a la de un mercado en competencia, excluyó estas cotizaciones del cálculo del valor referencial. Frente a ello, lejos de no proseguir con la conducta, los Centros investigados procedieron a incrementar la efectividad de la conducta desenvuelta a través de la abstención de manera conjunta a los procesos de selección de gran envergadura.
394. Dicha acción habría tenido la potencialidad de obligar a EsSalud a tomar las cotizaciones presentadas para la determinación del límite superior de las ofertas económicas, permitiendo a los Centros investigados incrementar el precio pagado por EsSalud a un monto cercano al de otros departamentos.
395. La potencialidad que EsSalud utilice los valores cotizados para el cálculo del valor referencial se debe a que EsSalud estaba de manera formal obligado a seguir las formas de contratación establecidas legalmente¹⁰⁶ y contratar en virtud de ello de manera conjunta y anual la totalidad de las prestaciones del servicio requeridas por medio de Concursos Públicos o Adjudicaciones de Menor Cuantía Derivadas y, además, no podía dejar de contratar la prestación del servicio de

106

Decreto Legislativo 1017

Artículo 19°.- Prohibición de fraccionamiento

Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública. No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las microempresas y de las pequeñas empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva.

El Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión favorable del Ministerio de la Producción y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece mediante Decreto Supremo los sectores que son materia de interés del Estado para promover la participación de la microempresa y de la pequeña empresa. La prohibición se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar.

El órgano encargado de las contrataciones en cada Entidad es responsable en caso de incumplimiento de la prohibición a que se refiere el presente artículo.

hemodiálisis con reúso, al depender de ella la supervivencia de los pacientes afectados.

396. Por estas razones, las declaratorias de desierto realizadas por EsSalud como consecuencia de la abstención conjunta de los Centros podían poner en riesgo la continuidad del servicio y la vida de los pacientes tratados hasta que se genere un nuevo proceso de selección.
397. En ese sentido, mediante la abstención conjunta los Centros tenían la potencialidad de obligar a EsSalud a utilizar sus cotizaciones en el cálculo del valor referencial, permitiéndoles finalmente incrementar sus precios a los montos pagados en otros departamentos. Esta abstención estaba finalmente condicionada a la consideración de las cotizaciones de los Centros para el cálculo del valor referencial.
398. Frente a esta situación, EsSalud terminó optando por la realización extraordinaria de los procesos de selección de menor envergadura. Por su parte, la ADECEPRIH mediante escritos remitidos a EsSalud¹⁰⁷ señaló que no resultaban lícitas las contrataciones por 3 UIT realizadas, debiendo convocarse necesariamente a un concurso público.
399. De manera semejante, el propio Órgano de Control Interno de EsSalud identificó que, como consecuencia de las acciones de los Centros de hemodiálisis, el CNSR se vio en la necesidad de incurrir en fraccionamiento para evitar quedar desabastecido, a pesar de lo señalado en el Decreto Legislativo 1017:

«En este contexto, el Centro Nacional de Salud Renal en los últimos años viene afrontando dificultades para ejecutar procesos de selección que corresponde contratar bajo el marco legal vigente.

(...)

Es el caso mencionar que los procesos antes indicados que quedaron desiertos por ausencia de postores, ocurrió debido a que las empresas que pertenecen a la “Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis”, adquirieron las Bases de los procesos pero no presentaron propuestas, aduciendo no estar de acuerdo con el valor referencial, obligando al Centro Nacional de Salud Renal, efectuar permanentes Adjudicaciones de Menor Cuantía y Contrataciones Directas para no afectar el servicio; no obstante que esta práctica, significó incurrir en fraccionamiento, pero el costo de la sesión de hemodiálisis se mantuvo en el tiempo en S/. 172.28.»¹⁰⁸

400. En dicho escenario, la abstención conjunta permitía potencialmente a los Centros obligar a EsSalud a incrementar el límite máximo para la presentación de ofertas económicas, sobre la base de las cotizaciones presentadas, permitiendo a las Empresas Imputadas materializar finalmente el objetivo del acuerdo.
401. Finalmente, algunos Centros reforzaron la efectividad de la conducta realizada mediante la presentación de acciones conjuntas ante EsSalud para exigir la

¹⁰⁷ Ver Anexo 9.

¹⁰⁸ Informe de Control 15-2012-2-0251 de la Oficina de Control Interno de EsSalud, pp. 6 – 7.

utilización de las cotizaciones presentadas, a efectos de reiterar de este modo que se incremente el límite superior para la presentación de ofertas económicas.

402. En ese sentido, esta acción constituyó un mecanismo que permitía a parte de los Centros insistir en la necesidad de utilizar los valores cotizados y dejar claramente establecido a Essalud que las abstenciones de los procesos de selección de gran envergadura continuarían si no modificaba los valores referenciales.
403. Debido a los elementos observados en la presente sección, esta Comisión considera que los medios probatorios recabados a lo largo del procedimiento acreditan de manera clara que la conducta realizada por los Centros investigados buscó incrementar el precio pagado por EsSalud por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

6.11 Conclusión del análisis de la conducta investigada

404. La revisión conjunta de los treinta y dos (32) correos electrónicos, siete (7) entrevistas y cinco (5) documentos que obran en el expediente permiten afirmar que en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, entre los años 2010 y 2012, Cenesa, Santa Ana, Santa Ena, San Fernando, Villa María, Santa Anita, Cono Norte, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, Ceer, Santo Tomás, Nordial, Caminos del Inca, Renal Care, Inversiones Trujillo, CM Jesús María, CD Jesús María, San Juan Masías, Ventanilla, IDT, Salud Renal, OM DIAL, Interdial Norte, INPA, Grau, Zárate, Benedicto XVI, Santa Elena, Pronefros, Nephro Care, IMP, CD Callao y San Ignacio acordaron y procedieron a fijar el precio a pagar a los Centros investigados en el mercado de contrataciones públicas del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, a través de la presentación de cotizaciones a EsSalud con valores concertados.
405. Asimismo, posteriormente a ello desarrollaron medidas adicionales destinadas a incrementar la efectividad de la conducta desenvuelta, como la abstención conjunta a los procesos de selección de gran envergadura.
406. En la gran mayoría de ocasiones, las acciones acordadas se coordinaron mediante reuniones o la impartición de instrucciones que involucraban la realización de acciones que presentan una homogeneidad no observable en un escenario competitivo.
407. El consenso en la realización de las acciones conformantes de la conducta imputada y con ello el objetivo de incrementar los precios, fue constatado con las propias declaraciones de algunos de los representantes de los Centros investigados, quienes afirmaron que las medidas desarrolladas tuvieron como objetivo incrementar el precio pagado, pretendiendo alcanzar los montos pagados en otros departamentos del país.
408. La coordinación de la realización de estas acciones tuvo como espacio facilitador de comunicación la asociación existente en el mercado de hemodiálisis, denominada ADECEPRIH, permitiendo la reunión de los Centros ante cada

actuación o decisión realizada por EsSalud. En ese sentido, la mayoría de correos electrónicos detallan expresamente el llamado de la ADECEPRIH a reunión entre empresas asociadas y no asociadas con motivo de las cotizaciones requeridas por EsSalud y la convocatoria a procesos de selección.

409. La ADECEPRIH también permitió establecer un canal de comunicación para transmitir instrucciones referidas a las actuaciones consensuadas por los Centros, permitiendo en determinados momentos indicar cómo debían actuar las Empresas Imputadas.
410. El análisis efectuado permite concluir que las Empresas Imputadas tuvieron participación en la realización de la conducta, a pesar de no haber logrado finalmente que el monto pagado por EsSalud se incrementara. Esta Comisión considera que, las cotizaciones homogéneas presentadas, las abstenciones conjuntas realizadas, y la presentación de acciones legales, permiten corroborar las afirmaciones vertidas en las entrevistas realizadas y las acciones referidas en los correos electrónicos analizados. En ese sentido, puede afirmarse que el accionar de los Centros investigados fue producto de una práctica colusoria horizontal entre las empresas investigadas.

6.12 Argumentos planteados por las Empresas Imputadas respecto a la conducta materia de imputación

411. El análisis conjunto realizado en las secciones precedentes ha llevado a esta Comisión a verificar que las empresas investigadas incurrieron en una práctica colusoria horizontal con el objeto de incrementar concertadamente el precio pagado por EsSalud por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao.
412. Sin perjuicio de ello, esta Comisión también considera pertinente someter las conclusiones obtenidas a una “prueba ácida”, constituida por un análisis contrafáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de las pruebas e indicios detectados¹⁰⁹. De esta forma, si se determinara que el fenómeno de mercado detectado solo puede explicarse razonablemente por la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, puede determinarse la existencia de la conducta infractora.
413. En relación con este punto, los Centros investigados han señalado diversos factores que, a su juicio, aportarían explicaciones alternativas a algunos de los comportamientos identificados en las secciones precedentes. Teniendo en cuenta ello, esta Comisión analizará dichos argumentos con la finalidad de verificar su verosimilitud o descartarlos.

6.12.1. Justificación de las comunicaciones y reuniones entre empresas en el marco de la ADECEPRIH

414. El señor Cesti, de la Mata y algunos Centros señalaron que las reuniones entre los Centros investigados tuvieron como finalidad evaluar la situación del mercado

¹⁰⁹ Ver Resolución 276-97/TDC-INDECOPI.

debido a las supuestas irregularidades realizadas por EsSalud e intercambiar información referida a insumos obtenidos de proveedores comunes. Asimismo, se negó el intercambio de información relacionada con las cotizaciones.

Adicionalmente, manifestaron que las reuniones realizadas no tuvieron como finalidad fomentar o incitar una concertación de precios, siendo la asociación un mecanismo para costear los gastos de asesoría legal.

415. De igual manera, el señor De la Mata señaló que si bien hubieron conversaciones de precios en las reuniones entre los Centros, estas se refirieron al valor referencial establecido por EsSalud, el cual establecía un precio irreal para el mercado que amenazaba la permanencia de estos en el mercado.
416. Sobre los argumentos mencionados, se debe precisar que el intercambio de información en el marco de una asociación no necesariamente resulta ilegal o atentatorio a las normas de libre competencia. Generalmente, dicho intercambio de información puede ayudar a que las empresas asociadas puedan obtener mayor y mejor información del mercado para así tomar decisiones que mejoren la competitividad en su sector. Sin embargo, cuando las empresas asociadas intercambian información relevante que permite a los competidores tomar decisiones de manera conjunta en lugar de competir, el intercambio de información puede resultar en una conducta anticompetitiva.
417. Este tipo de intercambio de información entre asociados ha sido analizado en otros países por sus posibles efectos anticompetitivos. La Fiscalía Nacional Económica de Chile, sobre el intercambio de información relevante, ha señalado:

*“(...) toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado (...) Por ejemplo, se considera información relevante aquella relativa a políticas de precios (actuales o futuros), **estructuras de costos**, volúmenes de producción (actuales o proyectados), planes de expansión e inversión, (...) **términos y condiciones de pago, estrategias comerciales y técnicas para el diseño y contenido de las ofertas o propuestas para licitaciones futuras**, entre otras”¹¹⁰.*
[Énfasis agregado]

418. Como se puede observar, el intercambio de información sobre insumos, precios de proveedores y estructuras de costos tiene como un posible efecto propiciar o ser antecedente de un acuerdo colusorio. Por ello, las autoridades de competencia recomiendan a las asociaciones evitar este tipo de acciones, especialmente cuando el intercambio contiene información desagregada de costos de los competidores.
419. De acuerdo al análisis realizado por esta Comisión y las afirmaciones contenidas en los descargos de las Empresas Imputadas, el intercambio de información realizado en el marco de la ADECEPRIH estuvo referido a asuntos como estructura de costos y valores de cotización, siendo información relevante que facilitaba la adopción de un acuerdo entre competidores, como se puede apreciar en el presente caso.

¹¹⁰

Fiscalía Nacional Económica. Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. 2011. En: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf

420. En efecto, de acuerdo con la evaluación realizada por esta Comisión, las entrevistas y correos analizados reflejan que de manera adicional al intercambio de información, los Centros acordaron la presentación de cotizaciones con valores consensuados y su posterior abstención conjunta a los procesos de selección.
421. En atención a ello, existen elementos que reflejan que las comunicaciones y reuniones realizadas en el marco de la ADECEPIRH, incluidas aquellas con la participación de los señores Aurelio Cesti, Miguel de la Mata y Raúl Barrios, estaban destinadas no solo al intercambio de información mencionado, sino también al consenso y coordinación para llevar a cabo las acciones que les permitiesen alcanzar una fijación de precios.

6.12.2. Imposibilidad de desarrollar acuerdos para fijar precios en el marco de contrataciones con el Estado

422. Como parte de sus argumentos de defensa algunos Centros han señalado que se les imputa una conducta anticompetitiva no realizable, dado que no podría existir un acuerdo para fijar el precio cuando este es determinado por la entidad convocante.

Así, sería legal y materialmente imposible concertar, dado que los Centros no tendrían la capacidad para fijar un precio, ni siquiera de forma indirecta. En el mismo sentido, CD San Ignacio menciona que las cotizaciones solo sirven de referencia a las entidades públicas en los procesos de selección y no son vinculantes, siendo finalmente EsSalud quien determina la contraprestación sobre la base de diversas fuentes.

423. Sobre el particular, la conducta realizada por las Empresas Imputadas estuvo orientada a incidir y compeler a EsSalud a determinar de una manera específica el precio referencial de los procesos de selección convocados, permitiendo incrementar los precios vigentes en el mercado, es decir, se habría pretendido obligar en última instancia a EsSalud a incrementar el límite superior para la presentación de ofertas económicas, permitiendo a los Centros investigados incrementar el precio recibido por EsSalud como contraprestación.
424. Ello, conforme fue materia de desarrollo en la sección 6.10, es posible debido a que, encontrándose EsSalud en la posibilidad de utilizar las cotizaciones de sus proveedores como fuente para el cálculo de su precio referencial¹¹¹, los Centros

111

Decreto Legislativo 1017

Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado

Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:

1. El valor referencial;
 2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores;
 3. La posibilidad de distribuir la Buena Pro;
 4. Información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso;
 5. La pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, de ser necesario;
 6. Otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.
- Para realizar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse, como mínimo, dos (2) fuentes, pudiendo emplearse las siguientes: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán

habrían presentado cotizaciones con valores consensuados, brindando información del mercado distinta a la existente en un escenario competitivo que indicaría que los costos asumidos y los precios que los proveedores estarían dispuestos a recibir en el mercado se habrían incrementado de manera sustancial.

Ante esta situación, y de no haberse percatado de su carácter consensuado, EsSalud habría tomado estas cotizaciones como una fuente fidedigna del precio existente en el mercado, incrementando el valor referencial al utilizar esta información como una de las fuentes para su determinación.

425. La eficacia de las acciones realizadas fue reforzada por medio de las abstenciones conjuntas que desarrollaron las Empresas Imputadas, buscando compeler a EsSalud a la utilización de las cotizaciones presentadas.
426. Debe tomarse en cuenta que EsSalud estaba de manera formal obligado a seguir las formas de contratación establecidas legalmente¹¹² y contratar de manera conjunta y anual la totalidad de las prestaciones del servicio por medio de Concursos Públicos o Adjudicaciones de Menor Cuantía Derivadas y, además, no podía dejar de contratar la prestación del servicio de hemodiálisis con reuso, al depender de ella la supervivencia de los pacientes afectados. Por tanto, la información brindada por los administrados cobra mayor relevancia.

provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, cuando corresponda; portales y/o páginas web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, la información de procesos con buena pro consentida publicada en SEACE, entre otros, según corresponda al objeto de la contratación y sus características particulares debiendo verificarse que la información obtenida en cada fuente corresponda a contrataciones iguales o similares a la requerida. En caso exista imposibilidad de emplear más de una fuente, en el estudio deberá sustentarse dicha situación.

112

Decreto Legislativo 1017

Artículo 16.- Licitación pública y concurso público

La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras. El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza.

En ambos casos, se aplican los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público.

Artículo 17.- Adjudicación directa

La adjudicación directa se aplica para las contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público. La adjudicación directa puede ser pública o selectiva. El Reglamento señalará la forma, requisitos y procedimiento en cada caso.

Artículo 18.- Adjudicación de menor cuantía

La adjudicación de menor cuantía se aplica a las contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público.

Artículo 19°.- Prohibición de fraccionamiento

Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de evitar el tipo de proceso de selección que corresponda según la necesidad anual, o de evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado para dar lugar a contrataciones menores a tres (3) UIT, y/o de acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano en materia de contratación pública. No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las microempresas y de las pequeñas empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva. El Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión favorable del Ministerio de la Producción y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece mediante Decreto Supremo los sectores que son materia de interés del Estado para promover la participación de la microempresa y de la pequeña empresa. La prohibición se aplica sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar. El órgano encargado de las contrataciones en cada Entidad es responsable en caso de incumplimiento de la prohibición a que se refiere el presente artículo.

Así, las declaratorias de desierto podían poner en riesgo la continuidad del servicio y la vida de los pacientes tratados hasta que se genere un nuevo proceso de selección, generando en EsSalud la necesidad de que estas no se produzcan.

427. En ese sentido, las acciones realizadas por los Centros imputados estuvieron destinadas a incrementar el valor referencial para prestar el servicio de hemodiálisis pues eran conscientes de la posibilidad de que sus acciones alcanzaran dicho propósito.
428. En línea con lo señalado previamente, debe recordarse que la Comisión ya se ha pronunciado anteriormente reconociendo la posibilidad de fijar precios en procesos de selección, conforme se aprecia en la Resolución 040-2014/CLC-INDECOPI, en la que se sancionó a un colegio profesional y una asociación por fijar el precio de diversos servicios, al establecer, entre otros, conceptos vinculados con la determinación del valor referencial establecido por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional.
429. Por ello, contrariamente a lo alegado por diversos Centros imputados, resulta legal y materialmente posible la concertación de precios en procesos de selección bajo la estrategia desarrollada.

6.12.3. Imposibilidad de concertar entre empresas ubicadas en zonas geográficas distintas

430. El señor Aurelio Cesti en su escrito de fecha 12 de enero de 2015 cuestionó la calidad de competidores de los Centros investigados. Específicamente, señaló que los centros representados por el señor Estrada, el señor Velásquez y él se sitúan en zonas geográficas distintas, dado que EsSalud realizó una segmentación por zonas que atendían a la ubicación de cada uno de los Centros. Por ello, manifiesta que resulta imposible que estos Centros sean competidores, teniendo en cuenta que, en el contexto del proceso de selección, habrían tenido que presentarse a zonas o ítems distintos.
431. Sobre el particular, esta Comisión debe precisar que la división realizada por EsSalud en los procesos de selección de gran envergadura no altera la relación de competencia existente entre los Centros, dado que dicha división se encuentra únicamente referida a la demanda de servicios, es decir, ante la imposibilidad de que un solo proveedor abastezca toda la demanda requerida se establecen diferentes ítems en los procesos de selección según zonas.
432. Así, la ubicación geográfica de los postores no se tomaba en consideración como condición para participar en uno u otro de los ítems del proceso de selección. Ello se desprende de: (i) los Resúmenes Ejecutivos de los procesos de selección en donde se precisan los motivos de la segmentación¹¹³; y, (ii) las Bases y manuales de los procesos de selección que establecen condiciones para la prestación del servicio. Más aún, de las declaraciones contenidas en la

¹¹³ Ver sección Sistema de Contratación en los Resúmenes Ejecutivos de la AMC Derivada en su Primera y Segunda Convocatoria.

denuncia de las Empresas Imputadas ante el OSCE a la AMC Derivada en su Primera Convocatoria¹¹⁴, se ha observado que las propias investigadas conocían de esta situación.

433. Los Resúmenes Ejecutivos de las convocatorias indican que resulta necesario dividir la buena pro entre varios postores, teniendo en consideración que la cantidad mensual demandada para la prestación del servicio prevista excede la capacidad operativa de los postores cotizantes. En tal sentido, de haber existido un solo postor que pueda cubrir la totalidad de la demanda requerida, esta habría sido asignada a dicho postor sin considerar su ubicación geográfica. Así, en ningún caso, la presentación de ofertas es restringida por razón de la ubicación geográfica de los Centros, de lo cual se desprende que no existirían elementos que condicionen la competencia entre dichas empresas.

Así, el Resumen ejecutivo de la AMC Derivada en su Primera Convocatoria señala lo siguiente¹¹⁵:

[Continúa en la página siguiente]

¹¹⁴ Denuncia ante el OSCE presentada el 17 de agosto del 2011.

¹¹⁵ En el caso del Resumen Ejecutivo de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria solo se diferencia por las cantidades de prestaciones consignadas.

