

Expediente Preliminar 015-2008/CLC

004-2009/ST-CLC-INDECOPI

14 de abril de 2009

VISTOS:

La investigación preliminar realizada por la Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) sobre presuntas prácticas anticompetitivas en que habría incurrido la empresa Insumos Mantaro S.R.L. (en adelante, Insumos Mantaro), al interior del Proceso de Licitación Pública 0001-2007-CE-MDP (en adelante, la Licitación Pública), y el Expediente 843-2008-TC; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución de Alcaldía 075-2007-MDP/A del 22 de febrero de 2007, se nombró al Comité Especial (en adelante, el Comité) encargado de llevar adelante la Licitación Pública para la adquisición de leche evaporada entera y quinua perlada entera para el programa distrital del vaso de leche por parte de la Municipalidad Distrital de Perené (en adelante, la Entidad). Así, el 7 de marzo de 2007, la Entidad realizó la convocatoria para la Licitación Pública.
2. El 4 de abril de 2007, Insumos Mantaro solicitó a la Entidad que eleve las Bases Administrativas de la Licitación Pública al CONSUCODE, toda vez que no se encontraba de acuerdo con el pliego de absolución de observaciones.
3. Mediante Acta de Sesión del 10 de abril de 2007, los miembros del Comité dejaron constancia de que el gerente de Insumos Mantaro propuso al presidente del Comité participar en “prácticas restrictivas de la competencia”, al ofrecerle “el 10% de cada factura cancelada por la entidad”. En atención a ello, el Comité acordó no elevar las Bases Administrativas al CONSUCODE y descalificar a Insumos Mantaro de la Licitación Pública.
4. El 25 de abril de 2007, el Presidente del Comité puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Tribunal del CONSUCODE) que Insumos Mantaro le había propuesto en reiteradas

oportunidades participar en “prácticas restrictivas de la competencia” al ofrecerle indebidamente sumas de dinero a cambio de obtener favores relacionados con la Licitación Pública.

5. Mediante Decreto del 27 de abril de 2007, el Tribunal del CONSUCODE requirió a la Entidad que remitiese el informe técnico legal correspondiente acerca de la supuesta responsabilidad de Insumos Mantaro en los hechos denunciados. Dicho requerimiento fue reiterado el 4 de junio de 2007.
6. El 5 de julio de 2007, la Entidad se apersonó al Tribunal del CONSUCODE y remitió el Informe 004-2007-CE-MDP, elaborado por el Presidente del Comité, en el que se reproducen los argumentos expuestos por el Comité en su escrito del 25 de abril de 2007.
7. Mediante Acuerdo 058/2008.TC-S3 del 15 de febrero de 2008, el Tribunal del CONSUCODE acordó suspender el procedimiento administrativo sancionador contra Insumos Mantaro hasta que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, emitiera un pronunciamiento acerca de la presunta comisión de prácticas anticompetitivas al interior de la Licitación Pública.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. La presente resolución tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas por parte de Insumos Mantaro al interior de la Licitación Pública y, en tal sentido, si corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra dicha empresa por infracción al Decreto Legislativo 701.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Competencia

9. En virtud de lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto Legislativo 1034¹ y el artículo 24 del Decreto Legislativo 1033, es función de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) garantizar la libre competencia en todos los sectores² logrando con ello efectos de bienestar para la población en general.
10. En ese sentido, esta Secretaría Técnica y la Comisión son los órganos competentes para conocer y sancionar el abuso de posición dominante y las prácticas colusorias horizontales o verticales, realizadas por cualquier persona natural o jurídica, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro,

¹ Cabe recordar que el Decreto Legislativo 701 fue derogado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

² Con excepción del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad³.

4.2 Prácticas Restrictivas de la Competencia o Prácticas Colusorias

11. Las prácticas restrictivas de la competencia consisten en acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos independientes, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
12. Dependiendo del nivel de la cadena productiva a la que pertenezcan estos agentes, se puede distinguir entre prácticas colusorias horizontales y prácticas colusorias verticales. Así, las primeras están referidas a aquellas conductas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, mientras que las segundas se refieren a las llevadas a cabo por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización. Algunas manifestaciones de estas conductas anticompetitivas son los acuerdos entre competidores para fijar precios de venta, el reparto concertado de la producción, la limitación concertada de la producción (colusiones horizontales), la celebración de contratos de exclusividad y la negativa de venta o compra (colusiones verticales).

³ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

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

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

(..)

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;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

(...)