«En los términos de referencia se indica que cada Centro oferte un máximo de 03 módulos y de 03 turnos de atenciones, lo que origina que no exista un solo Centro en Lima y Callao con capacidad de atender las 501,706 sesiones requeridas en el presente concurso, por lo que la Oficina de Servicios Contratados en calidad de área usuaria ha tomado en cuenta la distribución por Distritos, con la finalidad de adoptar las medidas correctivas, según detalle:

ITEM	Cantidad Total de sesiones Anuales	ZONA GEOGRAFICA	
1	56,340	CALLAO	CALLAO
			BELLAVISTA
			CARMEN DE LA LEGUA
			LA PERLA
			LA PUNTA
			VENTANILLA
2	51,645	LIMA CIUDAD I	BREÑA
			LIMA CERCADO
3	45,385	LIMA CIUDAD II	JESUS MARIA
			SAN ISIDRO
4	55,681	LIMA CIUDAD III	LINCE
			SAN MIGUEL
			MAGDALENA DEL MAR
			PUEBLO LIBRE
5	35,995	LIMA CIUDAD IV	LOS OLIVOS
			INDEPENDENCIA
			COMAS
			ANCON
			PUENTA PIEDRA
			SANTA ROSA
6	42,255	LIMA CIUDAD V	SAN MARTIN DE PORRES
			CARABAYLLO
			RIMAC
7	32,865	LIMA CIUDAD VI	SAN BORJA
			LA VICTORIA
			SAN LUIS
8	32,865	LIMA CIUDAD VII	MIRAFLORES
			SURQUILLO
9	37,560	LIMA SUR I	SANTIAGO DE SURCO
			BARRANCO
			VILLA EL SALVADOR
			LURIN
			PACHACAMAC
10	45,385	LIMA SUR II	VILLA MARIA DEL TRINFO
			SAN JUAN DE MIRAFLORES
			CHORRILLOS
			PUNTA NEGRA
			PUNTA HERMOSA
			PUCUSANA
			SAN BARTOLO
			STA MARIA DEL MAR
11	65,730	LIMA ESTE	EL AGUSTINO
			SANTA ANITA
			SAN JUAN DE LURIGANCHO
			CHACLACAYO
			CIENEGUILLA
			LURIGANCHO
			ATE VITARTE
			LA MOLINA
Total 501,706		»	

434. Ello es coherente con lo establecido en el apartado 5 de la sección IV de las Bases de los procesos de selección (Referencia de los pacientes), el cual indica que una vez calificado el paciente para la atención, EsSalud dispone en forma aleatoria el establecimiento que atenderá al paciente, estando el contratista obligado a admitir para su atención a los pacientes transferidos. En tal sentido, se observa que la metodología de asignación de pacientes indica que estos pueden ser asignados de modo indistinto a la ubicación geográfica del centro de hemodiálisis. Así, se tiene lo siguiente:

«5. Referencia de pacientes

El procedimiento para la referencia de pacientes que requieran la atención será el siguiente:

El Servicio de Nefrología de los Hospitales Nacionales de EsSalud calificará periódicamente a los pacientes afiliados que requieran la atención de hemodiálisis ambulatoria.

Una vez calificado el paciente para la atención, EsSalud dispondrá en forma aleatoria, como lo establece el “Manual de Normas y Procedimientos para la Referencia de Pacientes Asegurados a los Centros de Hemodiálisis Contratados”, el establecimiento en el que se atenderá el paciente que se acoja a este programa.»¹¹⁶

435. Igualmente, en el apartado 2 literal d) de la sección II del Manual de Normas y Procedimientos para la Atención de Asegurados en Centros de Hemodiálisis Contratados (Directiva 026-DE-IPSS-93) se establece que la Unidad Central de Referencia y Contra-referencia (unidad encargada de asignar la demanda a la oferta disponible) selecciona de forma aleatoria el centro de hemodiálisis contratado que otorgue la atención al paciente. Con lo cual, se confirmaría que los Centros podían prestar sus servicios a pacientes ubicados en diversas zonas de Lima y Callao.

«La U.C.R.C. recepcionará el Formulario Único de Diálisis y la ficha clínico-biológica del paciente remitida por la Jefatura del Servicio de Nefrología para seleccionar en forma aleatoria el Centro de Hemodiálisis contratado que otorgue la atención al paciente de conformidad con las reglas establecidas de común acuerdo con los establecimientos de salud del IPSS involucrados en ello, la Dirección Nacional de Salud de la Gerencia Central de Sistemas Institucionales y los Centros de Hemodiálisis Privados.»¹¹⁷

436. Más aún, dado que la asignación de la demanda es aleatoria, esta será atendida necesariamente por una “zona geográfica” distinta cuando toda la capacidad instalada de una zona se encuentre asignada a otros pacientes. Por ejemplo, si todos los centros de hemodiálisis en Lima han asignado su capacidad contratada, el siguiente paciente cuya demanda es en Lima deberá utilizar los servicios en el Callao de un centro con capacidad contratada disponible.
437. Sumado a ello, puede apreciarse que no existe ninguna exigencia técnica o calificación de puntaje en las Bases de los procesos de selección de gran envergadura vinculada a la ubicación geográfica, resultando factible la presentación de los centros de hemodiálisis a cualquiera de los ítems convocados, sin que ello sea mérito para su descalificación; o asignación de mayor o menor puntaje. Esta posibilidad era conocida por los Centros investigados quienes en su escrito de Denuncia ante el OSCE de la AMC Derivada en su Primera Convocatoria se refirieron a las posibilidades que tienen los postores de presentarse a diversas zonas. Así, afirmaron lo siguiente:

(b) Que el postor elija a una zona en particular en la cual desea participar, ello y a diferencia de las bases expuestas en el Concurso Público N° 1095P00011 puede ocasionar que existan postores con menores puntajes a los cuales se les asigne una zona, y existan otros postores que obtengan un mayor puntaje pero que al haber decidido participar por otra zona no lleguen a obtener una plaza, o que si la obtienen sea aquella plaza en la cual no operan al 100% de su capacidad,

¹¹⁶ Apartado 5 de la sección IV de las bases del Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria.

¹¹⁷ Apartado 2 literal d) de la sección II del Manual de Normas y Procedimientos para la Atención de Asegurados en Centros de Hemodiálisis Contratados.

pudiendo haber obtenido un mejor resultado en caso hubieran optado por participar en otra zona.

[Énfasis agregado]

438. De ello se observa que los postores reconocían la posibilidad de cada centro de hemodiálisis de presentarse a cualquiera de los ítems existentes, independientemente de su ubicación.
439. Por consiguiente, en base a la información contenida en los Resúmenes Ejecutivos, las bases de los procesos de selección, la Directiva 026-DE-IPSS-93; y, el escrito de los Centros referido, se ha determinado que:
- (i) La zonificación de los procesos de selección no limitaría a los postores a competir en razón de su ubicación geográfica, ya que esta división solo se realizó ante la imposibilidad de que un solo proveedor abastezca toda la demanda requerida.
 - (ii) Cada uno de los pacientes que conformaría la demanda real existente en una de las denominadas “zonas geográficas” podía ser asignado de manera aleatoria a un centro de hemodiálisis presente en otra “zona geográfica”, no existiendo en las bases impedimento para prestar servicios en diversas “zonas geográficas”, de manera independiente a donde esté ubicado el centro de hemodiálisis.
 - (iii) La posible asignación aleatoria de los pacientes no fue desconocida por los Centros, quienes reconocían que es posible que un centro de hemodiálisis participe en más de una “zona geográfica”.
440. En conclusión, dado que todos los Centros investigados se encontraban en la posibilidad de postular a los diversos ítems convocados sin estar restringidos por su ubicación geográfica, puede afirmarse que existía una relación de competencia entre ellos.
- 6.12.4. El consenso de una estructura común como un acuerdo complementario realizado por las Empresas Imputadas*
441. Como parte de sus alegatos al Informe Técnico Cono Norte y Cenper señalaron que la coordinación de una estructura de costos entre las Empresas Imputadas habría sido una actuación complementaria y accesorio a los motivos principales de la ADECEPRIH, como serían la discusión de características técnicas de la prestación del servicio y el exigir precios razonables ante la presencia de un monopsonio. A ello agregaron que la discusión de características técnicas mencionada se encontraba referida a evitar que EsSalud reutilizara los filtros empleados en el servicio de hemodiálisis.
442. Por su parte, Benedicto XVI, CM Jesús María, Caminos del Inca, San Fernando y Villa María señalaron que las coordinaciones realizadas referidas a las cotizaciones constituirían acuerdos accesorios y complementarios a la realización de compras conjuntas.

443. De acuerdo al artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto fijar precios u otras condiciones comerciales de servicio, entre otro tipo de infracciones sancionadas. Esta distinción tiene origen en la diferenciación que se ha realizado en la jurisprudencia comparada respecto a los acuerdos desnudos y los acuerdos complementarios o accesorios.
444. La distinción tiene como finalidad diferenciar la aplicación de la prohibición absoluta o relativa a los acuerdos producidos entre competidores. Así, la prohibición absoluta será aplicada a los acuerdos desnudos pues estos se dan con la única finalidad de restringir la competencia; mientras que la prohibición relativa se aplica a los acuerdos complementarios que se originan con motivo de la existencia de un acuerdo que implica una cierta integración entre distintas empresas a efectos de lograr una mayor eficiencia, de manera que el acuerdo complementario o accesorio contribuya a la viabilización de las eficiencias conllevadas por la integración.
445. En atención a esta diferencia, el estándar de prueba de la autoridad de competencia variará en cada caso, puesto que, en los casos sometidos a una prohibición absoluta bastará acreditar la existencia de la conducta anticompetitiva, mientras que ante los acuerdos complementarios sometidos a una prohibición relativa, además de la conducta anticompetitiva, es necesario demostrar los efectos negativos sobre la competencia.
446. Sobre el particular, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la calificación de acuerdos de fijación de precio intermarca, estableciendo que les será aplicable la regla per se (no resultando accesorios): (i) cuando no sean consecuencia o no formen parte de un acuerdo principal, o; (ii) cuando no resulten efectivos para lograr la eficiencia de dicho acuerdo¹¹⁸.
447. Esta evaluación del Tribunal presupone dentro de su consideración la comprobación de la existencia del acuerdo alegado como principal, así como la realización de una evaluación respecto a la causalidad existente entre dicho acuerdo y el acuerdo accesorio que permitiría el logro de las eficiencias que se buscan alcanzar.
448. En ese sentido, esta Comisión procederá a verificar de manera preliminar si las alegaciones formuladas por las Empresas Imputadas se sustentan en la existencia de un acuerdo principal y, de ser el caso, verificará si la conducta imputada posee un carácter accesorio o complementario respecto a este.
449. En el caso de las afirmaciones planteadas por Cono Norte y Cenper, esta Comisión ha podido constatar que estas Empresas Imputadas alegaron la existencia de dos presuntos acuerdos, uno referido a las características técnicas

118

Resolución N° 206-97-TDC

Precedente de observancia obligatoria:

"En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración.

del servicio (impedir el reúso de filtros) y uno referido a exigir precios razonables ante la presencia de un monopsonio.

450. Al respecto, esta Comisión debe precisar que a lo largo del presente procedimiento no se ha acreditado la existencia de un acuerdo entre las Empresas Imputadas para impedir el reúso de filtros en los servicios prestados a EsSalud, motivo por el cual no se presentaría en este extremo la existencia de un presunto acuerdo principal.
451. No obstante ello, aún en el caso de acreditarse la existencia de dicho acuerdo, esta Comisión puede constatar que no existiría una relación accesorio o complementaria entre el referido acuerdo y la realización de una estructura de costos consensuada.
452. En efecto, esta situación se presenta debido a que la estructura de costos vinculada con la conducta imputada corresponde a la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, hecho que resulta contrario al presunto acuerdo planteado y no se encuentra relacionada con el presunto objetivo de evitar el reúso de filtros. Así, el acuerdo de precios de la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso no es consecuencia de las supuestas acciones por parte de los centros de hemodiálisis para evitar el reúso.
453. Por otro lado, esta Comisión puede observar que la exigencia de precios razonables alegada por Cono Norte y Cenper no constituiría un presunto acuerdo principal sino un aparente motivo por el cual se habría establecido la conducta de fijación de precios imputada.
454. En efecto, observándose que la conducta imputada pretendía que los Centros investigados resultaran beneficiados con el incremento en el precio pagado por el servicio de hemodiálisis, la búsqueda de un precio presuntamente razonable podría constituir el criterio que estas empresas tomaran como referencia para establecer los alcances de la conducta anticompetitiva, formando parte de su sustento y motivación. Así, las acciones de los Centros para obtener un precio presuntamente razonable no formaban parte de un acuerdo distinto que el acuerdo de precios imputado.
455. Por otro lado, en el caso de las alegaciones planteadas por Benedicto XVI, CM Jesús María, Caminos del Inca, San Fernando y Villa María esta Comisión ha podido observar que a lo largo del presente procedimiento no se ha acreditado la existencia de un acuerdo entre las Empresas Imputadas para realizar compras conjuntas, motivo por el cual no se presentaría la existencia de un presunto acuerdo principal.
456. Así, conforme se aprecia de las propias declaraciones de estas empresas no habría existido un acuerdo de compras conjuntas al momento de realizar las coordinaciones referidas a las cotizaciones presentadas, conforme se ve en el siguiente extracto:

«En este contexto en el cual algunos Centros de Hemodiálisis habían planteado la posibilidad de realizar compras conjuntas en cantidades más altas que las que eran adquiridas de manera individual para así encontrar soluciones eficientes en un contexto en

el que Essalud, como comprador con posición dominante ofrecía precios con los cuales cada vez resultaba más difícil a las empresas continuar ofreciendo servicios, resultaba razonable que aquellas empresas potencialmente harían compras conjuntas de insumo realizaran coordinaciones sobre las cotizaciones requeridas por EsSalud puesto que al fin y al cabo los insumos tenían implicancia directa en la cotización.»

457. No obstante ello, aún en el caso de acreditarse la existencia de dicho acuerdo, esta Comisión puede constatar que no existiría una relación accesorio o complementaria entre el referido acuerdo y la realización de una estructura de costos consensuada.
458. Esta situación se debe a que la realización de compras conjuntas conlleva a la obtención de una reducción de los costos de los insumos materia de adquisición en un mercado particular (mercado del insumo), hecho que no guarda relación con el establecimiento de un acuerdo de fijación de precios en el mercado en el que estos insumos se emplean para la realización de la actividad productiva. Las compras conjuntas de insumos generarían una disminución de costos y así del precio de la prestación, mientras que el acuerdo imputado implicaba un aumento del precio de la prestación. Así, el acuerdo de precios imputado no es consecuencia de las supuestas acciones de los centros para realizar compras conjuntas de insumos.
459. Debido a lo expuesto, esta Comisión considera que deben desestimarse los argumentos de las Empresas Imputadas que refieren que la conducta imputada constituiría un acuerdo complementario al que correspondería aplicarle un criterio de prohibición relativa.

6.12.5. Sobre la necesidad de un beneficio económico para la existencia de una concertación de precios

460. De acuerdo con los alegatos presentados por las Empresas Imputadas, no se podría sancionar la conducta imputada o las multas recomendadas por la Secretaría Técnica serían irrazonables pues no ha existido un beneficio económico ilícito por parte de los Centros investigados, ello debido a que el valor referencial nunca se incrementó y no se habría afectado a los pacientes ni al mercado del servicio de hemodiálisis.
461. Al respecto, cabe señalar que conforme establece el Decreto Legislativo 1034 en los artículos 8 y 9, las infracciones a la libre competencia pueden distinguirse entre aquellas que constituyen prohibiciones absolutas y prohibiciones relativas. La primera de estas consiste en que para verificar la existencia de la infracción, y por tanto sancionarla, es suficiente que se compruebe solamente la existencia de la conducta; mientras que las prohibiciones relativas tienen la carga adicional para la autoridad de competencia de probar los efectos reales o potenciales para la competencia.
462. En ese sentido, el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034 establece que constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto, entre otras, fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio.

463. Esta distinción normativa responde a la existencia de una amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismo, son restrictivas de la competencia y no generan eficiencia en el mercado, lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta.
464. Asimismo, de acuerdo al artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034, se encuentran prohibidas las conductas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. En ese sentido, no resulta necesario que una práctica colusoria horizontal tenga efecto real o muestre resultados sobre el mercado afectado. El Decreto Legislativo 1034 establece una prohibición absoluta para dichas prácticas pues constituyen la afectación más grave a la competencia, de manera que será suficiente la existencia de un efecto potencial sobre el mercado.
465. La existencia de efectos reales de la práctica colusoria horizontal sobre el mercado es parte del análisis para la determinación de la graduación de la sanción, mas no es el condicionante para la determinación de la existencia de la infracción. El carácter *per se* de ilegalidad de dichas conductas conlleva a que las normas de competencia sancionen la sola realización de la conducta.
466. Por tanto, será suficiente en estos supuestos que se acredite la existencia de un acuerdo de precios entre competidores o la actuación concertada entre aquellos con la finalidad de limitar la competencia para que se verifique una infracción al Decreto Legislativo 1034.
467. Por consiguiente, las acciones realizadas por los Centros investigados se encuentran dentro de las conductas sometidas a una prohibición absoluta, siendo sancionable a pesar de no llegar a producir los efectos buscados.

6.13 Argumentos planteados por las personas naturales imputadas respecto a su responsabilidad en la conducta imputada

6.13.1. Sobre las alegaciones formuladas por el señor Raúl Barrios

468. De acuerdo con el escrito presentado el 16 de diciembre de 2014 por parte del señor Raúl Barrios, este señala que la Secretaría Técnica habría incurrido en una causal de nulidad por un defecto de motivación de la Resolución de Inicio del procedimiento, al incorporar afirmaciones carentes de veracidad referidas al significado del concepto de “gestión”.
469. Asimismo, manifiesta que la utilización por parte de la Secretaría Técnica de definiciones reseñadas en la Resolución SBS 445-2000, referida a vinculación y grupo económico, a efectos de aplicar sanciones en el marco del Decreto Legislativo 1034 constituiría una afectación al principio de tipicidad.
470. Finalmente, hace alusión a cuál sería, a su entender, el real ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034.

471. De las alegaciones formuladas por el señor Raúl Barrios, esta Comisión considera que en aras de dilucidarlas corresponde en primer lugar determinar si el Decreto Legislativo 1034 comprende a los asesores o consultores externos dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la norma.
472. En tal sentido, el artículo 2° del Decreto Legislativo 1034 – previo a la modificación dispuesta con el Decreto Legislativo 1205 -, señalaba únicamente lo siguiente en relación al ámbito de aplicación subjetivo¹¹⁹:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

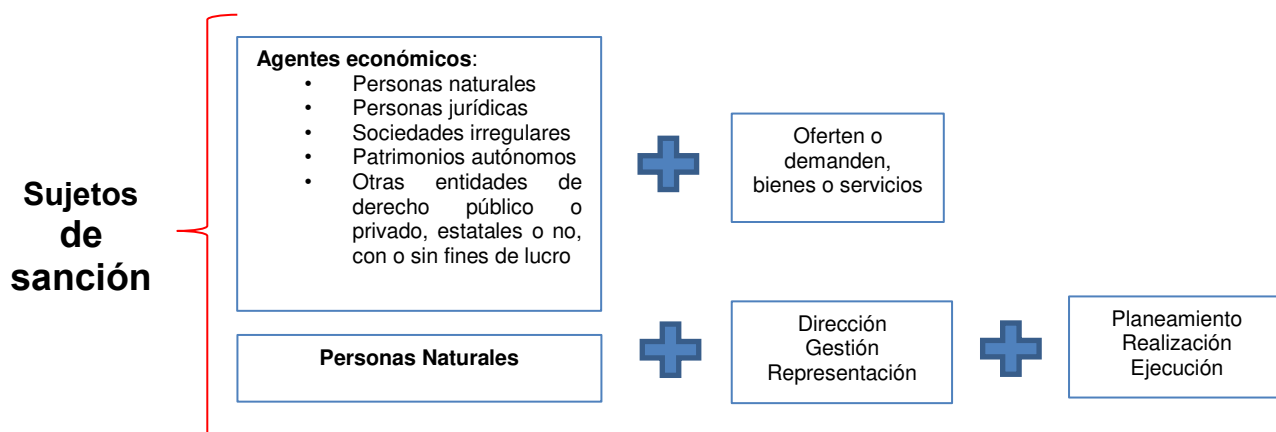
2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

[Énfasis agregado]

473. Tal como se puede apreciar, el ámbito de aplicación subjetivo de la norma comprendía únicamente a los siguientes sujetos de derecho como posibles infractores del Decreto Legislativo 1034:

Gráfico 13
Alcances de la aplicación del Decreto Legislativo (2014)



Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

¹¹⁹

Se hace referencia al artículo 2 previo a la modificación realizada por el Decreto Legislativo 1205, publicado el 23 de setiembre de 2015, puesto que esta última norma no resulta aplicable al presente procedimiento por no encontrarse vigente al momento de la realización de la conducta.

474. Tal como se puede apreciar el numeral 2.1 hacía referencia a dos tipos de sujetos susceptibles de sanción: (i) agentes económicos que oferten o demanden bienes o servicios; y, (ii) personas naturales que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
475. Así, frente a esta configuración del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034 surgen dos tipos de cuestionamientos – complementarios entre sí - en aras de poder determinar con precisión en que supuestos las personas naturales pueden ser infractoras y por tanto sancionadas en este ordenamiento. Estos cuestionamientos son los siguientes: ¿Quiénes, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034, pueden tener la calidad de directores, gestores y representantes?; y, ¿Qué se entiende por dirección, gestión y representación?
476. En lo referente a quienes pueden tener la calidad de directores, gestores o representantes, esta Comisión considera que la respuesta a este cuestionamiento la podemos encontrar en el numeral 43.3 del Decreto Legislativo 1034, el cual señala lo siguiente:

Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.
[Énfasis agregado]

477. Tal como se puede apreciar del citado artículo, se señala expresamente que las personas naturales pasibles de sanción serán: (i) los representantes legales y (ii) las personas que integran los órganos de dirección o administración del agente económico.
478. Así, se desprende con claridad, que para el caso de los que poseen la calidad de representantes, se hace alusión a un tipo de representación formal y no a una representación meramente de facto. Asimismo, para el caso de los directores o gestores, el referido artículo hace alusión también a un vínculo formal al hacer referencia a un sentido de pertenencia entre la persona natural que ejerce el cargo y los órganos del agente económico del cual forman parte, ello al referirse expresamente a las personas que “integran” dichos órganos.
479. Por tanto, un asesor externo, es decir, que no pertenece o integra ningún órgano del agente económico al cual brinda servicios, no estaría dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034; ello ya que según el texto de la norma - en aquel momento - se desprendería que el legislador habría querido que solo aquellas personas que pertenecen al agente económico respondan por este tipo de infracciones al proceso competitivo¹²⁰.

¹²⁰

Resulta oportuno resaltar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 se sostiene el alcance del ámbito de aplicación subjetivo de manera similar en lo que respecta a las personas naturales. De tal manera se indica lo siguiente: “Se ha precisado también el tema de la responsabilidad de aquellas personas que actúan en representación de un sujeto infractor, señalándose que la aplicación de la Ley incluye a los

480. Por tanto, en relación a la pregunta de quiénes pueden tener calidad de representantes, gestores o directores, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034, se puede apreciar que la respuesta se encuentra en el mismo Decreto Legislativo 1034, sin necesidad de hacer un mayor análisis para determinar cuál es el real sentido de la norma.
481. Ahora bien, en relación a la pregunta de qué se entiende por dirección, gestión y representación, el Decreto Legislativo 1034 no nos da una respuesta para ello. En tal sentido, según lo dispuesto en el numeral 2.1 únicamente se entiende que a través de estas actividades se puede llevar a cabo el planeamiento, la realización o la ejecución de una conducta anticompetitiva, no encontrando ninguna otra referencia en el Decreto Legislativo 1034 sobre que debe entenderse por estas actividades. Por lo que, resulta totalmente válido recurrir a otras fuentes en aras de determinar su significado.
482. Así, en primer lugar debe tenerse presente que lo realizado por la Secretaría Técnica tanto en su resolución admisorio como en su Informe Técnico ha sido un ejercicio de interpretación del numeral 2.1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1034, buscando establecer algunos alcances de lo que se debe entender por gestión, representación y dirección a partir del significado asignado por nuestra lengua, la doctrina y lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta manera la Secretaría Técnica empleó la Resolución SBS N° 445-2000 para profundizar uno de los conceptos a definir, en este caso el de gestión.
483. En tal sentido, si bien se ha utilizado una norma especial para dotar de contenido a una figura prevista en otra norma especial, debe tomarse en cuenta que resulta válido dicho ejercicio en vista a que el contenido utilizado posee una configuración o planteamiento genérico y por tanto extrapolable a otro régimen jurídico. Así, cabe resaltar que la Secretaría Técnica no derivó ninguna consecuencia jurídica de la Resolución SBS 445-2000, sino únicamente ha recurrido a lo dispuesto sobre “relaciones de gestión” para validar los alcances dados a la figura de “gestión” a partir del significado atribuido por nuestra lengua a dicho término.
- Asimismo, cabe precisar que a criterio de esta Comisión el empleo de herramientas básicas para la interpretación, como podría ser, entre otras, el recurrir a las acepciones otorgadas por el diccionario, tampoco resulta cuestionable ni susceptible de invalidar un pronunciamiento.
484. En tal sentido, no puede afirmarse sin un mayor nivel de análisis que resulta violatorio del principio de tipicidad el emplear diversas fuentes, entre ellas, una norma como la SBS 445-2000, al momento de interpretar el Decreto Legislativo 1034, cuando lo único que se ha intentado es tratar de darle contenido a un concepto, ello en aras de poder lograr su aplicación al caso en concreto. Por tanto, no compartimos la opinión del señor Raúl Barrios al afirmar que el empleo de normas tales como la Resolución SBS N° 445-2000 para dotar de contenido a estas categorías supondría una falta flagrante al principio de tipicidad.

integrantes de los órganos de dirección, gestión o representación de los agentes económicos, en tanto hayan ejercido participación consciente en la adopción de la conducta anticompetitiva”. [Énfasis agregado].

485. Situación contraria, tal como hemos visto, se presenta al momento de determinar quién en el marco del Decreto Legislativo 1034 puede ejercer el rol de gestor, representante o director, ya que la misma norma en análisis circunscribe a un grupo determinado de sujetos esta calidad. En tal sentido, el señor Raúl Barrios no formaría parte de ese grupo específico, al ser un asesor externo y por tanto no formar parte, ni integrar ningún órgano de ninguno de los Centros investigados.
486. En tal sentido, debido a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034 se puede apreciar que la norma en sí misma dispone que no cualquier persona podrá ejercer la dirección, gestión o representación del agente económico, sino solo aquellos que forman parte de dicho agente, o tienen la representación legal de este.
487. Asimismo, cabe resaltar que el artículo 139, numeral 9 de la Constitución dispone el principio de inaplicabilidad por analogía tanto de la ley penal y de las normas que restringen derecho, como es el caso del Decreto Legislativo 1034. Por tanto, no podrían aplicarse las consecuencias indicadas en dicha norma a aquellos sujetos que no se encuentren expresamente previstos como presuntos ejecutores de la infracción.
488. En tal sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha reafirmado el mandato constitucional de la prohibición de la analogía como método de integración normativa en el Derecho Penal, y por tanto en cualquier otro ámbito del derecho sancionador. Así tenemos lo siguiente¹²¹:

71. La analogía como integración normativa está proscribida en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139°, inciso 9), Constitución). En cambio, si se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, HURATADO POZO: A propósito de la interpretación de la ley penal. En Derecho N° 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de lex certa cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo. En: Revista Actualidad Penal, N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas sub examine, por lo que no atentan contra el principio de lex certa.

[Énfasis agregado]

489. Tal como se puede apreciar nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la analogía como mecanismo de integración jurídica se encuentra proscribida en nuestro ordenamiento, sin embargo, resalta que se permitirá el razonamiento analógico en la interpretación, cuando el legislador haya establecido supuestos ejemplificativos en la norma que pudieran servir de parámetro para que el intérprete pueda determinar otros supuestos análogos.
490. Como resulta evidente el Decreto Legislativo 1034 no ha previsto supuestos ejemplificativos en su artículo 2 al momento de configurar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma, ni tampoco al momento de establecer a los sujetos susceptibles de sanción en el artículo 43.

¹²¹

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero de 2003.

491. Por tanto si esta Comisión pretendiera comprender dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la norma a los asesores externos estaría haciendo uso de la analogía como mecanismo de integración jurídica al tratar de dar una respuesta jurídica a un supuesto que en dicho momento no tenía una norma aplicable, lo cual no solo se encuentra prohibido por nuestra Constitución, sino en la configuración de la categoría jurídica misma, la cual prevé como uno de sus límites de aplicación el no poder emplear este método de integración en los casos de normas de sanción. De este modo Marcial Rubio señala lo siguiente¹²²:

(...) Debemos de tener en cuenta algunos otros principios que limitan o impiden la utilización de este método de integración. Los principales son:

- *No puede establecerse normas de sanción vía la analogía...*

492. Sin perjuicio de lo anterior, si bien dado el ámbito de aplicación subjetivo previsto en la norma al momento en que se configuró la infracción administrativa no permite sancionar al Señor Barrios, no debe dejarse de lado lo reprochable de su conducta. Ello, ya que en su condición de asesor legal, y por tanto conocedor del derecho, recaía sobre el un deber genérico propio del ejercicio profesional de no fomentar hechos que constituyan una infracción administrativa. En sentido similar, RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, señala lo siguiente¹²³:

“Al respecto, suele afirmarse que si bien es cierto que sobre los extraños no mencionados en las cláusulas de actuación en nombre de otro no pesan los deberes específicos que obligan a los autores de estos delitos (sujetos sí enumerados en dichas cláusulas legales), de todos modos, también los primeros aparecen sujetos al deber general de no fomentar hechos que presentan caracteres delictivos. Incluso, podría agregarse para fundamentar tal perspectiva de análisis, que los asesores revisten en cierta medida un rol especial que los convierte en garantes de los bienes jurídicos que aparecen en el ámbito de su esfera de organización y competencia”

[Énfasis agregado]

493. Si bien este deber genérico de “garantía” propio del ejercicio de la profesión no resulta suficiente para considerar a la acción del señor Raúl Barrios como constitutiva de una infracción administrativa, ello no supone considerar que su actuar es irrelevante de cara a la configuración de la conducta anticompetitiva por parte de los Centros investigados.
494. En tal sentido, resulta innegable el nivel de injerencia que poseía el señor Raúl Barrios sobre los Centros. Así, de la información recabada por la Secretaría Técnica en las Entrevistas 1, 3 y los Correos 1, 4, 7, 10, 19, 20, 21, 26 y 32, 33, 34 y 35¹²⁴, se desprende que el señor Raúl Barrios al desempeñarse como asesor de los Centros investigados habría tenido una gran injerencia en las decisiones de sus órganos de gobierno, llegando a impartir instrucciones para la actuación de los Centros.

¹²² RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, pág. 295.

¹²³ RODRIGUEZ ESTEVEZ, Juan Maria. Responsabilidad Penal del asesor de empresa. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 2010.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20101107_02.pdf (Fecha de visita: 20 de enero de 2016).

¹²⁴ Recogidos a lo largo de las diferentes secciones de presente Resolución.

495. Prueba de ello, es el tenor de uno de los correos enviados por el señor Raúl Barrios a representantes de la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis:

«De: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 12:41 PM
Para: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Asunto: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Raúl:
Este viernes tenemos reunión los centros a las 8PM tenemos que indicarles si mandamos cotizaciones o no que precios mandamos? Igual al anterior?
Podrías orientarnos?
Hoy tenemos reunión con Luis Puglianini a las 3PM hora peruana.
9PM hora en europa,através de El podrías orientarnos.
Gracias
Saludos
Aurelio Cesti
Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»
[Énfasis agregado]

«De: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 17:53:28
Para: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Asunto: Re: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Aurelio, no te preocupes seguimos con la misma estrategia cotizamos como siempre y con el nuevo reglamento estan obligados a tomar las cotizaciones porque lo dice expresamente.
Saludos
Raúl»

[Énfasis agregado]

496. Así, el actuar del señor Raúl Barrios, en el marco de la conducta investigada, habría excedido el estándar habitual y correcto de una relación de asesoramiento o patrocinio cliente – abogado; o, en términos del Señor Barrios, expresados en su escrito presentado con fecha 16 de diciembre de 2015, habría excedido ampliamente el *“brindar servicios profesionales, de forma independiente, encaminando el ejercicio regular de un derecho dentro de las vías legales pertinentes que permitiesen a mis clientes cuestionar irregularidades, de conformidad con alternativas perfectamente válidas y previstas por el ordenamiento jurídico”*.
497. Así, para esta Comisión no resulta cuestionable el asesoramiento que puede brindar un abogado respecto a las mejores y más idóneas vías legales para que una persona natural o jurídica pueda ejercitar sus derechos; sino que a través de dicho asesoramiento se brinden directrices o planeen estrategias que, encubiertas en la apariencia de legalidad, sean realmente atentados contra el proceso competitivo que debe regir el desarrollo de las actividades económicas.
498. Finalmente, cabe indicar que a partir de la modificación dispuesta por el Decreto Legislativo 1205, referente al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 1034¹²⁵, resultan sancionables aquellas personas naturales o jurídicas que, sin tener la condición de competidores en el mercado de bienes o

125

El Decreto Legislativo 1205 entró en vigencia el día 24 de setiembre de 2015.

servicios, participan activamente en la planificación, ejecución o administración de un cártel; incluyéndose para tales efectos a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones¹²⁶.

499. En tal sentido el numeral 2.4 del Decreto Legislativo 1034 dispone lo siguiente:

«(...)

La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.»

500. Por ello, de haberse realizado la conducta del señor Raúl Barrios de manera posterior a la dación del Decreto Legislativo 1205, este sí resultaría sancionable al encontrarse comprendido dentro de los alcances del numeral 2.4, por su rol preponderante en la planificación y desarrollo de la conducta materia de imputación.

6.13.2. Explicaciones adicionales del señor Miguel de la Mata

501. El 17 de diciembre de 2014, el señor Miguel de la Mata presentó sus descargos señalando que no existía prueba alguna de su participación en la conducta materia de imputación, pues a partir de los correos analizados no se puede inferir que haya participado o gestionado una concertación entre empresas. Asimismo, señala que el intercambio de correos y las reuniones realizadas con los Centros investigados tuvieron como finalidad evaluar la situación del mercado y tomar acciones frente a EsSalud.

502. Sobre el particular, esta Comisión ha identificado la existencia de pruebas de la participación del señor Miguel de la Mata en la conducta imputada, utilizando para su realización la condición de Presidente de la ADECEPRIH que ostentó durante el periodo investigado. Su participación en la conducta imputada fue de especial importancia, ya que se encontraba a cargo del correo de la asociación, siendo el responsable de los correos convocando a las reuniones o dando instrucciones, según ha sido analizado previamente por esta Comisión.

503. Ello se puede comprobar en el Correo 4, donde se observa que desde la cuenta de correo electrónico de la ADECEPRIH, cita a los Centros a una reunión donde se trataría las cotizaciones que se enviarían a EsSalud, consignando al final del correo el remitente, el señor Miguel de la Mata, Presidente de la asociación.

• Correo 4 – Miércoles 27 de mayo de 2009¹²⁷

«Asunto: REUNION URGENTE

¹²⁶ Véase la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, que modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Setiembre de 2015, página 8.

¹²⁷ El 27 de mayo de 2009 EsSalud requirió a los Centros de hemodiálisis cotizar el servicio de hemodiálisis.

SEÑORES COMUNICAMOS QUE EL DIA JUEVES 28 DE MAYO , SE LLEVARA A CABO LA REUNION CON CARACTER DE URGENTE , LUGAR EN LA CLINICA SANTA LUCIA A LAS 7,45 PM HORA EXACTA , EL CUAL CONTARA CON LA PARTICIPACION DEL DR. RAÚL BARRIOS

EL TEMA A TRATAR SERA REFERENTE A LA COTIZACION QUE ESTA SOLICITANDO ESSALUD , BASES DEL CONCURSO Y OTROS TEMAS PENDIENTES EN CUANTO A TARIFAS

POR FAVOR NO OLVIDAR DE LLEVAR EL PAGO PARA CANCELAR Y/O AMORTIZAR AL ESTUDIO DE ABOGADOS.

A LA REUNION DEBERA ASISTIR LOS PROPIETARIOS O UNA PERSONA AUTORIZADA.

**MIGUEL DE LA MATA
PRESIDENTE»**

[Énfasis agregado]

504. Asimismo, conforme ha desarrollado esta Comisión, los correos y las reuniones entre los Centros investigados habrían tenido como finalidad consensuar las cotizaciones y coordinar su abstención conjunta en las convocatorias de EsSalud, de manera que las afirmaciones del señor Miguel de la Mata respecto a la finalidad de los correos y reuniones deben ser desestimadas.

En ese sentido, en atención a que el señor Miguel de la Mata era el responsable de la Presidencia de la ADECEPRIH, del correo de dicha asociación y apoderado de diversas de las Empresas Imputadas, y siendo él quien convocó a las reuniones en las que se consensuaron las acciones de los Centros, quedaría acreditada su participación en el planeamiento y ejecución de la conducta imputada.

6.13.3. Explicaciones adicionales del señor Aurelio Cesti

505. El 12 de enero de 2015, el señor Aurelio Cesti presentó sus descargos señalando también que no existirían pruebas acerca de su participación en las conductas desarrolladas por los Centros. Asimismo, señaló que si bien promovió reuniones donde participaron todos los Centros investigados, a partir de los correos analizados no se puede inferir que haya gestionado o participado en una concertación entre estos.
506. Adicionalmente, mediante sus alegatos al Informe Técnico, el señor Aurelio Cesti señaló que la Secretaría Técnica habría realizado un trato diferenciado hacia su persona pues tendría una multa mayor a la aplicada a las demás personas naturales. Asimismo afirmó que resultaba incorrecto aplicarle una multa equivalente al 20% de la multa impuesta a la empresa que representa, puesto que se le sancionaba por su conducta como miembro de la asociación, mas no como representante de una empresa, cuestionando el fundamento del porcentaje aplicado para el cálculo de la sanción.
507. Al respecto, es importante señalar que existen medios probatorios sobre las gestiones que habría realizado el señor Aurelio Cesti en la planificación y ejecución de la conducta imputada. Así, se puede apreciar en el Correo 1 que este habría consultado al señor Raúl Barrios la estrategia que realizarían los

Centros investigados frente a la solicitud de cotización que envió EsSalud en las etapas previas a la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria.

- **Correo 1 – Jueves 4 de octubre de 2012**

«De: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 12:41 PM
Para: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Asunto: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Raúl:
Este viernes tenemos reunión los centros a las 8PM tenemos que indicarles si mandamos cotizaciones o no que precios mandamos? Igual al anterior?
Podrías orientarnos?

Hoy tenemos reunión con Luis Puglianini a las 3PM hora peruana.
9PM hora en europa, a través de El podrías orientarnos.

Gracias
Saludos
Aurelio Cesti
Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»
[Énfasis agregado]

«De: Raúl Barrios Fernandez-Concha (Raúl@bafur.com.pe)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 17:53:28
Para: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Asunto: Re: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Aurelio, no te preocupes seguimos con la misma estrategia cotizamos como siempre y con el nuevo reglamento estan obligados a tomar las cotizaciones porque lo dice expresamente.
Saludos
Raúl»

«De: Aurelio Cesti (aureliocesti@hotmail.com)
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 13:14 PM
Para: ceer@ceersac.com ; delamatamiguel@gmail.com
Asunto: RV: Reunión asociación Centros de hemodiálisis

Lean lo que dice Raúl
Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel»
[Énfasis agregado]

508. A esta situación corresponde adicionar que el señor Aurelio Cesti tenía la condición de gerente general y único propietario de Cono Norte, motivo por el cual era quien tomaba las decisiones de dicho centro de hemodiálisis.
509. Así, se puede apreciar que el señor Aurelio Cesti no solo conocía de las acciones que realizaban los Centros para consensuar sus cotizaciones sino que fue un activo participante en la gestión de dichas acciones, adoptándolas por parte de Cono Norte. Así, a partir de los correos se puede concluir que participó en el conjunto de acciones desarrollado por los Centros, según ha analizado esta Comisión en las secciones anteriores.
510. En relación con los argumentos del señor Aurelio Cesti referidos al cálculo de la multa que le resultaría aplicable, esta Comisión considera pertinente mencionar que las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados.

511. A efectos de cumplir esta función disuasiva, el cálculo de la multa toma en consideración como uno de sus principales elementos el beneficio esperado por la realización de la conducta, al ser este el motivo por el que se participa en su realización.
512. Sobre el particular, y en atención al principio de razonabilidad, la consideración del beneficio esperado como parte del cálculo de la multa garantiza el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
513. En el caso particular, cabe precisar que si bien el señor Aurelio Cesti participó en la conducta utilizando su cargo de vicepresidente en la ADECEPRIH, el motivo de su participación se relaciona finalmente con los beneficios que obtendría de Cono Norte, empresa de la cual es dueño y gerente.
514. Así, la multa propuesta por la Secretaría Técnica ha tomado en consideración como base para el beneficio esperado por el señor Aurelio Cesti la multa final recaída a Cono Norte, la cual toma en consideración parte de los ingresos adicionales que obtendría esta empresa, al ser estos los que terminarían recayendo en el señor Aurelio Cesti.
515. Siendo ello así, la Secretaría procedió a aplicar un porcentaje aproximado de esta sanción en función a la relación directa guardada con la responsabilidad del señor Aurelio Cesti en la toma de las decisiones que conllevaron a la conducta imputada así como la posible afectación a la salud generada como consecuencia del desarrollo de una conducta anticompetitiva en un mercado en el que se prestan servicios médicos.
516. En ese sentido, la Secretaría Técnica procedió a aplicar un porcentaje del 20% concordante con los criterios jurisprudenciales de esta materia¹²⁸, tomando en consideración la condición del señor Aurelio Cesti como vicepresidente de la ADECEPRIH y su condición de gerente y único propietario de Cono Norte.
517. Debido a lo expuesto, esta Comisión concluye que no corresponde considerar los argumentos planteados por el señor Aurelio Cesti referidos a su participación en la conducta imputada y a la forma de cálculo de la multa a ser impuesta.

VII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

518. Habiéndose demostrado que los Centros investigados incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios con el objeto de incrementar el precio pagado por EsSalud por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, corresponde determinar una sanción adecuada para cada una de las empresas infractoras.

¹²⁸

Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, Resolución 3240-2010/SC1 del 16 de diciembre de 2010, Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, Resolución 0856-2014/SDC-INDECOPI del 15 diciembre de 2014, Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 enero de 2013 y Resolución 0857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014.

7.1 Reglas para la determinación de la sanción

519. El numeral 3 del artículo 230 de la Ley 27444 consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios especiales de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- b) El perjuicio económico causado;*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

520. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.

521. Al respecto, el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034 establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas:

- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- La duración de la restricción de la competencia;
- La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- La actuación procesal de la parte.

522. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, están directamente vinculados con el principio de razonabilidad. En efecto, considerando que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor obtendría como consecuencia de su conducta ilícita.

523. El beneficio ilícito esperado es el beneficio extraordinario real o potencial que obtuvo o pudo haber obtenido el infractor a la norma y que motivó su decisión de participar en una conducta anticompetitiva. En ese sentido, desincentivar la realización de una conducta anticompetitiva implica que el infractor y los demás agentes económicos del mercado internalicen que todo el beneficio extraordinario derivado de una infracción les será extraído cuando la autoridad de competencia detecte la existencia de dicha infracción.
524. La probabilidad de detección consiste en la probabilidad de que la autoridad de competencia descubra la realización de una conducta anticompetitiva. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aun cuando pierda el beneficio extraordinario como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado.
525. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio extraordinario, con la finalidad de que los infractores reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que la autoridad de competencia detecte su infracción, cuando ello ocurra, la sanción correspondiente será incrementada en una proporción equivalente a esta dificultad de detección.
526. Estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
527. No obstante, también debe considerarse otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora, que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad¹²⁹.
528. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
529. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala, criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad¹³⁰.