13. Dentro de las prácticas colusorias horizontales se encuentran la concertación de ofertas, posturas o propuestas en el marco de un concurso para la contratación pública de bienes o servicios, supuesto conocido tradicionalmente como licitaciones colusorias o *bid rigging*. Esta modalidad se encontraba recogida en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701⁴ y, actualmente, se encuentra tipificada en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034⁵.
14. Una licitación colusoria supone que dos o más empresas que deberían competir por hacerse de la buena pro en un proceso de selección, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos estatales. En tal sentido, las empresas que participan en una licitación colusoria deben ser necesariamente competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses distintos, los mismos que se verán alineados circunstancialmente para restringir la competencia entre ellos.
15. En general, se considera que las licitaciones colusorias podrían tomar la forma de acuerdos entre dos o más postores referidos a i) la presentación de ofertas idénticas, ii) la designación de quién presentará la oferta más baja, iii) la presentación de ofertas ficticias (artificialmente infladas), iv) la eliminación de la puja competitiva, v) formas comunes para calcular precios o condiciones de oferta, vi) la eliminación de competidores independientes vii) programas para intercalar ganadores en sucesivos concursos y viii) programas para designar ganadores en función de áreas geográficas o grupos de clientes. En aquellos casos en los cuales el acuerdo implica que una o más de las empresas coludidas no sea(n) la(s) ganadora(s) del concurso, los beneficios extraordinarios obtenidos por aquella empresa concertadora que resultó ganadora (a pesar, por ejemplo, de su precio artificialmente alto) podrían ser posteriormente distribuidos entre todos los participantes del acuerdo⁶.
16. Considerando las posibles conductas anticompetitivas que pueden producirse al interior de un proceso de selección, el artículo 11 del Decreto Legislativo 1017⁷,

⁴ **Decreto Legislativo 701.**

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

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

⁵ **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

(...)

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

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.

⁶ Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con El Derecho y la Política de la Competencia. Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo. TD/RBP/CONF.5/7. Naciones Unidas. Ginebra, 2000, p. 28.

⁷ **Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.**

Artículo 11.- Prohibición de prácticas restrictivas

Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 237 de su Reglamento⁸. establecen que los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

4.3 Análisis del caso concreto

17. En el marco de la Licitación Pública, el Comité levantó un acta el 10 de abril de 2007, en la cual sus miembros dejaron constancia de que el Gerente General de Insumos Mantaro, el señor Augusto Cruzat Añaños, habría propuesto al presidente del referido Comité “participar en prácticas restrictivas a la libre competencia”, al ofrecerle “el 10% de cada factura cancelada por la entidad”.
18. Asimismo, en el escrito del 25 de abril de 2007 e Informe 004-2007-CE-MDP del 5 de julio de 2007 remitido por el Presidente del Comité y por la Entidad,

Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

⁸ **Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 237.- Infracciones administrativas**

1. Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:
(...)

h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.

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;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

(...)

respectivamente, se puso en conocimiento del Tribunal del CONSUCODE que Insumos Mantaro había propuesto en reiteradas oportunidades “participar en prácticas restrictivas a la libre competencia, al ofrecerle indebidamente sumas de dinero a cambio de obtener favores relacionados con la Licitación Pública 0001-2007-CE-MDP”.

19. Sin perjuicio del carácter ilícito y las eventuales consecuencias penales que podría tener la conducta imputada al representante de Insumos Mantaro, en el presente caso, el término de “prácticas restrictivas” es utilizado en un sentido distinto al que tiene en materia de libre competencia.
20. Como se ha señalado, las prácticas restrictivas o prácticas colusorias en materia de libre competencia consisten en acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos, con el objetivo de restringir la competencia. Sin embargo, la conducta imputada a Insumos Mantaro no involucra un acuerdo o concierto de voluntades con otros agentes económicos sino un aparente intento de interferir indebidamente en la labor del Comité, con la finalidad de verse beneficiada en la Licitación Pública.
21. En tal sentido, a partir de los documentos remitidos por el Tribunal del CONSUCODE, aun cuando se hace referencia al término “práctica restrictiva de la competencia”, se puede apreciar que los hechos denunciados no constituyen conductas anticompetitivas en los términos del derogado Decreto Legislativo 701 o del vigente Decreto Legislativo 1034. Sin perjuicio de ello, no se ha verificado la existencia de indicios de conductas anticompetitivas respecto de los cuales esta Secretaría Técnica o la Comisión puedan pronunciarse.
22. En conclusión, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior de la Licitación Pública por parte de Insumos Mantaro, por lo que no corresponde el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
23. Finalmente, considerando que la conducta señalada como “práctica restrictiva de la competencia” podría constituir un delito penal, corresponde remitir copia certificada del Expediente Preliminar 015-2008/CLC al Ministerio Público para que proceda con las acciones legales pertinentes.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701 y en el Decreto Legislativo 1034, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERA: No iniciar procedimiento administrativo sancionador contra Insumos Mantaro S.R.L. al no existir indicios razonables de una conducta anticompetitiva al interior de la Licitación Pública 0001-2007-CE-MDP.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, a la Municipalidad Distrital de Perené y a Insumos Mantaro S.R.L.

TERCERO: Remitir copia certificada del Expediente Preliminar 015-2008/CLC al Ministerio Público, para que proceda con las acciones legales pertinentes.

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