¹²⁹ “En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...).” Ver fundamento jurídico 17 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

¹³⁰ Sobre la obligación de las partes de observar una adecuada conducta procesal y la consideración del incumplimiento de este deber como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

7.2 Cálculo de la multa correspondiente para las empresas infractoras

530. De acuerdo con las reglas para la determinación de la multa, esta se calcula en base al beneficio extraordinario y la probabilidad de detección, de modo que el monto obtenido cumpla con la función de disuadir la infracción.
531. De acuerdo con lo anterior, para el cálculo de la multa base, se ha considerado el beneficio extraordinario y la probabilidad de detección. De este modo, a mayor beneficio extraordinario, mayor deberá ser la multa. De forma similar, a menor probabilidad de detección, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará partiendo de la siguiente fórmula¹³¹:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

532. En primer lugar, se determinará el beneficio ilícito extraordinario, concepto que incluye el beneficio anticompetitivo real o potencialmente obtenido por las empresas infractoras como consecuencia de la realización de la infracción. Luego, se determinará la Multa Base dividiendo el beneficio ilícito extraordinario entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva.
533. En el presente caso, el beneficio ilícito extraordinario está representado por los beneficios potenciales que hubieran logrado obtener las empresas investigadas como consecuencia del incremento conjunto de las cotizaciones que formaron parte de la práctica colusoria horizontal en la que participaron con la finalidad de afectar el valor referencial de los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud entre el 2010 y 2012 en Lima y Callao.
534. Así, la Multa Base en el presente caso, se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Multa\ Base = \frac{(P_{concertación}^i - P_{competitivo}^i) * Q^i}{Pr_d}$$

¹³¹ Formalmente se llega a dicho resultado de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} BE^{NL} &= (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det}) \\ BE^{NL} &= B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det} \\ BE^{NL} &= B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L \\ (B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} &\leq 0 \\ B_{Ext} &\leq Multa \cdot P_{det} \\ \frac{B_{Ext}}{P_{det}} &\leq Multa \end{aligned}$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley
 B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley
 B^L = Beneficio de cumplir la ley
 P_{det} = Probabilidad de detección
 B_{Ext} = Beneficio extraordinario

Donde:

$P_{concertación}^i$	:	Es el precio concertado.
$P_{competitivo}^i$	:	Es el precio o valor referencial.
Q^i	:	Es la cantidad de unidades vendidas durante el periodo de infracción.
Pr_d	:	Es la probabilidad de detección de la conducta.

535. El símbolo i de la ecuación anterior es un símbolo diferenciador por empresa, por lo que existirán beneficios ilícitos extraordinarios y multas distintas por empresa infractora. Sin perjuicio de ello, considerando que se trata de una práctica colusoria horizontal realizada en conjunto por las empresas infractoras, la probabilidad de detección será común a todas ellas.
536. Cabe precisar que, en lo que respecta a este caso, el cálculo del beneficio ilícito está asociado con el beneficio potencial que habrían podido obtener las empresas investigadas de haberse concretado la práctica anticompetitiva. Al respecto, se calculó el beneficio ilícito potencial en cada uno de los procesos de selección de gran envergadura que son materia de la investigación.
537. El precio concertado viene a ser el precio que los Centros investigados buscaron obtener para la prestación del servicio de hemodiálisis con su actuación coordinada. Como se señaló en la sección 6.1, los Centros realizaron acciones buscando incidir en el valor referencial de los procesos de gran envergadura y así en el precio de la prestación del servicio de hemodiálisis. En efecto, las acciones buscaron que Essalud utilice las cotizaciones coordinadas por los Centros investigados para el cálculo del valor referencial de los procesos de gran envergadura y, en la medida que no eran consideradas por Essalud, los procesos fueron motivo de denuncias y de abstenciones coordinadas por parte de los Centros.
538. Como se señaló en la sección 6.10, las entrevistas indican que los Centros buscaban con su accionar incrementar el valor referencial de los procesos. Específicamente, los documentos remitidos para exigir a Essalud el uso de las cotizaciones coordinadas indican que los Centros investigados buscaban que el valor referencial de los procesos sea igual a un promedio de las cotizaciones coordinadas y el precio histórico utilizado por Essalud¹³². Así, el valor referencial de los procesos de mayor envergadura en un escenario colusorio sería igual al referido promedio. Dicho valor referencial sería el precio concertado que buscaban obtener los Centros producto de su accionar conjunto. Al respecto, en la siguiente tabla se presenta el promedio de las cotizaciones presentadas por los Centros investigados (promedio de cotizaciones), el precio histórico, y el precio concertado que viene a ser el promedio simple de los valores señalados anteriormente.

¹³² Según EsSalud el Precio Histórico para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso fue de 172.89 en los años 2010 y 2011 hasta la reducción del 1% en el IGV, situación a partir de la cual fue reajustado dando un valor de 171.44. Los mismos se encuentran señalados en los Resúmenes Ejecutivos de los procesos de gran envergadura disponibles en el SEACE.

Tabla 16
Precio histórico y promedio de las cotizaciones presentadas por los
Centros de hemodiálisis entre los años 2010 y 2012

Procesos de selección ^{2/}	CP	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Indicador	ago-oct 2010	junio 2011	noviembre 2011	julio 2012	octubre 2012
Promedio de cotizaciones	272	247	247	253	251
Precio histórico	172.89	171.44	171.44	171.44	171.44
Precio Concertado ^{1/}	222.45	209.22	209.22	212.22	211.22

1/ Precio concertado = (Promedio de cotizaciones + Precio histórico)/2. Se considera las cotizaciones de los Centros que realizaron la práctica concertada (véase Tabla 17).

El precio concertado para el Concurso Público corresponde a las cotizaciones presentadas entre agosto y octubre del 2010.

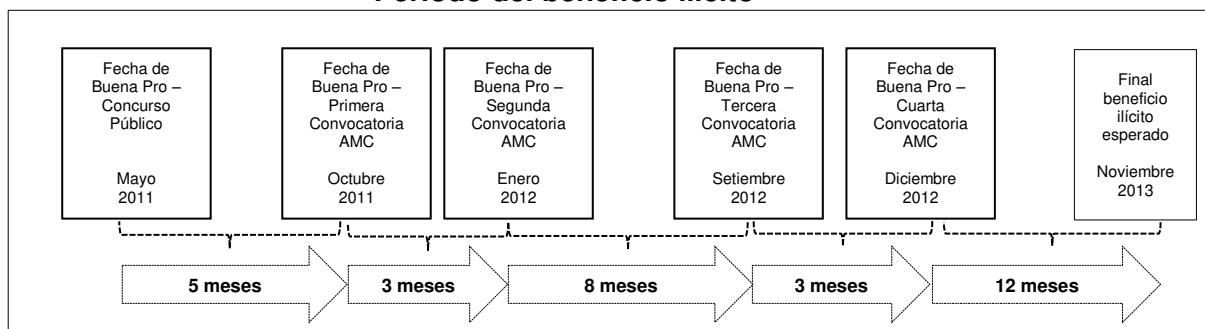
2/ Procesos de selección de gran envergadura: Concurso Público (CP), AMC Derivada en su Primera Convocatoria (1-AMC), AMC Derivada en su Segunda Convocatoria (2-AMC), AMC Derivada en su Tercera Convocatoria (3-AMC), AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria (4-AMC).

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

539. El precio en un escenario de competencia sería el precio que los Centros investigados buscaron afectar con su accionar coordinado, que es el valor referencial propuesto por Essalud en cada proceso de gran envergadura. Al respecto, el valor referencial para el Concurso Público fue de S/. 172.89, para la AMC Derivada en su Primera Convocatoria fue S/. 171.44, para la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria fue S/. 171.44, para la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria fue S/. 175.04 y para la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria fue S/. 175.04.
540. Las cantidades vendidas en el periodo de la infracción serían las cantidades que los Centros esperaron transar con su accionar coordinado. Al respecto, se considera que dichas cantidades se pueden aproximar a partir del número de prestaciones de hemodiálisis brindadas por las empresas investigadas entre los años 2011 y 2013 para Essalud. Al respecto, conviene señalar que la práctica habría incidido potencialmente en la prestación del servicio de hemodiálisis hasta el 2013 como se indica más adelante.
541. Así, de acuerdo con lo señalado en el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, entre los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas se considerará el beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción. En tal sentido, el beneficio ilícito quedará calculado de la multiplicación del número de prestaciones de hemodiálisis y la diferencia entre el precio concertado y los precios de referencia de cada proceso de selección.
542. Respecto al periodo de duración de la práctica, se consideró que la práctica concertada de los Centros habría tenido incidencia potencial en los meses que se habría realizado la prestación en el caso que hubiera sido adjudicado el proceso de gran envergadura considerando como corte la fecha programada de otorgamiento de la buena pro en el siguiente proceso, como se aprecia en el siguiente gráfico.

Gráfico 14
Periodo del beneficio ilícito*



* El precio concertado utilizado para el cálculo del beneficio ilícito para el Concurso Público corresponde al de las cotizaciones del mes de agosto y octubre del 2010 por ser los más actualizados.
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

543. Al respecto, algunos Centros investigados no habrían participado en todos los procesos de selección en los que se desarrolló la práctica anticompetitiva. Así, para estos Centros solo se considerará como periodo de beneficio ilícito a aquel que está comprendido entre el mes en el que se habría dado la buena pro del proceso donde participó y la fecha de la buena pro del siguiente proceso convocado aunque no haya participado de dicho proceso¹³³. En la Tabla siguiente se pueden observar los procesos en los que participaron los Centros investigados.

[Continúa en la página siguiente]

¹³³

Por ejemplo, El Centro de Hemodiálisis Centro de Salud Renal S.A.C. no participó de la práctica anticompetitiva en la Adjudicación de Menor Cuantía cuya buena pro se adjudicó en octubre de 2011 por lo que el periodo de infracción para este centro comprendería los meses de mayo de 2011 hasta septiembre de 2011, y de febrero de 2012 a noviembre de 2013. El espacio comprendido entre octubre de 2011 y enero de 2012 corresponde al periodo de la Adjudicación de Menor Cuantía mencionada.

Tabla 17
Centro de Hemodiálisis que realizaron la práctica según proceso

Empresas	CP	1_AMC	2_AMC	3_AMC	4_AMC
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	No	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	No	No	Participó	No	Participó
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	Participó	No	No	No	No
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	Participó	Participó	Participó	No	Participó
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	Participó	Participó	No	No	No
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	Participó	No	Participó	Participó	Participó
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	Participó	No	Participó	Participó	Participó
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	No	Participó	Participó	Participó	Participó
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	Participó	Participó	Participó	No	Participó
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	Participó	Participó	No	Participó	No
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	Participó	Participó	No	No	No
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	No
INTERDIAL NORTE SAC	Participó	Participó	Participó	Participó	No
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	Participó	No	Participó	Participó	No
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	Participó	No	No	Participó	Participó
NEPHRO CARE S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	No
OM DIAL SAC	Participó	Participó	Participó	No	No
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
PRONEFROS S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
RENAL CARE S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	Participó
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	No
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	Participó	Participó	Participó	Participó	No

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

544. Este criterio para la elección del periodo de infracción permitiría que aquellos Centros investigados que realizaron prácticas anticompetitivas en un número mayor de procesos de selección, reciban una sanción más alta.
545. De acuerdo con lo anterior, la multa correspondiente a las empresas infractoras ascendería a trece mil trescientos cuarenta y dos y 71/100 (13,042.71) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), antes de ajustarse por inflación, conforme se puede apreciar en la siguiente Tabla. Dicho monto se ha obtenido agregando los Beneficios Extraordinarios esperados en cada proceso de selección por cada empresa investigada, resultando en total S/. 30'911,218.83 (treinta millones novecientos once mil doscientos dieciocho y 83/100 Nuevos Soles) y dividiendo este monto entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva, la

cual, a criterio de esta Comisión, corresponde al 60%¹³⁴, toda vez que la totalidad de la conducta anticompetitiva se puso en conocimiento a través de las visitas de inspección llevadas a cabo por la Secretaría Técnica, obteniéndose un beneficio esperado de S/. 51'518,698.05 (cincuenta y un millones quinientos dieciocho mil seiscientos noventa y ocho y 05/100 Nuevos Soles).

[Continúa en la página siguiente]

134

Ello, en el mismo sentido de lo señalado por la Comisión en la Resolución 022 y 023-2014/CLC-INDECOPI del 2 y 10 de junio de 2014, respectivamente, mediante la cual la Comisión sancionó a la Empresa de Transportes 25 de Noviembre S.R.L.; Empresa de Transportes Merma Hermanos S.R.L.; Empresa de Transportes Santísima del Carmen Express S.R.L.; y Empresa de Transportes Unidos Tours Choquehuanca S.R.L., por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdos o prácticas concertadas, destinadas a incrementar el precio del servicio de transporte público a nivel regional en la ruta Juliaca-Pucará-Choquehuanca; y, a Perú Travel Explorer S.R.L., por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de los precios de los servicios turísticos ofrecidos en Chachapoyas durante el 2010 junto con otras agencias de turismo de dicha ciudad.

Asimismo, de conformidad con el Documento de Trabajo 01-2012/GEE, "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi", se estableció el rango de 41-60% como probabilidad de detección y sanción para prácticas colusorias. Ver: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/docstrabajo/DocTrabN01-2012V13.pdf>

Debe tenerse en cuenta que, a nivel comparado y de acuerdo con la literatura económica, la probabilidad de detección para los cárteles podría ubicarse en el rango del 13 al 17%. Al respecto, ver: BRYANT, Peter y ECKARD, Woodrow. *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*. En: *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 3, No. 3 (agosto de 1991), páginas 531 a 536.

Adicionalmente, ver: COMBE, Emmanuel, MONNIER, Constance y LEGAL Renaud. *Cartels: the Probability of getting caught in the European Union*. Bruges European Economic Research papers, marzo de 2012. Disponible en: <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/beer12.pdf>.

Tabla 18
Cálculo de la Multa base

Empresa	Beneficio extraordinario	Probab. de detección	Beneficio esperado	Beneficio esperado ajustado por inflación (S/.)	UIT base ^{1/}
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	1,483,285.45	0.6	2,472,142.42	2,681,890.54	678.96
CENTRO DE DIÁLISIS CALLAO S.A.C.	1,006,548.56	0.6	1,677,580.93	1,819,914.74	460.74
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	1,393,495.81	0.6	2,322,493.02	2,519,544.18	637.86
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	554,335.38	0.6	923,892.30	1,002,279.64	253.74
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	1,138,837.51	0.6	1,898,062.51	2,059,103.01	521.29
CENTRO DE DIÁLISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	74,728.94	0.6	124,548.23	135,115.49	34.21
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	1,477,805.23	0.6	2,463,008.71	2,671,981.88	676.45
CENTRO DE DIÁLISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	851,245.70	0.6	1,418,742.83	1,539,115.61	389.65
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	424,272.85	0.6	707,121.41	767,116.90	194.21
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	846,170.84	0.6	1,410,284.73	1,529,939.88	387.33
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	1,215,271.58	0.6	2,025,452.63	2,197,301.51	556.28
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	1,472,534.90	0.6	2,454,224.83	2,662,452.74	674.04
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	877,582.56	0.6	1,462,637.60	1,586,734.61	401.70
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	914,885.56	0.6	1,524,809.27	1,654,181.21	418.78
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	933,477.63	0.6	1,555,796.05	1,687,797.06	427.29
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (Cenesa)	1,444,922.26	0.6	2,408,203.77	2,612,527.03	661.40
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	1,081,974.75	0.6	1,803,291.24	1,956,290.90	495.26
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	1,381,030.65	0.6	2,301,717.74	2,497,006.24	632.15
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	1,389,646.58	0.6	2,316,077.63	2,512,584.49	636.10
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	337,811.72	0.6	563,019.53	610,788.74	154.63
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	1,726,603.46	0.6	2,877,672.43	3,121,827.61	790.34
INSTITUTO DE DIÁLISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	268,359.96	0.6	447,266.59	485,214.78	122.84
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	935,062.55	0.6	1,558,437.58	1,690,662.71	428.02
INTERDIAL NORTE SAC	573,394.93	0.6	955,658.21	1,036,740.72	262.47
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	491,867.93	0.6	819,779.88	889,333.84	225.15
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	449,763.00	0.6	749,604.99	813,204.98	205.87
NEPHRO CARE S.A.C.	548,128.67	0.6	913,547.78	991,057.45	250.90
OM DIAL SAC	515,267.72	0.6	858,779.53	931,642.40	235.86
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	887,516.73	0.6	1,479,194.54	1,604,696.32	406.25
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	687,595.54	0.6	1,145,992.56	1,243,223.93	314.74
PRONEFROS S.A.C.	1,063,390.68	0.6	1,772,317.80	1,922,689.53	486.76
RENAL CARE S.A.C.	934,504.17	0.6	1,557,506.95	1,689,653.12	427.76
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	919,994.02	0.6	1,533,323.37	1,663,417.69	421.12
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	609,905.08	0.6	1,016,508.46	1,102,753.79	279.18
TOTAL	30,911,218.83		51,518,698.05	55,889,785.29	14,149.31

1/ La Unidad Impositiva Tributaria es equivalente S/. 3,950 para el presente año. Para un mayor detalle de los montos considerados para el cálculo de la multa, ver Anexo 11.

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

546. Finalmente, se ha actualizado la multa base a la fecha de la presente Resolución¹³⁵, por lo que el monto final de la multa asciende a S/. 55'889,785.29 (cincuenta y cinco millones ochocientos ochenta y nueve mil setecientos ochenta y cinco y 29/100 Nuevos Soles) o catorce mil ciento cuarenta y nueve y 31/100 (14,149.31) UIT.

¹³⁵ Para mayor detalle de la actualización revisar el Anexo 11.

547. En el presente caso, la infracción identificada es una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios. Esta infracción es considerada como de mayor gravedad, debido a su impacto inmediato sobre el bienestar de la sociedad. En efecto, la fijación concertada implica la determinación deliberada ejercida por los Centros para poder incrementar los valores referenciales de los procesos de selección de gran envergadura lo que afectaría al precio final que pagaría EsSalud.
548. Sobre el alcance de la restricción de la competencia, cabe recordar que la conducta tuvo por finalidad incrementar el valor referencial de los procesos de selección convocados por EsSalud para la prestación del servicio de hemodiálisis. Este servicio resulta ser de alta importancia ya que está relacionado con la vida y la salud de las personas. En tal sentido, la infracción objeto del presente procedimiento estuvo dirigida a dañar un proceso de contratación que busca semejarse al proceso competitivo el cual es relevante para el bienestar de los consumidores¹³⁶.
549. Por lo tanto, atendiendo a la importancia del servicio en cuestión para la vida y la salud, la modalidad de infracción, y la afectación potencial al Estado, la Comisión considera que corresponde calificar la conducta como muy grave.
550. Finalmente, teniendo en cuenta la calificación de la conducta, de acuerdo al literal c) del artículo 43.1 del Decreto Legislativo 1034¹³⁷ corresponde graduar la multa impuesta de forma tal que no exceda el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada infractor, o su grupo económico.
551. Al respecto, para graduar la multa, la Secretaría Técnica solicitó información a las empresas investigadas sobre sus estados financieros al cierre del año 2015; sin embargo, Centro de Diálisis Zarate S.A.C., Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L., Centro de Diálisis San Fernando S.A.C., Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C., Centro de Diálisis Santo Tomas de Aquino S.A.C., Centro de Salud Renal S.A.C., Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C. e Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. - Organización Médica y de Servicios Santa Anita S.A.C.¹³⁸ remitieron dicha información solamente para el año 2014, motivo por el

¹³⁶ Como se ha señalado anteriormente, la tercerización del servicio de hemodiálisis por parte de EsSalud se debe al incremento de la demanda de este servicio, el cual creció en un 22% entre el 2010 y el 2012. Además, se debe mencionar que los Centros de hemodiálisis atienden aproximadamente al 70% de los pacientes con ERC en Lima y Callao.

¹³⁷ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 43.- El monto de las multas.-
43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:
(...)
c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

¹³⁸ De conformidad con las Partidas 11666643 y 11028264 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. y Organización Médica y de Servicios Santa Anita S.A.C. forman parte del mismo grupo económico como consecuencia de la relación indirecta de propiedad existente entre los accionistas de ambas empresas como consecuencia de su relación de parentesco.

cual en el caso de estas empresas se procederá a calcular el límite de la multa imponible a partir de dicha información.

552. En la Tabla 19, se puede verificar que la multa base calculada excede al 12% de los ingresos brutos de cada una de las empresas investigadas. En ese sentido, y en conformidad a la Ley, la multa aplicable quedaría reducida al 12% de los ingresos brutos al cierre del año 2015 para los casos que correspondan.

Tabla 19
Cálculo de la multa aplicable

Empresas	Multa base (UIT)	Multa aplicable ¹	Multa aplicable ¹ (UIT)
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	678.96	236,821.32	59.95
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	460.74	216,717.94	54.87
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	637.86	304,656.60	77.13
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	253.74	130,829.06	33.12
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	521.29	180,969.48	45.82
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	34.21	135,115.49	34.21
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	676.45	362,849.28	91.86
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	389.65	154,784.16	39.19
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	194.21	243,909.80	61.75
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	387.33	198,126.60	50.16
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	556.28	186,549.68	47.23
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	674.04	244,188.84	61.82
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	401.70	150,163.73	38.02
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	418.78	208,871.05	52.88
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	427.29	141,150.33	35.73
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (Genesa)	661.40	304,463.85	77.08
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	495.26	153,110.45	38.76
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	632.15	236,831.28	59.96
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	636.10	245,463.24	62.14
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	154.63	234,926.25	59.47
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	790.34	278,116.36	70.41
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	122.84	158,305.44	40.08
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	428.02	320,482.38	81.13
INTERDIAL NORTE S.A.C.	262.47	191,815.21	48.56
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	225.15	150,442.80	38.09
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C. - ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C. ²	520.61	5,182.92	1.31
NEPHRO CARE S.A.C.	250.90	154,714.43	39.17
OM DIAL S.A.C.	235.86	203,101.35	51.42
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	406.25	151,436.73	38.34
PRONEFROS S.A.C.	486.76	185,678.24	47.01
RENAL CARE S.A.C.	427.76	151,096.06	38.25
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	421.12	228,815.86	57.93
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	279.18	150,983.52	38.22
TOTAL		6,600,669.72	1,671.06

1/ Corresponde al menor valor entre el 12% de los ingresos reportados y la multa base calculada.

2 Las empresas Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. y Organización Médica y de Servicios Santa Anita S.A.C corresponde al mismo grupo económico, como se detalla en la nota al pie 139, por lo que se ha calculado una única multa aplicable para ambas empresas.

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

553. La multa final total ascendería a S/. 6'600,669.72 (seis millones seiscientos mil seiscientos sesenta y nueve y 72/100 Nuevos Soles) o mil seiscientos setenta y uno y 06/100 (1,671.06) UIT.

554. De este monto total, la multa correspondiente a cada uno de los Centros investigados estaría dado de la siguiente manera:

- Centro de Diálisis Zarate S.A.C. una multa de 59.95 UIT.
- Centro de Diálisis Callao S.A.C. una multa de 54.87 UIT.
- Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L. una multa de 77.13 UIT.
- Centro de Diálisis Jesús María S.A.C. una multa de 33.12 UIT.
- Centro de Diálisis San Fernando S.A.C. una multa de 45.82 UIT.
- Centro de Diálisis San Ignacio De Loyola S.A.C. una multa de 34.21 UIT.
- Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C. una multa de 91.86 UIT.
- Centro de Diálisis Santo Tomas de Aquino S.A.C. una multa de 39.19 UIT.
- Centro de Diálisis Ventanilla S.A.C. una multa de 61.75 UIT.
- Centro de Salud Renal S.A.C. una multa de 50.16 UIT.
- Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C. una multa de 47.23 UIT.
- Centro Médico Caminos del Inca S.A.C. una multa de 61.82 UIT.
- Centro Médico Especializado Santa Ena S.A. una multa de 38.02 UIT.
- Centro Médico Jesús María S.A.C. una multa de 52.88 UIT.
- Centro Médico Villa María S.A.C. una multa de 35.73 UIT.
- Centro Nefrológico S.A. (Cenesa) una multa de 77.08 UIT.
- Centro Renal San Marcelo S.A. una multa de 38.76 UIT.
- Clínica Benedicto XVI S.A.C. una multa de 59.96 UIT.
- Clínica de Enfermedades Renales Grau S.A.C. una multa de 62.14 UIT.
- Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L. una multa de 59.47 UIT.
- Clínica San Juan Masías S.A.C. una multa de 70.41 UIT.
- Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C. una multa de 40.08 UIT.
- Instituto Nefrológico Peruano Americano S.A.C. una multa de 81.13 UIT.
- Interdial Norte S.A.C. una multa de 48.56 UIT.
- Inversiones Médicas Peruanas S.A.C. una multa de 38.09 UIT.
- Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. y Organización Médica y de Servicios Santa Anita S.A.C. una multa de 1.31 UIT.
- Nephro Care S.A.C. una multa de 39.17 UIT.
- OM Dial S.A.C. una multa de 51.42 UIT.
- Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C. una multa de 38.34 UIT.
- Pronefros S.A.C. una multa de 47.01 UIT.
- Renal Care S.A.C. una multa de 38.25 UIT.
- Servicio de Apoyo Diagnostico y Terapéutico San Miguel S.A.C. una multa de 57.93 UIT.
- Servicios Especializados San Camilo S.A.C. una multa de 38.22 UIT.

555. Sin perjuicio de la multa calculada, la Comisión considera pertinente la aplicación de una sanción independiente para los señores Miguel Ángel De la Mata Fernández y Aurelio Paulino Cesti Contreras considerando su participación en la planificación, realización y ejecución del acuerdo de fijación de precios desarrollados por los Centros investigados.

556. Según lo previsto en el numeral 3 del artículo 43 del Decreto Legislativo 1034, podrá imponerse una multa de hasta cien (100) UIT a las personas naturales

encargadas de la representación, dirección o administración de una persona jurídica, de acuerdo con su responsabilidad en las infracciones cometidas¹³⁹.

557. Sancionar a una persona natural tiene por objetivo que, al realizar una determinada conducta, estos agentes sean responsables por sus decisiones y actos. En otras palabras, la sanción de una persona natural busca que, al infringir las normas, considere las consecuencias que le puede acarrear dicha conducta y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica¹⁴⁰.
558. Así, la sanción de las personas naturales que participan en los órganos directivos o gerenciales de una empresa o asociación y que adoptan la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como anticompetitiva, permite desincentivar eficazmente la adopción de este tipo de conductas¹⁴¹.
559. La sanción a imponer en cada caso a una persona natural deberá guardar directa relación con su responsabilidad en la toma de decisiones. En virtud de ello, aquellas personas naturales que tuvieron cargos de mayor jerarquía al interior de sus empresas o asociaciones de empresas y participen en la adopción de prácticas anticompetitivas serán objeto de una sanción más elevada, toda vez que tiene un mayor acceso a información dentro de la organización y una mayor capacidad de determinar la adopción de una determinada conducta¹⁴².
560. De esta forma, los señores Miguel Ángel De La Mata Fernandez y Aurelio Paulino Cesti Contreras actuaron ejerciendo gestión y representación de Santa Ena y Cono Norte, respectivamente en el contexto de la práctica anticompetitiva. En efecto, los señores Miguel Ángel De La Mata Fernandez y Aurelio Paulino Cesti Contreras eran representantes legales, propietarios y gerentes (señor

139

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.3. Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

140

Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad. En ese sentido, las decisiones y actos que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizadas, en la práctica, por las personas naturales que integran sus órganos directivos y gerenciales.

141

Al respecto, se ha señalado que, “(...) en muchas jurisdicciones, las agencias o las cortes pueden también multar a las personas naturales, es decir, al individuo específico que cometió la infracción, adicionalmente a la multa para la empresa. La lógica detrás de estos sistemas es que la sola imposición de sanciones a la empresa no puede asegurar un desincentivo adecuado. Las empresas se involucran en cárteles a través de la conducta de sus representantes que son personas naturales. Las sanciones impuestas en individuos puede por lo tanto complementar las multas impuestas en corporaciones/empresas y mejorar el desincentivo.” Traducción libre de: “(...) in several jurisdictions, agencies or courts can also fine natural persons, i.e. the specific individual who committed the infringement in addition to fining the undertaking. The logic behind these systems is that the imposition of sanctions only on the undertaking cannot ensure adequate deterrence. Undertakings are engaged in cartels through the conduct of their representatives who are natural persons. Sanctions imposed on individuals can therefore complement fines imposed on corporations/undertakings and enhance deterrence.” OECD. *Cartels: Sanctions against Individuals. Policy Roundtables*, 2003, p. 16.

142

Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, Resolución 3240-2010/SC1 del 16 de diciembre de 2010, Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, Resolución 0856-2014/SDC-INDECOPI del 15 diciembre de 2014, Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 enero de 2013 y Resolución 0857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014.

Aurelio Cesti) de las empresas Centro Médico Especializado Santa Ena S.A. y Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L. respectivamente.

561. En tal sentido, tomando en consideración pronunciamientos anteriores¹⁴³ en los que se sancionó a dirigentes de asociaciones que utilizaron dicha posición para la realización de conductas anticompetitivas considerando un 10% de la multa aplicable, y en vista de la potencial afectación de la salud producto de conducta realizada, corresponde sancionar a los señores Miguel de la Mata y Aurelio Cesti con 7.60 y 15.43 UIT, respectivamente, correspondiente al 20% de la multa aplicable de las empresas que representan.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar no ha lugar las peticiones, nulidades y vulneraciones formuladas por Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C., Centro Nefrológico S.A., Centro Médico Especializado Santa Ena S.A., Servicios Especializados San Camilo S.A.C., Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico San Miguel S.A.C., Clínica San Juan Masías S.A.C., Centro de Salud Renal S.A.C., Clínica Benedicto XVI S.A.C., Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L., Nephro Care S.A.C., Inversiones Médicas Peruanas S.A.C., Centro de Diálisis Nefro Continente S.A.C., Centro de Diálisis Callao S.A.C., Centro de Prevención de Enfermedad Renal S.A.C., Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C., Centro de Diálisis San Fernando S.A.C., Centro Médico Villa María S.A.C., Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L., Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C., Centro Médico Caminos del Inca S.A.C., Centro De Diálisis Zarate S.A.C., Plusvida Servicios Médicos S.A.C., Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C., Organización Médica y Servicios Santa Anita S.A.C., Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C., Centro Médico Jesús María S.A.C. y el señor Aurelio Paulino Cesti Contreras.

SEGUNDO: Declarar que Centro Nefrológico S.A., Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C., Centro Médico Especializado Santa Ena S.A., Centro de Diálisis San Fernando S.A.C., Centro Médico Villa María S.A.C., Organización Médica y Servicios Santa Anita S.A.C., Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L., Centro Renal San Marcelo S.A., Servicios Especializados San Camilo S.A.C., Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico San Miguel S.A.C., Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C., Centro de Diálisis Santo Tomás de Aquino S.A.C., Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C., Centro Médico Caminos del Inca S.A.C., Renal Care S.A.C., Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C., Centro Médico Jesús María S.A.C., Centro De Diálisis Jesús María S.A.C., Clínica San Juan Masías S.A.C., Centro de Diálisis Ventanilla S.A.C., Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C., Centro de Salud Renal S.A.C., OM DIAL S.A.C., Interdial Norte S.A.C., Instituto Nefrológico Peruano

¹⁴³ Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009 y Resolución 3240-2010/SC1 del 16 de diciembre de 2010

Americano S.A.C., Clínica de Enfermedades Renales Grau S.A.C., Centro De Diálisis Zarate S.A.C., Clínica Benedicto XVI S.A.C., Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L., PRONEFROS S.A.C., Nephro Care S.A.C., Inversiones Médicas Peruanas S.A.C., Centro de Diálisis Callao S.A.C. y Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C. incurrieron en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el mercado de servicios de hemodiálisis con reuso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.

TERCERO: Sancionar a Centro Nefrológico S.A., Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C., Centro Médico Especializado Santa Ena S.A., Centro de Diálisis San Fernando S.A.C., Centro Médico Villa María S.A.C., Organización Médica y Servicios Santa Anita S.A.C., Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L., Centro Renal San Marcelo S.A., Servicios Especializados San Camilo S.A.C., Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico San Miguel S.A.C., Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C., Centro de Diálisis Santo Tomás de Aquino S.A.C., Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C., Centro Médico Caminos del Inca S.A.C., Renal Care S.A.C., Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C., Centro Médico Jesús María S.A.C., Centro De Diálisis Jesús María S.A.C., Clínica San Juan Masías S.A.C., Centro de Diálisis Ventanilla S.A.C., Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C., Centro de Salud Renal S.A.C., OM DIAL S.A.C., Interdial Norte S.A.C., Instituto Nefrológico Peruano Americano S.A.C., Clínica de Enfermedades Renales Grau S.A.C., Centro De Diálisis Zarate S.A.C., Clínica Benedicto XVI S.A.C., Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L., PRONEFROS S.A.C., Nephro Care S.A.C., Inversiones Médicas Peruanas S.A.C., Centro de Diálisis Callao S.A.C. y Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C. con las siguientes multas:

Empresas	Multa aplicable (UIT)
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	59.95
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	54.87
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	77.13
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	33.12
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	45.82
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	34.21
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	91.86
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	39.19
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	61.75
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	50.16
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	47.23
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	61.82
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	38.02
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	52.88
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	35.73
CENTRO NEFROLOGICO S.A.	77.08
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	38.76
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	59.96
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	62.14
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	59.47
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	70.41
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	40.08
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	81.13
INTERDIAL NORTE S.A.C.	48.56

INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	38.09
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C. - ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	1.31
NEPHRO CARE S.A.C.	39.17
OM DIAL S.A.C.	51.42
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	38.34
PRONEFROS S.A.C.	47.01
RENAL CARE S.A.C.	38.25
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	57.93
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	38.22
TOTAL	1,671.06

CUARTO: Declarar que los señores Miguel Ángel de la Mata Fernandez y Aurelio Paulino Cesti Contreras participaron en el planeamiento, realización y ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada del precio por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, entre los años 2010 y 2012, a nivel de Lima y Callao; conducta tipificada en los artículos 1, 2, 11.1, literal a) y 11.2, literal a), del Decreto Legislativo 1034, y sancionable por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de la referida norma.

QUINTO: Sancionar a los señores Miguel Ángel de la Mata Fernandez y Aurelio Paulino Cesti Contreras con multas ascendentes a 7.60 y 15.43 Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente.

SEXTO: Declarar que el señor Raúl Barrios Fernández Concha no es responsable de haber participado de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada del precio por la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, entre los años 2010 y 2012, a nivel de Lima y Callao, en los términos señalados por el Decreto Legislativo 1034.

SETIMO: Declarar que Plusvida Servicios Médicos S.A.C., Centro de Diálisis Nefro Continente S.A.C., Renexa S.A., DAVITA S.A. y Centro de Prevención de Enfermedad Renal S.A.C. no son responsables por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el mercado de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012, debido a la inexistencia de medios probatorios que acrediten su responsabilidad.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Ena María Garland Hilbck, María del Pilar Cebrecos González y Dante Mendoza Antonioli.

**Ena María Garland Hilbck
Presidente**

Anexo 1

Correos electrónicos relacionados a etapas previas al Concurso Público – mayo 2009

- **Correo 4 – Miércoles 27 de mayo de 2009**¹⁴⁴

«Asunto: REUNION URGENTE

SEÑORES COMUNICAMOS QUE EL DIA JUEVES 28 DE MAYO , SE LLEVARA A CABO LA REUNION CON CARACTER DE URGENTE , LUGAR EN LA CLINICA SANTA LUCIA A LAS 7,45 PM HORA EXACTA , EL CUAL CONTARA CON LA PARTICIPACION DEL DR. RAÚL BARRIOS

EL TEMA A TRATAR SERA REFERENTE A LA COTIZACION QUE ESTA SOLICITANDO ESSALUD, BASES DEL CONCURSO Y OTROS TEMAS PENDIENTES EN CUANTO A TARIFAS

POR FAVOR NO OLVIDAR DE LLEVAR EL PAGO PARA CANCELAR Y/O AMORTIZAR AL ESTUDIO DE ABOGADOS.

A LA REUNION DEBERA ASISTIR LOS PROPIETARIOS O UNA PERSONA AUTORIZADA.

MIGUEL DE LA MATA
PRESIDENTE»

[Énfasis agregado]

Según se puede apreciar, el Correo 4 contiene una comunicación de ADECEPRIH en la cual convoca con carácter de urgencia a los centros de hemodiálisis para reunirse, con la presencia del señor Raúl Barrios, dentro de las 24 horas siguientes de que EsSalud solicitará las cotizaciones para el Concurso Público. En dicho correo se puede apreciar que el señor Miguel de la Mata convoca a los centros de hemodiálisis, manifestando que la reunión se desarrollaría para tratar las cotizaciones solicitadas por EsSalud.

Así, se puede apreciar que en dicho correo se muestran las siguientes características: (i) Convocatoria a reunión realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (ii) fecha de reunión correspondiente al día hábil siguiente; y, (iv) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a la reunión realizada.

¹⁴⁴

El 27 de mayo de 2009 EsSalud requirió a los Centros de hemodiálisis cotizar el servicio de hemodiálisis.

Anexo 2

Correos electrónicos relacionados al Concurso Público agosto – octubre 2010

- **Correo 5A – Jueves 12 de agosto de 2010**¹⁴⁵

«Asunto: Reunión 13/08

Señores:

Centros de Dialisis

Se cita con carácter de urgencia a todos los Centros de Diálisis, Asociados y no Asociados, a la reunión que se llevara a cabo el Viernes 13/08 a las 8:00pm (Hora exacta).

Lugar : Clínica Santa Lucia

Asunto : **Concurso Público (COTIZACIONES)**

ADECEPRIH»

[Énfasis agregado]

- **Correo 5B – Jueves 12 de agosto de 2010**

«Asunto: Reunión ADECEPRIH

Señores:

Centros de Dialisis

Se cita con carácter de urgencia a todos los Centros de Diálisis, Asociados y no Asociados, a la reunión que se llevara a cabo el Viernes 13/08 a las 8:00pm (Hora exacta).

Lugar : Clínica Santa Lucia

Asunto : **Concurso Público (COTIZACIONES)**

ADECEPRIH

Por favor confirmar asistencia a este mismo correo.»

[Énfasis agregado]

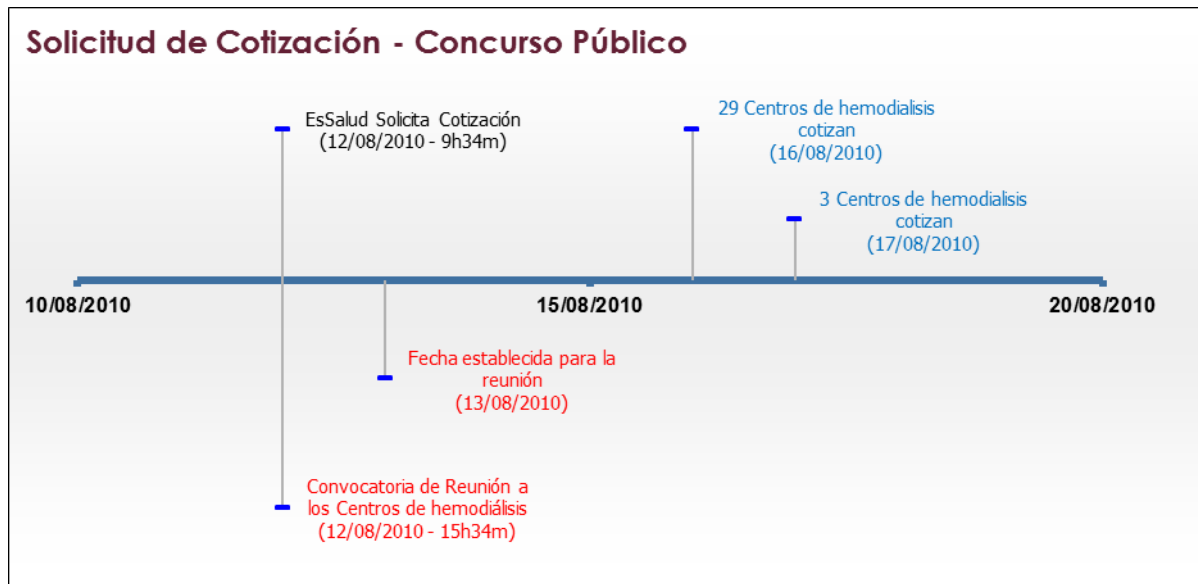
Según se puede apreciar, los Correos 5A y 5B contienen convocatorias con carácter de urgencia que emitió ADECEPRIH a los centros de hemodiálisis para reunirse dentro de las 24 horas a la solicitud de cotizaciones enviada por EsSalud para tratar como único punto de agenda la solicitud de dichas cotizaciones. Finalmente, de acuerdo a la información proporcionada por EsSalud, los centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones en fechas posteriores a la reunión que habrían mantenido para tratar el tema de las cotizaciones solicitadas.

Por tanto, a partir de los Correos 5A y 5B, se concluye que se presentan las mismas características que las coordinaciones analizadas por esta Comisión en la sección 6.3.2. de la Resolución, presentando los siguientes elementos: (i) Convocatoria a reunión realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (ii) fecha de reunión correspondiente al día hábil siguiente; y, (iii) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reunión realizada¹⁴⁶; teniendo como elemento adicional que en dichas convocatorias se menciona expresamente que se tratará el tema de las cotizaciones solicitadas por EsSalud.

¹⁴⁵ El 12 de agosto de 2010 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

¹⁴⁶ Ello se exceptúa en el caso del correo correspondiente al año 2009, debido a que EsSalud no ubicó en su archivo físico las cotizaciones correspondientes a dicha oportunidad.

Gráfico 15
Acciones de los Centros de hemodiálisis en el marco de la solicitud de cotización de agosto de 2010 – Concurso Público



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

EsSalud requirió a los centros de hemodiálisis una actualización de las cotizaciones enviadas en agosto de 2010. Al respecto, existen correos relacionados con las cotizaciones solicitadas en octubre de 2010:

- **Correo 6 – Miércoles 27 de octubre de 2010¹⁴⁷**

«Asunto: REUNION DE URGENCIA
 SEÑORES ASOCIADOS
REUNION CON CARACTER DE URGENCIA
TEMA.- T A R I F A S
(COTIZACION DE TARIFAS DE CONTRATACION DE 12 MESES CON REUSO)
 NO DEJES DE ASISTIR
 HOY MIERCOLES 27 EN LA CLINICA
 SANTA LUCIA A LAS 8 PM
 LA DIRECTIVA DE LA ASOCIACION»

[Énfasis agregado]

- **Correo 7 – Jueves 28 de octubre de 2010**

«Asunto: ADECEPRIH
 SEÑORES ASOCIADOS

EL ESTUDIO BARRIOS NOS RECOMIENDA NO DEJAR DE COTIZAR **DEBEMOS PRESENTARNOS CON LA MISMA TARIFA DEL MES DE AGOSTO SE DEBE LLENAR EL FORMATO DE DECLARACION JURADA EN LA COLUMNA A QUE SE HACE REFERENCIA A:**

¹⁴⁷

El 27 de octubre de 2010 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

"DECLARO CUMPLIR AL 100% LO SOLICITADO EN LOS TERMINOS DE LA REFERENCIA DEL PROCESO SI - NO"

EN ESA COLUMNA SE COLOCA NO - VER ANEXO 1 ADJUNTO

EL ANEXO 1 DETALLA LAS RAZONES POR LAS CUALES NO ESTAMOS DE ACUERDO CON CUMPLIR CON EL 100%

EL ANEXO 1 DEBERA ESTAR SELLADO Y FIRMADO AL IGUAL QUE LA DECLARACION JURADA»

[Énfasis agregado]

Según se puede apreciar en el Correo 6, se realiza una convocatoria con carácter de urgencia en el marco de la ADECEPRIH para reunirse dentro de las 24 horas de que EsSalud solicitará una actualización de las cotizaciones¹⁴⁸, teniendo la reunión como único punto de agenda las cotizaciones requeridas para el cálculo del valor referencial a ser utilizado en el Concurso Público¹⁴⁹. Ligado a ello, se aprecia en el Correo 7 que, por medio de la ADECEPRIH, se dio una instrucción a los Centros investigados para que, con motivo del requerimiento de cotización realizado por EsSalud horas antes, presenten como valor en la cotización el mismo monto consignado en el mes de agosto de 2010, fecha en la que también fueron requeridas cotizaciones por parte de EsSalud. Finalmente, de acuerdo con la información proporcionada por EsSalud, los centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones en fechas posteriores a la reunión que habrían mantenido para tratar el tema de las cotizaciones solicitadas.

Por tanto, a partir de los Correos 6 y 7, se concluye que se observan las mismas características que las coordinaciones analizadas por esta Comisión en la sección 6.3.2. de la Resolución, presentando los siguientes elementos: (i) Convocatoria a reunión realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (ii) fecha de reunión correspondiente al día hábil siguiente; y, (iii) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reunión realizada.

[Continúa en la página siguiente]

¹⁴⁸ En el caso del Correo 6 la actualización de cotización fue requerida el 27 de octubre de 2010, a efectos de ser presentada hasta el 28 de octubre de 2010.

¹⁴⁹ El proceso que finalmente convoca EsSalud relacionado con esta solicitud de cotización es el Concurso Público.

Gráfico 16
Acciones de los Centros de hemodiálisis en el marco de la solicitud de actualización de cotización de octubre de 2010 – Concurso Público



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 3

Correos electrónicos relacionados a la AMC Derivada en su Primera convocatoria

- **Correo 8 – Viernes 10 de junio de 2011**¹⁵⁰

«Asunto: REUNION
Srs CENTROS DE DIALISIS
SE CONVOCA A REUNION GENERAL EL DIA LUNES 13 DE JUNIO A HORAS 8:00 p.m.
EN LA CLINICA SANTA LUCIA, PARA TRATAR LA SIGUIENTE AGENDA:

AGENDA
- INFORME DE APP
- **INFORMES GENERALES DE INTERES**
SE ESPERA LA ASISTENCIA MASIVA DE LOS REPRESENTANTES ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS **PARA EVALUAR LOS INFORMES RESPECTIVOS**
ATENTAMENTE

LA DIRECTIVA ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

Según se puede apreciar del Correo 8, el mismo día en que EsSalud solicitó las cotizaciones, se realiza una convocatoria a los Centros para reunirse, señalando temas ambiguos e imprecisos. La reunión fue convocada en el marco de la ADECEPRIH y fue programada para el día hábil siguiente al requerimiento de cotizaciones por parte de EsSalud. Según información proporcionada por dicha entidad, los Centros investigados remitieron sus cotizaciones de manera posterior a la reunión.

A partir del Correo 8 se desprenden las mismas características que las coordinaciones referidas al Concurso Público y la AMC Derivada en su Cuarta Convocatoria, a saber: (i) Convocatoria a reunión realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (ii) fecha de reunión correspondiente al día hábil siguiente al requerimiento de cotización; y, (iii) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reunión realizada.

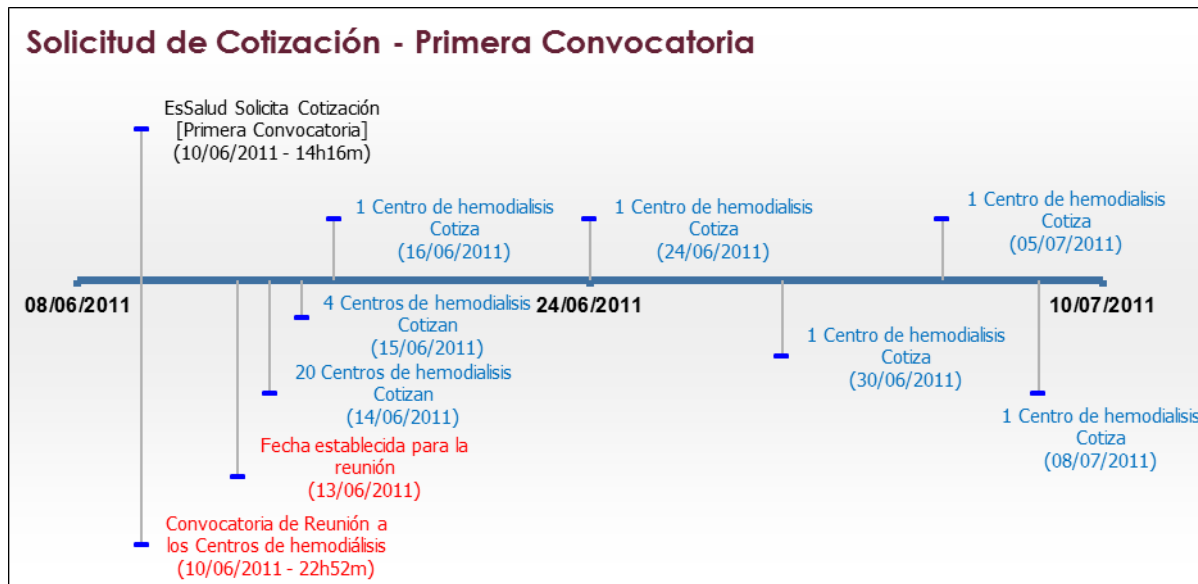
En ese sentido, se apreciaría que los centros de hemodiálisis participantes habrían determinado igualmente de manera conjunta el monto de referencia a partir del cual establecerían sus valores de cotización, aspecto coherente con la existencia de una estrategia de cotización previa al 2012 mencionada en el Correo 1 donde se muestra el intercambio de correos entre el señor Raúl Barrios y Aurelio Cesti.

[Continúa en la página siguiente]

¹⁵⁰

El 10 de junio de 2010 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

Gráfico 17
Acciones de los Centros de hemodiálisis en el marco de la solicitud de cotización de junio de 2011 – Primera Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 4

Correos electrónicos relacionados a la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria

- **Correo 9 – Jueves 3 de noviembre de 2011**¹⁵¹

«Asunto: ESTUDIO DE MERCADO SEGUNDA CONVOCATORIA

SRS CENTROS DE DIALISIS

ESSALUD HA SOLICITADO COTIZACION DE PRECIOS PARA LA SEGUNDA CONVOCATORIA DE MENOR CUANTIA POR 12 MESES, **POR ELLO DEBEMOS PRESENTAR LA COTIZACION SIENDO COHERENTES EN NUESTRA ACTITUD**

CUALQUIER CONSULTA RESPECTO DE TEMAS VARIOS LLAMAR A LOS CONTACTOS RESPECTIVOS.

ATTE
ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

El Correo 9 muestra un correo electrónico enviado por la ADECEPRIH a distintos Centros de hemodiálisis, dando indicaciones al día siguiente de que EsSalud requiriera a los Centros investigados cotizar el servicio prestado en noviembre de 2011, señalando que se mantenga la estrategia de cotización desarrollada con el objetivo de incrementar el valor referencial de EsSalud.

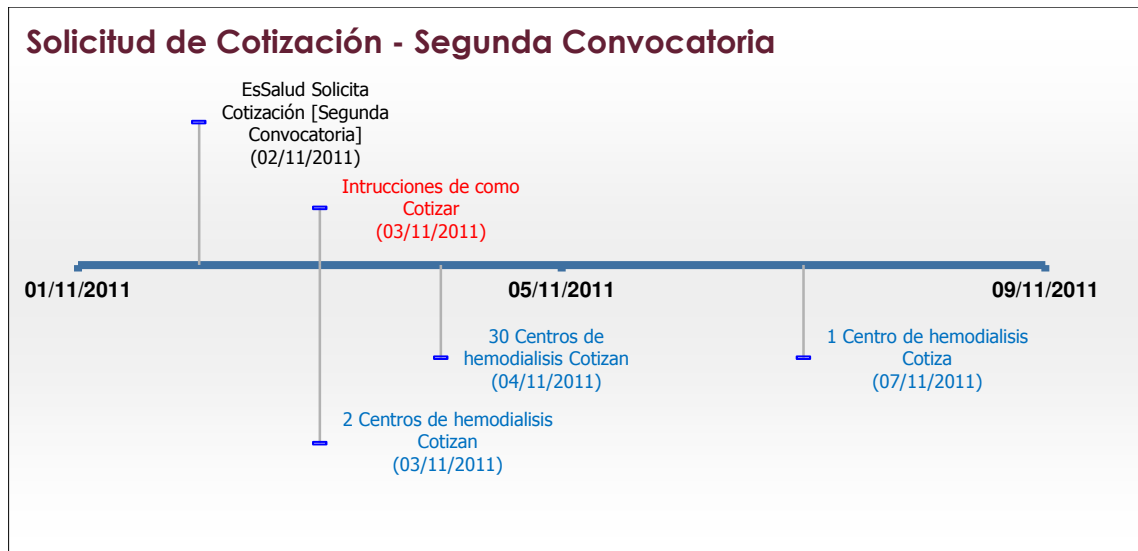
De igual manera se observa que, con excepción de los elementos relacionados a la realización de reuniones, la coordinación realizada mediante el Correo 9 presenta los mismos elementos observados en las coordinaciones de octubre de 2010 y octubre de 2012, presentando las siguientes características: (i) haber sido remitida dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; y, (ii) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a la instrucción realizada.

[Continúa en la siguiente página]

¹⁵¹

El 2 de noviembre de 2011 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

Gráfico 18
Acciones de los Centros de hemodiálisis en el marco de la solicitud de cotización de noviembre de 2011 – Segunda Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 5

Correos electrónicos relacionados con la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria

- **Correo 10 – Miércoles 18 de julio de 2012**¹⁵²

«Asunto: CARTA CIRCULAR Y PRECIO REFERENCIAL

SEÑORES PROPIETARIOS :

SE LES COMUNICA QUE EL CNSR- ESSALUD CON LA CARTA CIRCULAR Nro 0002-DL-OA-CNSR-ESSALUD 2012 ESTA SOLICITANDO LOS MOTIVOS POR LA CUAL NO NOS PRESENTAMOS AL PROCESO AMC-11902011(ESSALUD/CNSR (1195M11902) SE LES RECUERDA FUE POR TENER EL PRECIO REFERENCIAL BAJO Y QUE NO CUBRIAN NUESTROS COSTOS OPERATIVOS Y ALZA DE INSUMOS (SE HABIA ANUNCIADO EL AUMENTO DEL SUELDO MINIMO VITAL).

TAMBIEN ESTAN SOLICITANDO PRECIO REFERENCIAL NO SE OLVIDEN QUE EL ULTIMO QUE ENVIARON PUEDE SER MAS, ESTE PRECIO LO PUEDE TOMAR ESSALUD PARA PROMEDIAR CON LOS QUE TIENEN
POR RECOMENDACION DEL DR. BARRIOS LOS DOS PEDIDOS DE ESSALUD ENVIARLO POR CORREO Y TAMBIEN LLEVARLO FISICAMENTE.

LA DIRECTIVA-ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

- **Correo 11 – Jueves 19 de julio de 2012**

« Asunto: CARTA CIRCULAR Y PRECIO REFERENCIAL

Señores
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

Nuestro abogado manifiesta que no debemos olvidar que la cotización que hicimos la vez pasada (diciembre) fue una declaración jurada, **por tanto debemos declarar en esta oportunidad el mismo monto o más**, por lo que podríamos tener problemas de tipo legal ante la OSCE.

ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

Los Correos 10 y 11 muestran correos electrónicos enviados por la ADECEPRIH a distintos Centros dando indicaciones a éstos respecto a las cotizaciones requeridas por EsSalud. Así, en el Correo 10 se muestra las instrucciones que se enviaron el mismo día en que EsSalud requirió las cotizaciones. Además, en el Correo 11, enviado el día siguiente de dicho requerimiento, se comunica a los Centros investigados que deben remitir cotizaciones con montos iguales o mayores a los enviados en anteriores ocasiones.

En ese sentido, en la AMC Derivada en su Tercera Convocatoria, al igual que en la Segunda Convocatoria, no hubo convocatoria a reunión ni una fecha programada para esta. Sin embargo, de acuerdo con lo expresado en la Resolución, la existencia de convocatorias y reuniones o la existencia de instrucciones fueron utilizadas por los

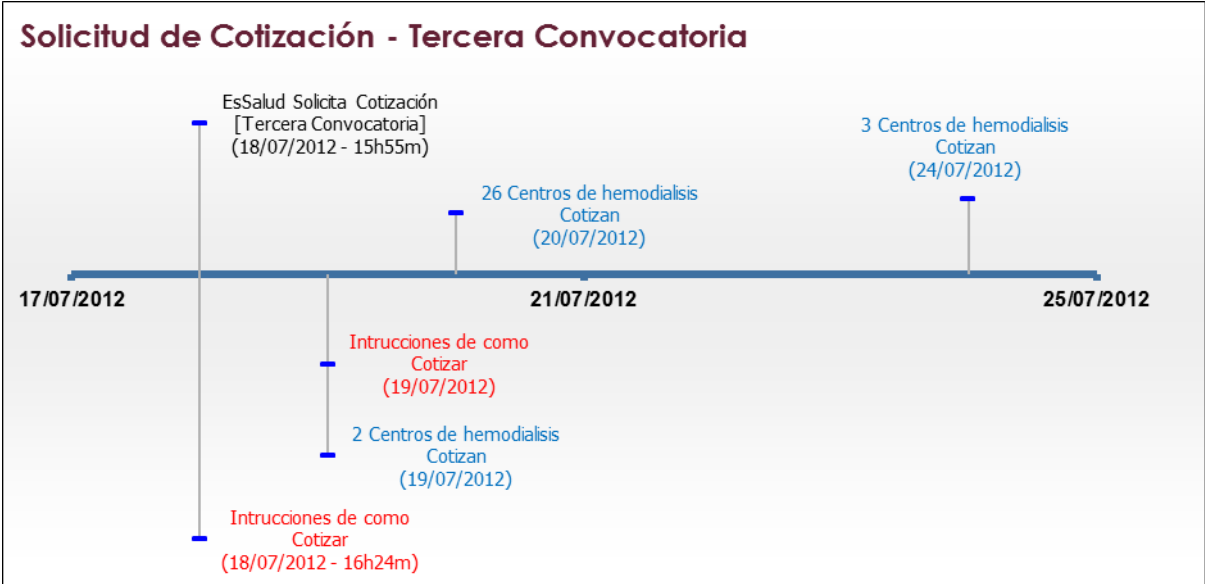
¹⁵²

El 18 de julio de 2012 EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

Centros investigados de manera alterna como simultánea. En atención a ello, se observa las otras características que identifican el accionar de las Empresas Imputadas durante el Concurso Público y la AMC Derivada en su Primera, Segunda y Cuarta Convocatoria.

Así, con excepción de los elementos relacionados a la realización de reuniones, la Tercera Convocatoria presenta las siguientes características: (i) haber sido remitida dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; y, (ii) los Centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a la instrucción realizada.

Gráfico 19
Acciones de los Centros de hemodiálisis en el marco de la solicitud de cotización de julio de 2012 – Tercera Convocatoria



Fuente: ESSALUD
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 6

Correos electrónicos relacionados con las abstenciones en el Concurso Público

- **Correo 15 – Viernes 7 de enero de 2011**

«Asunto: REUNION URGENTE

SEÑORES ASOCIADOS
EL LUNES 10 A LAS 8 PM
CLINICA SANTA LUCIA
REUNION

TEMA
CONCURSO PUBLICO

LA DIRECTIVA

NO FALTES»
[Énfasis agregado]

- **Correo 16 – Lunes 31 de enero de 2011**

«Asunto: REUNION INFORMATIVA

MIERCOLES 2 DE FEBRERO
LOCAL CLINICA SANTA LUCIA
HORARIO 8 P. M.

TEMA
1.- ADJUDICACION DIRECTA POR 2 MESES
2.- **CONCURSO PUBLICO OSCE**
3.- APP
4.- ES NECESARIO HASTA EL MES DE DICIEMBRE 2010

EL ESTUDIO DE ABOGADOS NOS HA PASADO LA FACTURA DEL MES DE DICIEMBRE Y ENERO

POR FAVOR ABONEN TODOS LOS ASOCIADOS QUE DEBAN QUE SE NECESITA EL DINERO

LA ASOCIACION»
[Énfasis agregado]

- **Correo 17 – Miércoles 23 de febrero de 2011**

«Asunto: REUNION CONCURSO PUBLICO

Señores:
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

Se invita a todos los Centro de Diálisis, a la reunión que se llevará a cabo, con **CARÁCTER DE URGENCIA**, el día de mañana jueves 24 a las 8:00pm., en la Clínica Santa Lucía. (**CONCURSO PUBLICO**)

Atte.
ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

- **Correo 18 – Miércoles 23 de febrero de 2011**

«Asunto: REUNION IMPORTANTE

SEÑORES ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS

Mañana Jueves 24 de realizara una **reunión para informar sobre el CONCURSO PUBLICO**

Es importante tu presencia

Lugar..... Clínica Santa Lucía

Hora 8 PM

LA DIRECTIVA

ADECEPRIH

(ni bien recibas el correo reenvíalo es necesario estar todos informados)»

[Énfasis agregado]

- **Correo 19 – Sábado 26 de febrero de 2011**

«Asunto: REUNION IMPORTANTE

SEÑORES ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS

REUNION

LE RECORDAMOS QUE **EL DIA MARTES 1° DE MARZO 10 A.M. SE REALIZARA**

EL ACTO PUBLICO EN EL AUDITORIO DEL CENTRO NACIONAL DE SALUD RENAL (CORONEL ZEGARRA)

TAMBIEN LE RECORDAMOS LA REUNION DE:

FECHA.....MARTES 1° DE MARZO

HORA..... 7 P.M.

LUGAR.....ESTUDIO DE ABOGADOS BARRIOS FUENTES

DIRECCION.....ARIAS ARAGUEZ N° 600

AGENDA

1.- **CONCURSO PUBLICO**

2.- A.P.P.

LA DIRECTIVA

ADECEPRIH

NO DE DEJES DE ASISTIR ES MUY IMPORTANTE

(ni bien recibas el correo reenvíalo es necesario estar todos informados)»

[Énfasis agregado]

- **Correo 20 – Martes 1 de marzo de 2011**

«Asunto: REUNION 1 DE MARZO 2011

SEÑORES ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS

COMO SABRAN EL CONCURSO PUBLICO PROGRAMADO PARA EL DIA DE HOY HA SIDO SUSPENDIDO HASTA NUEVO AVISO

TAMBIEN PARA COMUNICARLES QUE **LA REUNION PARA EL DIA DE HOY CON EL DR.BARRIOS** YA NO SERA A LAS 7 PM SINO A LAS 6.30 PM (ARIAS ARAGUES # 600)

LA DIRECTIVA

ADECEPRIH

NO DEJES DE ASISTIR ES MUY IMPORTANTE

(ni bien recibas el correo reenvíalo (Sic) es necesario estar todos informados)»

[Énfasis agregado]

- **Correo 21 – Miércoles 23 de marzo de 2011**

«Asunto: REUNION DE EMERGENCIA - HOY

SEÑORES PROPIETARIOS DE CENTROS PRIVADOS DE HEMODIALISIS

REUNION DE EMERGENCIA

HOY MIERCOLES 23 DE MARZO EN EL ESTUDIO DE ABOGADOS DEL DR. RAÚL BARRIOS,

ARIAS ARAGUEZ # 600 - MIRAFLORES A HORAS 6.30 P.M.

AGENDA

1.- MENORES CUANTIAS

2.- **CONCURSO PUBLICO**

3.- APP (Asociacion Publico Privada)

LA DIRECTIVA»

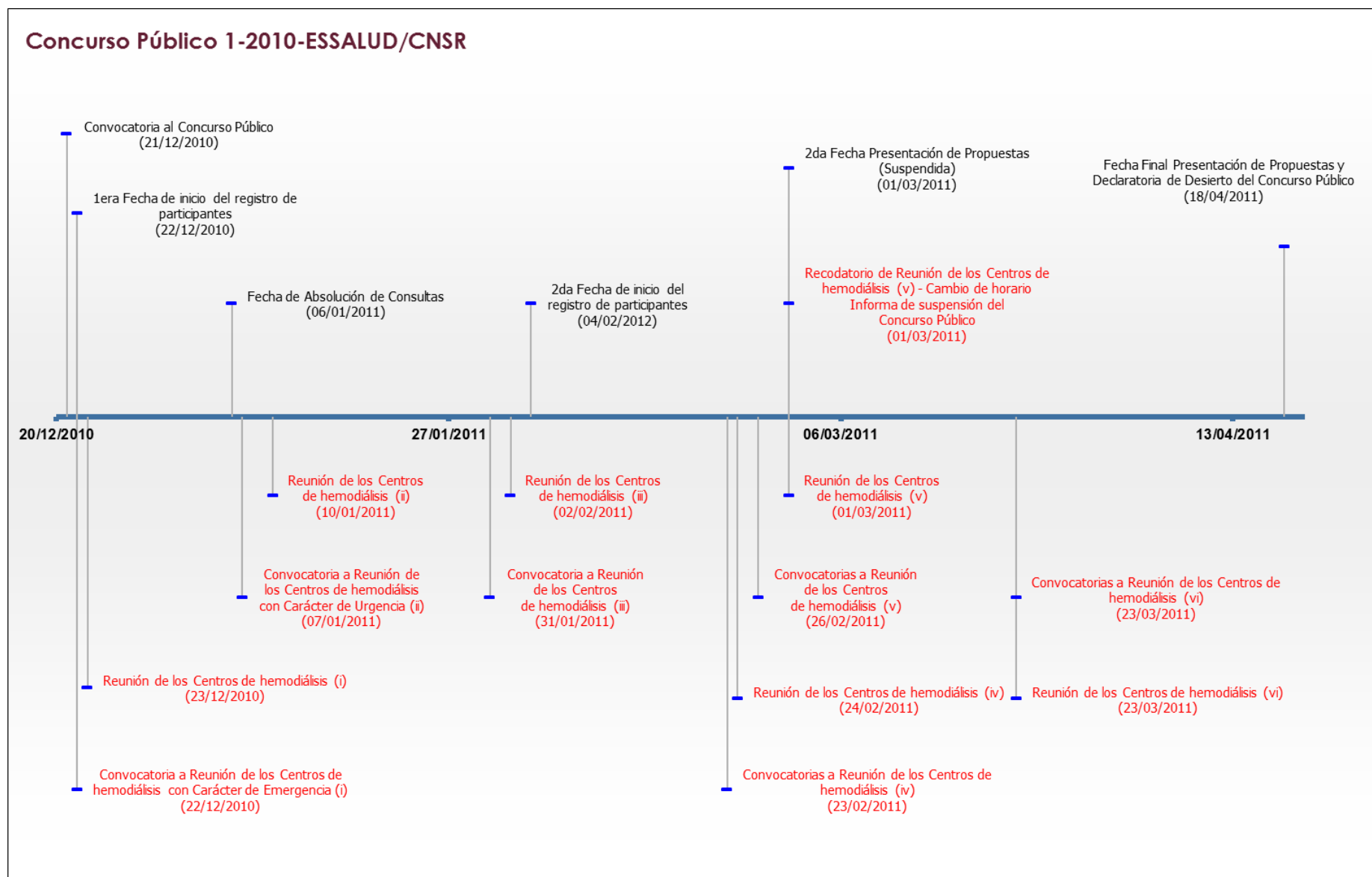
[Énfasis agregado]

Los Correos 14 (reseñado en el numeral 263 de la Resolución), 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 contienen convocatorias con carácter de urgencia o emergencia emitidas por la ADECEPRIH a los Centros investigados entre los años 2010 y 2011, a efectos de reunirse en seis oportunidades durante la realización del Concurso Público convocado por EsSalud, consignando en la convocatoria que se trataría como tema dicho proceso de selección de gran envergadura.

Por tanto, se observa que ante la convocatoria de EsSalud, diversos centros de hemodiálisis se habrían reunido para determinar su presentación o abstención en el marco del Concurso Público. Lo cual se desprende a partir de la existencia de reuniones por parte de diversos centros de hemodiálisis previas a la presentación de propuestas y de manera posterior a la convocatoria de EsSalud al proceso de selección.

[Continúa en la siguiente página]

Gráfico 20
Reuniones de los Centros de hemodiálisis durante la realización del Concurso Público



Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 7

Correos electrónicos relacionados a las abstenciones en la AMC Derivada en su Primera Convocatoria

- **Correo 23 – Viernes 12 de agosto de 2011**

«Asunto: RE: REUNION URGENTE

SRS. CENTROS DE DIALISIS
LA REUNION DE EMERGENCIA PROGRAMADA PARA EL DIA DE HOY VIERNES EN LA CLINICA SANTA LUCIA 08:00 p.m. QUEDA MODIFICADA.
HA SOLICITUD DEL ABOGADO LA REUNION DEBE SER EN SU ESTUDIO PARA EL DIA DE HOY VIERNES 12/08/2011 A LAS 06:00 p.m.: , EN LA CALLE ARIAS ARAGUEZ Nº 250 MIRAFLORES
ESTA REUNION ES DE SUMA URGENCIA

ATTE
LA DIRECTIVA»
[Énfasis agregado]

- **Correo 24 – Miércoles 17 de agosto de 2011¹⁵³**

«Asunto: REUNION

SRS CENTROS DE DIALISIS
SE CONVOCA A REUNION PARA EL DIA JUEVES 18/08/2011 A HORAS 08:00 pm EN LA CLINICA SANTA LUCIA PARA :
AGENDA:
INFORME OSCE SOBRE PROCESO

ATTE
DIRECTIVA»
[Énfasis agregado]

- **Correo 25 - Lunes 22 de agosto de 2011**

«Asunto: Re: REUNION

SRS CENTROS DE DIALISIS
SE CONVOCA A REUNION EN LA CLINICA SANTA LUCIA EL DIA DE HOY LUNES 22/08/2011 A HORAS 08:00 P.M.

AGENDA
INFORMACION OSCE SOBRE PROCESO

DESPUES DE RECIBIR ESTA COMUNICACION REENVIARLA

ATTE
DIRECTIVA»
[Énfasis agregado]

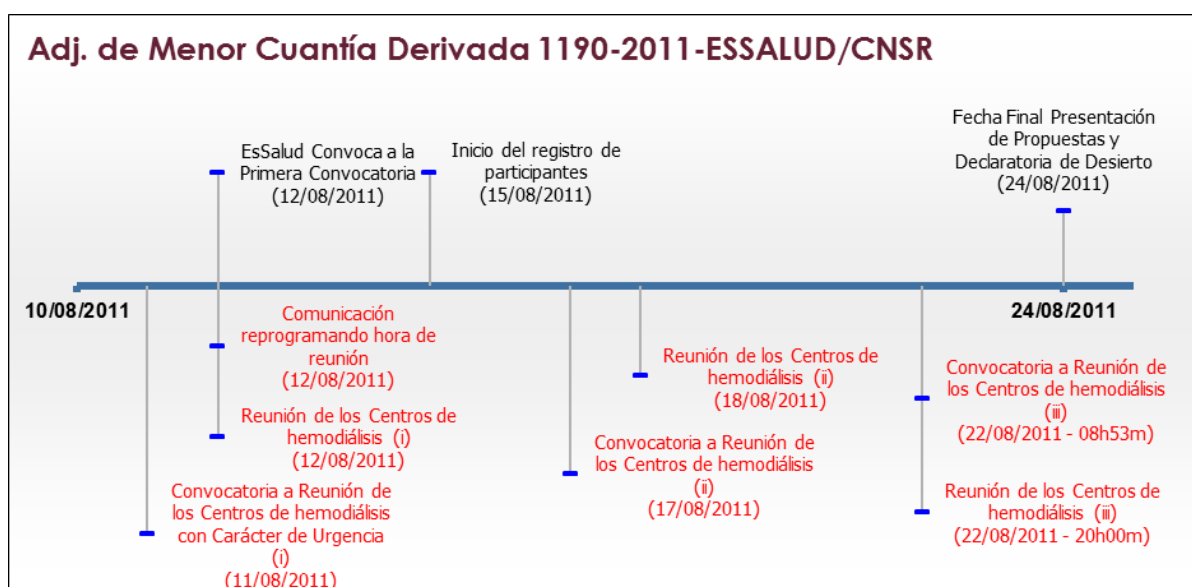
Los Correos 22 (recogido en el numeral 267 de la Resolución), 23, 24 y 25 constituyen convocatorias con carácter de urgencia y emergencia referidas a reuniones en el marco de la ADECEPRIH.

¹⁵³

Entre el 15 y 23 de agosto de 2011 se abrió el registro de participantes para la Primera Convocatoria.

En estas comunicaciones se puede apreciar que diversos centros de hemodiálisis habrían procedido a reunirse ante la convocatoria del proceso de selección realizado por EsSalud, a efectos de coordinar su abstención conjunta a la AMC Derivada en su Primera Convocatoria. Ello se desprende al observar la existencia de reuniones por parte de los centros de hemodiálisis posteriores a la convocatoria al proceso de selección, y en etapas previas a la presentación de propuestas, conforme se aprecia en el Gráfico presentado a continuación.

Gráfico 21
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la AMC Derivada en su Primera Convocatoria



Fuente: ESSALUD

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 8

Correos electrónicos relacionados a las abstenciones en la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria

- **Correo 27 – Lunes 12 de diciembre de 2011**

«Asunto: ¡IMPORTANTE AVISO!

SEÑORES PROPIETARIOS DE CENTROS DE HEMODIALISIS
SEÑORES MIEMBROS DE LA ASOCIACION DE CENTROS PRIVADOS
¡ IMPORTANTE !
EL DIA MIERCOLES 14 - 8 P.M.

LOCAL DE LA CAMARA DE COMERCIO
AV.GIUSEPPE GARIBALDI (EX-GREGORIO
ESCOBEDO) N° 396 JESUS MARIA

**EN UNO DE LOS AUDITORIOS EL DR. RAÚL
BARRIOS INFORMARA SOBRE**
1.- APP
2.- **CONCURO PUBLICO**

LA DIRECTIVA
ADECEPRIH

(ni bien recibas el correo reenvialo es necesario estar todos informados)»
[Énfasis agregado]

- **Correo 28 – Martes 13 de diciembre de 2011**

«Asunto: Re: DEPOSITO URGENTE

SEÑORES PROPIETARIOS DE CENTROS DE HEMODIALISIS
SEÑORES MIEMBROS DE LA ASOCIACION DE CENTROS PRIVADOS
¡ IMPORTANTE !
EL DIA MIERCOLES 14 - 8 P.M.

LOCAL DE LA CAMARA DE COMERCIO
AV.GIUSEPPE GARIBALDI (EX-GREGORIO
ESCOBEDO) N° 396 JESUS MARIA

TEMA A TRATAR
1) APP
2) **2º CONVOCATORIA MENDOR CUANTIA POR 12 MESES**
LA ASISTENCIA ES IMPORTANTE

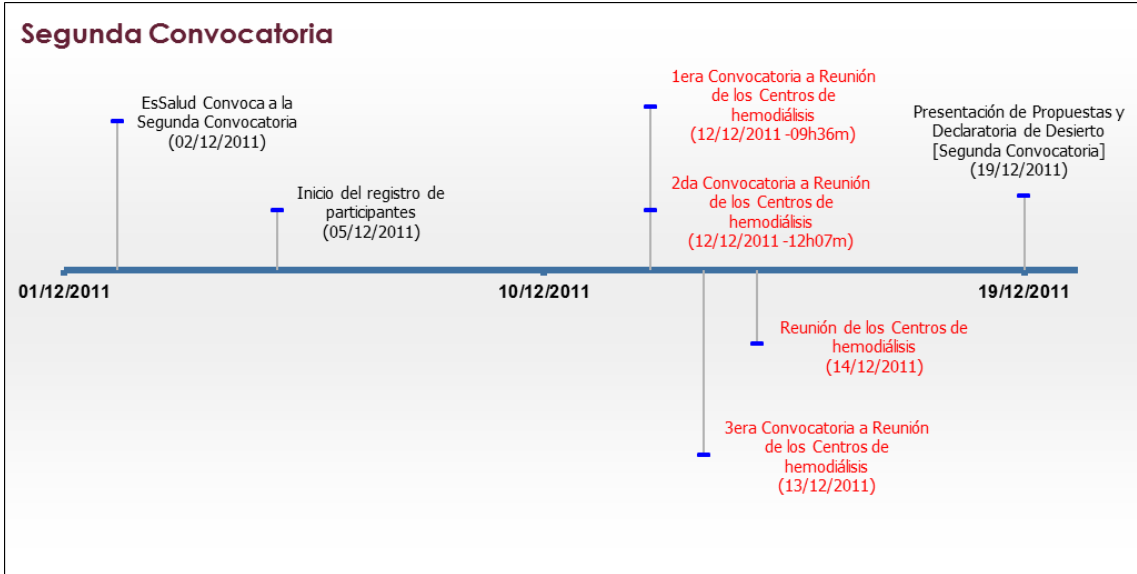
ATTE
DIRECTIVA - ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

Los Correos 26 (recogido en el numeral 269 de la Resolución), 27 y 28 constituyen convocatorias a reuniones en el marco de la ADECEPRIH, que se llevaron a cabo en el marco de la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria.

Por tanto de estas comunicaciones se puede concluir que diversos centros de hemodiálisis se habrían reunido a efectos de coordinar su abstención conjunta a la

AMC Derivada en su Segunda Convocatoria. Esta conclusión se desprende a partir de las comunicaciones arriba señaladas que convocan a reunión a los Centros después de la convocatoria al proceso de selección; y, de manera previa a la fecha de presentación de propuestas, conforme se aprecia en el Gráfico presentado a continuación.

Gráfico 22
Reuniones de los Centros de Hemodiálisis durante la realización de la Segunda Convocatoria



Fuente: ESSALUD
Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Anexo 9

Escritos presentados por la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis – ADECEPRIH

1. Escrito del 3 de julio de 2012 dirigido a José Gabriel Somocursio Vílchez, Gerente General de EsSalud, referido a la regularización de la contratación del servicio ambulatorio de hemodiálisis por los centros privados.
2. Escrito del 15 de junio de 2012 dirigido al Centro Nacional de Salud Renal – CNSR, referido a la regularización de la contratación del servicio tercerizado de hemodiálisis.

Lima, 2 de julio de 2012

Señores Doctor

JOSÉ GABRIEL SOMOCURCIO VÍLCHEZ

Gerente General de ESSALUD

Jr. Domingo Cueto N° 120

Jesús María.-

ESSALUD
TRAMITE DOCUMENTARIO
040-9

12 JUL -3 13:37
LA CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA
EXPEDIENTE : 08-2012-30969
05/07/2012 13:05 DAVIDA
CLAVE #100503 FOLIOS 16

Asunto: Regularización de la contratación del servicio ambulatorio de hemodiálisis por los Centros Privados

Ref.: Carta de fecha 14 de junio de 2012

De nuestra consideración.

Mediante Carta de fecha 14 de junio de 2012, informamos al Gerente del Centro Nacional de Salud Renal- ESSALUD, doctor Luis Flores Esteves, de las irregularidades que se viene presentando en la contratación que realiza su institución de los servicios tercerizados o ambulatorios de hemodiálisis a los Centros Privados, los mismo que se realizan incumpliendo manifiestamente lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Los puntos principales que indicamos en nuestra carta anterior fueron:

- Desde el 1 de abril de 2012, ESSALUD ha procedido a realizar la contratación directa a los Centros Privados de los servicios de hemodiálisis, pero sin que se realice un proceso de selección. Sobre el particular, deben tener en cuenta que la emisión de órdenes de

servicio menores a 3 UIT, es una medida excepcional, siendo ILEGAL que ustedes las emitan de manera constante para cubrir los servicios de hemodiálisis, por lo que deberían abstener de proseguir con esta práctica.

- De acuerdo a las normas de Contrataciones del Estado, lo que se debe hacer es un Concurso Público para que se atienda de manera adecuada y conforme a derecho la necesidad del servicio de hemodiálisis, por lo que solicitamos que se cumpla con ello a la brevedad posible, debiendo tener en cuenta que hace mas de 60 días nos reunimos con los funcionarios de ESSALUD y se sustentó detalladamente la estructura real de costos, la cual se deberá tener en cuenta en el Concurso Público.
- La no realización de este Concurso Público determinará la responsabilidad (administrativa, civil y penal) de los funcionarios responsables, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Mientras se lleve a cabo el referido proceso de selección, con la finalidad de proseguir con la continuidad del servicio, se debe emitir una orden de servicio, PREVIO AL SERVICIO, por el plazo que sea necesario para convocar y adjudicar el Concurso Público correspondiente, pero esta situación deberá ser temporal y excepcional.
- Nosotros, no deberíamos seguir prestando los servicios de hemodiálisis en estas condiciones, pero para no perjudicar a los usuarios finales, sólo lo haremos hasta el lunes 16 de julio de 2012; por lo que, si no se toman cartas en el asunto y se adecua el servicio que venimos prestando de acuerdo a Ley, suspenderemos los mismos, bajo responsabilidad de los funcionarios y servidores encargados.

Por lo antes indicado, todos los Centros Privados que brindan el servicio de atención ambulatoria de hemodiálisis nos presentamos el día 25 de junio de 2012 en la oficina del Gerente del Centro Nacional de Salud Renal- ESSALUD

para explicarle este y otros problemas con relación al servicio; sin embargo, el doctor Luis Flores Esteves se negó a recibirnos.

Cabe precisar que estas irregularidades en la forma que se viene contratando los servicios de hemodiálisis a los Centros Privados, se han venido presentando en diferentes momentos en los últimos tres (3) años, lo cual pone en riesgo la continuidad del servicio y, por consiguiente, la vida de los pacientes en tratamiento de hemodiálisis.

Sin embargo, a la fecha, no hemos tenido ninguna respuesta de vuestra Entidad, así como tampoco nos han recibido de manera personal para tratar sobre este asunto, motivo por el cual, y como consecuencia de la falta de pago por los servicios prestados en los meses de mayo, junio y probablemente julio, lo cual no nos permite seguir prestando el servicio de hemodiálisis por falta de insumos, les informamos que nos ratificamos en suspender nuestros servicios el 16 de julio de 2012, hasta que SE CUMPLA CON EL PAGO TOTAL DE LO ADEUDADO y se realice la contratación de tales servicios, de acuerdo a las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Además, es pertinente indicar que mediante la Carta N° 6356-GAP-GCGP-OGA-ESSALUD-2011 de fecha 19 de diciembre de 2011 (la cual anexamos a la presente), se sancionó al Dr. Jaime Ricardo Wong Sing, en su calidad de Jefe de Oficina de Servicios Contratados del Centro Nacional de Salud Renal, por haber vulnerado los principios de moralidad, imparcialidad y equidad que inspiran los preceptos del derecho de contrataciones del Estado, lo cual incide en el hecho que existen irregularidades en Centro Nacional de Salud Renal, debido al incumplimiento de las normas de Contrataciones del Estado.

Finalmente, les comunicamos que mandamos la presente carta con copia a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría General de la República, a fin de que tomen cartas en el asunto.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

ASOCIACION DE CENTROS PRIVADOS
DE HEMODIALISIS - ADECEPRIH

MIGUEL A. DE LA MATA FERNÁNDEZ
D.N.I. N° 07956992

RAUL BARRIOS FERNANDEZ-CONCHA
ABOGADO
C.A.L. N° 24868

CC.: (1) Defensoría del Pueblo
Jirón Ucayali N° 394 -398, Lima

* (2) Contraloría General de la República
Jirón Camilo Carillo N° 114, Jesús María

(3) Dr. Luis Flores Esteves - Gerente del Centro Nacional de Salud Renal- ESSALUD
Calle Coronel Zegarra N° 223, Jesús María

PD. DIRECCION : JOSE LIZIER Nro. 152 URB. UNAP PUEBLO LIBRE

TELEF. 461-6643 99818-0786

CORREO adeceprih@yahoo.es

Lima, 14 de junio de 2012



Señores

CENTRO NACIONAL DE SALUD RENAL - ESSALUD

Calle Coronel Zegarra N° 223

Jesús María.-

Att.: Sr. Luis Flores Esteves
Gerente del Centro Nacional de Salud Renal - ESSALUD

Ref.: Regularización de la contratación del servicio tercerizado
de hemodiálisis

De nuestra consideración.

Me dirijo a ustedes con la finalidad de denunciar irregularidades en la contratación de los servicios tercerizados de hemodiálisis.

Desde el 1 de abril de 2012, se ha procedido mediante contratación directa por un monto menor a 3 UIT, pero sin que se emitan órdenes de servicio, de manera que se trabaja con cargo a que al finalizar el mes, recién se haga un conteo de todos los servicios tercerizados esta situación se ha repetido en mayo y se viene repitiendo en junio. Con estas irregularidades de los funcionarios de ESSALUD, se está incumpliendo manifiestamente lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

El numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que las normas de contrataciones se deben aplicar a las contrataciones

15

realizadas por la Entidades (como es el caso de ESSALUD) para proveerse de servicios

En ese sentido, de acuerdo a las normas de Contrataciones del Estado, lo que se debe hacer es un Concurso Público para que se atienda de manera adecuada y conforme a derecho la necesidad del servicio de hemodiálisis. Sin embargo, mientras se lleve a cabo el referido proceso de selección, con la finalidad de proseguir con la continuidad del servicio, se deben realizar exoneraciones (por menor cuantía), debiéndose sacar ordenes de servicio menores a 3 UIT previamente que se preste el servicio en cuestión, pero esta situación deberá ser temporal y excepcional debiéndose dar una orden diaria previa de acuerdo a los servicios que se van a requerir en el día en cuestión.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que hace mas de 60 días nos reunimos con los funcionarios de ESSALUD y se sustentó detalladamente la estructura real de costos; sin embargo, a la fecha no tenemos una respuesta formal sobre dicha estructura de costos que hemos sustentado y que es la que se deberá tener en cuenta en el Concurso Público y en las exoneraciones que se deben realizar.

Sobre el particular, el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado es muy claro al señalar que si alguna Entidad contratase bienes, servicios o obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y los contratistas deberán asumir las responsabilidades por tales actos; sin perjuicio de las nulidades correspondientes.

Por estas razones, no deberíamos seguir prestando los servicios de hemodiálisis en estas condiciones, pero para no perjudicar a los usuarios

finales, sólo lo haremos hasta el lunes 16 de julio de 2012; por lo que, si no se toman cartas en el asunto y se adecua el servicio que venimos prestando de acuerdo a Ley, suspenderemos los mismos, bajo responsabilidad de los funcionarios y servidores encargados.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,


ADEGEPRIH
MIGUEL A. DE LA MATA FERNANDEZ
MIGUEL A. DE LA MATA FERNANDEZ
D.N.I. N° 07956992

RAUL BARRIOS FERNANDEZ CONCHA

ABOGADO
C.A.L. N° 24868

Anexo 10

Correos electrónicos relacionados a la presentación de denuncias por parte de algunos Centros investigados

- **Correo 33 – Jueves 24 de febrero de 2011**

«Asunto: DENUNCIA ANTE LA OSCE

Señores:
Centros de Diálisis
Presente.-

Cumplo con enviarles la denuncia que se ha presentado ante la OSCE respecto al CONCURSO PUBLICO No. 1095P00011.

ATTE.
ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

- **Correo 34 – Viernes 19 de agosto de 2011**

«Asunto: COMUNICADO URGENTE

SEÑORES CENTROS DE DIALISIS:
Cumplimos con enviarle la Denuncia que se le ha formulado por intermedio del Estudio de Abogados, demostrando las irregularidades que presenta este concurso.

Estamos seguros que se hará justicia, corrigiendo la forma de la Convocatoria mediante fraccionamientos y el número de sesiones, aproximadamente 100 000, menos de lo que actualmente se viene brindando el servicio y especialmente corrigiendo la tarifa preferencial.

SOLOS NADA SOMOS
UNIDOS TODO LO PODEMOS

ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

- **Correo 35 – Sábado 11 de agosto de 2012**

«Asunto: DENUNCIA AL OSCE

SEÑORES:
CENTROS DE DIALISIS

CUMPLIMOS CON ENVIARLES EL DOCUMENTO QUE HICIERA EL ESTUDIO DE ABOGADOS BAFUR ANTE LA OSCE DENUNCIANDO LA IRREGULAR MENOR CUANTIA CONVOCADA POR EL CNSR.

ATTE.
ADECEPRIH»
[Énfasis agregado]

Anexo 11

Evaluación de cotizaciones, costos y cálculo de multa aplicable

Conforme a lo señalado en la Resolución, para el cálculo de la multa aplicable a las empresas investigadas se ha considerado (i) el precio concertado, (ii) los valores referenciales de cada procesos de selección y (ii) el número de prestaciones de hemodiálisis de las empresas investigadas.

El precio concertado se obtiene del cálculo del promedio simple entre el precio histórico y el promedio de cotizaciones. Para ello se utilizó la información de las cotizaciones remitidas por las empresas investigadas a EsSalud para cada uno de los procesos de selección de gran envergadura convocados durante el período investigado.

En el Tabla 20 se muestra la información proporcionada por EsSalud referente a los valores de las cotizaciones de las empresas investigadas ordenados según las solicitudes de cotizaciones que realizó EsSalud para los procesos de selección de gran envergadura.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 20
Cotizaciones de las empresas*

Empresas	CP_1		CP_2	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
	Ago-10	Oct-10	Ago-oct 10**	Jun-11	Nov-11	Jul-12	Oct-12
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	270	270	270	245	245	245	246
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.				250	248	259	259
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	271		271	246	248	253	253
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARIA S.A.C.					240		245
CENTRO DE DIALISIS SAN FERNANDO S.A.C.	275		275	245	245	245	245
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	277		277				
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	278		278	249	254	260	260
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	270		270	247	247		257
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	272	272	272	260			
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	277		277		247	247	247
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	275		275	250	250	261	261
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	270		270	248	248	248	248
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	274		274	248	249	249	249
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	270	270	270		249	251	251
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	273		273	247	247	247	247
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)				247	247	255	255
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.		269	269	247	247		250
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	270		270	245	250	252	252
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	272	272	272	241	243	251	251
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	274		274	245		255	
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	270		270	245	250	252	252
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	271		271	250			
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	271	271	271	245	245	250	
INTERDIAL NORTE SAC	272		272	245	247	254	
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.		275	275		246	246	
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	268		268			248	248
NEPHRO CARE S.A.C.	275		275	248	250	257	
OM DIAL SAC	265	265	265	248	248		
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	269		269	241	246	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	270		270	245	247	251	251
PRONEFROS S.A.C.	274	274	274	248	249	249	249
RENAL CARE S.A.C.	276		276	247	246	256	257
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	274		274	250	250	257	
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	280		280	248	248	285	

* CP_1 = Cotizaciones del mes de marzo 2010 para el Concurso Público, CP_2= Cotizaciones del mes agosto actualizada a octubre 2010 para el Concurso Público, 1-AMC = primera convocatoria derivada, 2-AMC = segunda convocatoria derivada, 3-AMC = tercera convocatoria derivada, 4-AMC = cuarta convocatoria derivada.

**Los valores de agosto-octubre 2010 corresponden a la cotización más actualizada para el Concurso Público. De esta forma, si la empresa cotizó en octubre y agosto del 2010, se tomará el valor de la cotización del mes de octubre del 2010 por ser la cotización más actualizada; caso contrario, se considerará la cotización hecha en agosto 2010.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Se debe mencionar que, para el cálculo del promedio de las cotizaciones, se utilizó el valor más actualizado de las cotizaciones en cada proceso de selección. En el caso del Concurso Público hubo 2 momentos en las que las empresas presentaron sus cotizaciones, en agosto y octubre del 2010. Es de esperar que los Centros de

hemodiálisis consideren que EsSalud utilizará la cotización más cercana a la fecha del Concurso Público. De esta forma, si la empresa cotizó en octubre y agosto del 2010, se toma el valor de la cotización del mes de octubre por ser la cotización más actualizada; caso contrario, se considerará la cotización hecha en agosto del 2010.

En la Tabla 21 se muestra las cotizaciones por empresa utilizados para calcular el promedio de cotizaciones en cada proceso de selección convocado, tomando en consideración las cotizaciones más actualizadas para cada proceso de selección de gran envergadura conforme al punto anterior.

Tabla 21
Cotizaciones utilizadas para el cálculo promedio por proceso de selección

Empresas	CP	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	270	245	245	245	246
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.		250	248	259	259
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	271	246	248	253	253
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.			240		245
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	275	245	245	245	245
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	277				
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	278	249	254	260	260
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	270	247	247		257
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	272	260			
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	277		247	247	247
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	275	250	250	261	261
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	270	248	248	248	248
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	274	248	249	249	249
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	270		249	251	251
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	273	247	247	247	247
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)		247	247	255	255
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	269	247	247		250
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	270	245	250	252	252
CLINICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	272	241	243	251	251
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	274	245		255	
CLINICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	270	245	250	252	252
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	271	250			
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	271	245	245	250	
INTERDIAL NORTE SAC	272	245	247	254	
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	275		246	246	
INVERSIONES, DESARROLLOS Y NEGOCIOS TRUJILLO S.A.C.	268			248	248
NEPHRO CARE S.A.C.	275	248	250	257	
OM DIAL SAC	265	248	248		
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	269	241	246	252	252
ORGANIZACION MEDICA Y SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	270	245	247	251	251
PRONEFROS S.A.C.	274	248	249	249	249
RENAL CARE S.A.C.	276	247	246	256	257
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	274	250	250	257	
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	280	248	248	285	
Promedio de cotizaciones	272	247	247	253	251

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Una vez calculado el promedio de cotizaciones, queda calcular el precio concertado que resulta del promedio simple entre el precio histórico y el promedio de cotizaciones. Dicho cálculo se puede observar en la Tabla 22:

Tabla 22
Cálculo del Precio Concertado

Indicador	CP	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Promedio de cotizaciones	272	247	247	253	251
Precio histórico	172.89	171.44	171.44	171.44	171.44
Precio Concertado	222.45	209.22	209.22	212.22	211.22

Fuente: EsSalud

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

*Precio concertado = (promedio de cotizaciones + Precio histórico)/2

Luego, para poder calcular el beneficio ilícito por cada prestación se calcula la diferencia entre el precio concertado y el precio referencial de cada una de los procesos de selección. De esta forma se obtiene la Tabla 23.

Tabla 23
Beneficio ilícito por sesión

Cálculos*	CP	1-AMC	2-AMC	3-AMC	4-AMC
Precio concertado	222.45	209.22	209.22	212.22	211.22
Precio Referencial	172.89	171.44	171.44	175.04	175.04
Beneficio ilícito por sesión	49.56	37.78	37.78	37.18	36.18

* Precio concertado = (Promedio de Cotizaciones + Precio histórico)/2

Beneficio ilícito por sesión = Precio concertado - Precio referencial

Elaboración: Comisión de Defensa de la Libre Competencia

De la tabla anterior, la diferencia calculada corresponde al beneficio ilícito que hubiera ganado cada una de las empresas investigadas por cada una de las prestaciones de servicios que tendría que realizar. Seguidamente, en las Tablas 24, 25 y 26 se presenta el número de prestaciones de hemodiálisis efectivas que tuvo a cargo cada una de las empresas investigadas en los años 2011, 2012 y 2013 respectivamente y que fueron remitidas por EsSalud.

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 24
Número de prestaciones de servicio de Hemodiálisis 2011

Empresas*	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	1,513	1,409	1560	1508	1510	1460	1448	1513	1451	1450	1450	1344
CENTRO DE DIÁLISIS CALLAO S.A.C.	1,037	924	1126	1094	1095	1121	1100	1147	1079	1068	1096	1129
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	1,135	1,027	1178	1137	1141	1126	1128	1192	1155	1160	1141	1217
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARIA S.A.C.	702	678	751	726	716	731	723	743	711	730	722	743
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	1,027	958	1039	1035	1013	954	901	940	903	908	903	951
CENTRO DE DIÁLISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	985	909	1078	1033	997	511	0	0	0	0	0	0
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	1,296	1,199	1411	1381	1335	1328	1319	1316	1321	1311	1302	1171
CENTRO DE DIÁLISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	770	691	783	743	765	744	768	780	775	758	753	781
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	1,143	1,061	1208	1169	1159	1165	1157	1207	1171	1167	1168	1210
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	744	680	759	726	712	702	718	738	727	743	714	787
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	966	886	985	946	970	952	963	1011	976	978	955	993
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	1,434	1,381	1537	1493	1429	1341	1304	1353	1305	1300	1308	1187
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	711	638	734	702	697	684	710	732	713	708	709	746
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	985	928	1075	1056	1017	939	927	932	877	895	891	913
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	753	698	786	749	760	733	749	791	749	745	764	797
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	1,442	1,329	1497	1399	1442	1435	1405	1444	1391	1414	1423	1486
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	996	934	1023	991	973	972	974	1006	970	976	972	1026
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	1,135	1,044	1177	1136	1137	1150	1147	1189	1120	1137	1119	1170
CLINICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	1,150	1,059	1209	1167	1156	1163	1134	1180	1147	1108	1143	1177
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	861	762	884	878	857	758	698	731	720	708	697	704
CLINICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	1,508	1,405	1581	1523	1515	1477	1504	1578	1495	1456	1471	1500
INSTITUTO DE DIÁLISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	730	671	772	766	728	740	739	788	734	730	735	747
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	1,484	1,364	1555	1479	1348	1202	1093	1176	1123	1113	1114	1168
INTERDIAL NORTE SAC	782	726	805	768	764	733	740	796	762	768	770	780
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	755	671	735	753	746	725	706	713	700	674	665	714
NEPHRO CARE S.A.C.	746	693	764	749	717	727	741	755	742	753	757	755
OM DIAL SAC	835	767	898	847	867	855	825	808	786	795	772	749
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	730	678	733	715	726	749	716	741	715	741	743	781
ORGANIZACION MEDICA Y SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	768	696	771	745	741	757	760	795	756	772	752	803
PRONEFROS S.A.C.	983	917	1022	1002	929	885	861	892	885	1000	1003	889
RENAL CARE S.A.C.	751	715	786	754	773	778	769	786	764	756	770	783
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	1,146	1,119	1325	1236	1185	1146	1156	1163	1110	1117	1122	1170
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	759	681	755	745	751	731	720	767	748	760	746	764

* Conforme a lo indicado por EsSalud, entre el 2011 y 2013 la empresa Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola dejó de contratar con EsSalud desde Julio del 2011 hasta diciembre del 2013. Por tal razón, se le asigna el valor de cero (0) para ese periodo de tiempo.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 25
Número de prestaciones de servicio de Hemodiálisis 2012

Empresas*	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	1107	1088	1183	1078	1146	1139	1128	1137	1081	1152	1112	1172
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	1101	1036	1106	1011	1076	972	1001	1050	948	1023	1052	1051
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	1162	1162	1267	1173	1234	1159	2385	1141	1094	1159	1109	1153
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	729	683	729	702	700	678	1408	716	687	753	724	723
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	888	866	942	855	945	918	1882	919	861	905	911	928
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CENTRO DE DIALISIS SANTA ANA S.A.C.	1117	1067	1166	1097	1164	1118	2334	1166	1114	1167	1131	1173
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	711	674	747	704	788	745	1542	762	723	778	721	759
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	1170	1094	1193	1119	1215	1161	2398	1195	1094	1194	1158	1215
CENTRO DE PREVENCIÓN DE ENFERMEDAD RENAL S.A.C.	1014	1003	1019	999	1099	1008	1036	1046	983	1063	1046	1092
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	736	726	772	735	783	760	1580	767	723	785	762	792
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	1133	1084	1158	1066	1145	1116	2320	1167	1093	1158	1119	1159
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	707	711	732	650	687	664	1378	694	623	693	709	732
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	876	813	810	703	773	750	1566	786	733	790	740	780
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	733	712	731	687	774	753	1560	784	720	766	758	778
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (GENESA)	1449	1454	1525	1383	1463	1416	2947	1473	1366	1485	1458	1500
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	1015	952	1011	919	994	949	1997	987	961	1018	986	1000
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	1133	1104	1185	1090	1174	1145	1127	1173	1087	1172	1132	1186
CLINICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	1140	1086	1171	1097	1179	1115	1128	1155	1082	1170	1140	1169
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	708	694	738	691	753	769	719	694	627	675	624	695
CLINICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	1383	1269	1373	1273	1317	1310	2737	1387	1275	1377	1323	1363
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	684	726	795	754	772	733	1546	762	712	777	737	766
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	1113	1128	1341	1243	1328	1262	1292	1337	1262	1220	1092	1152
INTERDIAL NORTE SAC	729	652	743	698	761	721	673	699	696	789	756	790
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	658	780	850	753	806	737	732	786	727	795	722	741
NEPHRO CARE S.A.C.	736	680	698	608	653	635	654	696	641	729	717	732
OM DIAL SAC	732	721	772	702	770	732	720	742	690	736	724	762
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	750	718	728	669	735	705	1433	672	629	678	637	667
ORGANIZACION MEDICA Y SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	762	748	796	714	766	741	1522	753	719	768	721	773
PRONEFROS S.A.C.	882	853	866	844	875	868	851	872	809	899	873	897
RENAL CARE S.A.C.	758	715	742	688	765	700	1480	743	722	770	717	776
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	1085	1086	1157	1078	1142	1103	2305	1154	1071	1144	1115	1152
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	749	695	811	755	762	746	1564	754	697	760	740	769

* Conforme a lo indicado por EsSalud, entre el 2011 y 2013 la empresa Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola dejó de contratar con EsSalud desde julio del 2011 hasta diciembre del 2013. Por tal razón, se le asigna el valor de cero (0) para ese periodo de tiempo

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

[Continúa en la página siguiente]

Tabla 26
Número de prestaciones de servicio de Hemodiálisis 2013

Empresas*	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.	1118	1044	1130	1146	1175	1087	1158	1177	1089	1186	1131	1169
CENTRO DE DIALISIS CALLAO S.A.C.	1023	940	1017	1008	1090	1009	1100	1106	1036	1126	1047	1116
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.	1150	1052	1131	1127	1181	1088	1170	1149	1050		1116	1269
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.	673	638	727	719	763	698	728	777	721	780	749	781
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.	893	835	908	894	931	885	927	932	852	920	906	942
CENTRO DE DIALISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.	1110	1044	1175	1145	1173	1105	1186	1147	1076	1168	1139	1270
CENTRO DE DIALISIS SANTO TOMAS DE AQUINO S.A.C.	741	683	708	745	761	714	775	791	715	778	748	761
CENTRO DE DIÁLISIS VENTANILLA S.A.C.	1168	1063	1167	1156	1176	1106	1191	1196	1110	1205	1163	1200
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.	741	660	735	756	766	729	779	760	736	781	731	763
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.	947	886	962	971	1007	935	1015	1001	939	1030	989	1026
CENTRO MEDICO CAMINOS DEL INCA S.A.C.	1116	1023	1113	1120	1129	1075	1170	1174	1067	1165	1103	1146
CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.	726	653	711	710	717	649	714	746	710	767	740	750
CENTRO MEDICO JESUS MARIA S.A.C.	760	691	762	770	796	727	802	781	727	784	765	813
CENTRO MEDICO VILLA MARIA S.A.C.	746	676	730	713	766	707	775	782	708	757	737	760
CENTRO NEFROLOGICO S.A. (CENESA)	1452	1352	1511	1500	1527	1352	1444	1451	1347	1469	1400	1453
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.	948	854	894	886	906	834	908	911	849	951	940	964
CLINICA BENEDICTO XVI S.A.C.	1133	1060	1151	1155	1179	1084	1159	1174	1095	1202	1130	1155
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES GRAU S.A.C.	1095	1068	1229	1172	1191	1094	1178	1166	1131	1262	1200	1245
CLINICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.	699	634	689	660	917	994	1120	1107	1027	1079	1060	1056
CLÍNICA SAN JUAN MASIAS S.A.C.	1328	1214	1340	1356	1391	1286	1381	1400	1311	1381	1315	1396
INSTITUTO DE DIALISIS Y TRASPLANTE S.A.C.	721	670	711	688	705	663	742	744	686	728	725	742
INSTITUTO NEFROLOGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.	1129	1043	1176	1168	1190	1096	1160	1187	1270	1635	1562	1548
INTERDIAL NORTE SAC	741	675	732	717	737	695	782	773	711	780	731	779
INVERSIONES MEDICAS PERUANAS S.A.C.	723	716	813	779	803	726	767	773	704	749	732	715
NEPHRO CARE S.A.C.	696	635	680	724	777	712	774	763	722	645	744	795
OM DIAL SAC	713	627	712	742	762	691	764	764	706	766	743	763
ORGANIZACION MEDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.	647	637	735	733	734	695	753	749	685	685	759	840
ORGANIZACION MEDICA Y SERVICIOS SANTA ANITA S.A.C.	740	473	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
PRONEFROS S.A.C.	869	779	840	875	890	829	928	894	833	878	893	1018
RENAL CARE S.A.C.	747	701	768	748	777	714	788	761	717	758	710	742
SERVICIO DE APOYO DIAGNOSTICO Y TERAPEUTICO SAN MIGUEL S.A.C.	1122	1058	1119	1122	1145	1046	1148	1138	1049	1146	1081	1105
SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.	726	669	726	754	775	721	760	727	701	742	728	734

* Conforme a lo indicado por EsSalud, entre el 2011 y 2013 la empresa Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C. dejó de contratar con EsSalud desde julio del 2011 hasta diciembre del 2013; mientras que la empresa Organizaciones Médicas y Servicios Santa Anita S.A.C. dejó de hacerlo a partir de febrero del 2013 hasta diciembre del 2013. Por tal razón, se les asigna el valor de cero (0) para esos periodos de tiempo.

Fuente: EsSalud

Elaboración: Secretaría Técnica

Con respecto a las prestaciones de servicio de la empresa Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C., EsSalud remitió solo información de las compras directas realizadas en el año 2012 el cual fue de 6,994 prestaciones. Para aproximar a cuánto ascendió las prestaciones en el 2011 y en el 2013, se asumió que el número de prestaciones de la empresa varió en el mismo porcentaje que el número total de

prestaciones de las empresas investigadas. Al respecto, las prestaciones de hemodiálisis aumentaron en el 2012 en 0.25% y se redujeron en el 2013 en 5.37%. En ese sentido, las prestaciones para la empresa Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C fueron estimadas en 6,977 en el 2011 y 6,619 en el 2013.

De esta forma, el beneficio extraordinario se obtuvo de la multiplicación del número de prestaciones de cada empresa investigada y la diferencia entre el promedio de cotizaciones y los precios referenciales de cada proceso de selección de gran envergadura. Luego, como se mencionó en la Resolución, la multa quedará calculada como el beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección.

Seguidamente, para la actualización de la multa por inflación se utiliza el Índice de Precios al Consumidor de Cuidados y Conservación de Salud (IPC-Salud) que está disponible en la página web del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)¹⁵⁴. De esta forma la multa actualizada queda calculada de la siguiente manera¹⁵⁵:

$$Multa\ actualizada = \frac{(Multa) * (IPC_Salud_{Diciembre\ 2015})}{(IPC_Salud_{Noviembre\ 2013})}$$

Al respecto, el IPC-Salud de octubre 2015 fue de 119.85 y el de noviembre 2013 fue de 111.38. Cabe precisar que se utiliza el IPC-Salud del mes de diciembre 2015 por ser el más actualizado a la fecha de la emisión de la presente Resolución y el IPC-Salud de noviembre 2013 por ser el que corresponde al final del periodo del beneficio ilícito.

¹⁵⁴ Disponible en: <http://inei.inei.gob.pe/inei/siemweb/publico/>

¹⁵⁵ Para actualizar “hacia adelante” un determinado valor hay que multiplicar el monto que se quiere actualizar por el número índice del mes (o período) al que se quiere llevar ese monto. El producto se divide por el número índice del mes (o período) en el que se encuentra expresado originalmente el monto. Instituto Nacional de Estadística y Censos. “Como usar los Índice de Precios”. (2002), Publicaciones INDEC, Buenos Aires. (p 6). Disponible en: http://www.indec.gov.ar/nuevaweb/cuadros/1/como_actualizo.pdf