



Expediente 001-2018/CLC

Resolución 043-2018/ST-CLC-INDECOPI

5 de octubre de 2018

VISTA:

La denuncia interpuesta por Sinapsis Trading Perú S.A.C (en adelante, Sinapsis) contra Lima Airport Partners S.R.L. (en adelante, LAP) el 26 de marzo de 2018, por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar, en el marco del “Concurso Privado por Invitación Directa para el Arrendamiento de cuatro (4) espacios destinados a ofrecer el Servicio de Embalaje de Equipajes en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”, (en adelante, el Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Sinapsis es una empresa dedicada a la fabricación, producción, venta y prestación de servicios inherentes a la protección de equipajes, bultos y cualquier otro tipo de objeto que sea susceptible de ser transportado en aeropuertos, estaciones de buses, estaciones de trenes y terminales portuarias¹.
2. LAP es el concesionario del Aeropuerto Jorge Chávez en virtud del Contrato de Concesión para la Construcción, Mejora, Conservación y Explotación del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, suscrito con el Estado Peruano el 14 de febrero de 2001.
3. En su calidad de empresa concesionaria, LAP tiene la posesión, uso y disfrute de los Bienes de la concesión, la administración, operación y explotación del Aeropuerto, la prestación de los Servicios Aeroportuarios, Servicios No Aeroportuarios y Servicios Comerciales.
4. El 26 de marzo de 2018, Sinapsis interpuso una denuncia contra LAP por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar en el marco del Concurso Privado para el servicio de embalaje de equipajes en

¹ Según el Asiento A00001 de la Partida Registral N° 11827461 de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, a fojas 41 del expediente.

Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. De acuerdo con la denuncia, LAP se habría negado injustificadamente a contratar con Sinapsis y otorgarle la Buena Pro del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, pues habría incumplido con diversos requisitos de las Bases de dicho concurso con la presunta finalidad de beneficiar a una empresa competidora de Sinapsis: Safe Bag S.p.A. (en adelante, Safe Bag).

5. Mediante Cartas 644 y 645-2018/ST-CLC-INDECOPI, notificadas el 11 de abril de 2018, esta Secretaría Técnica citó a Sinapsis y a LAP a entrevistas el 16 y 19 de abril de 2018, respectivamente, con el fin de recabar mayores elementos sobre la denuncia presentada el 26 de marzo de 2018 contra LAP. Mientras que la entrevista con Sinapsis se realizó en la fecha indicada, la entrevista con LAP se realizó el 2 de mayo de 2018, debido a una reprogramación solicitada por la empresa mediante escrito del 17 de abril de 2018.
6. Durante el desarrollo de las entrevistas, esta Secretaría Técnica requirió a Sinapsis y a LAP la presentación de determinada información relacionada con el mercado investigado y con el Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Esta información fue remitida por ambas empresas mediante sendos escritos del 15 de mayo de 2018.
7. Mediante escrito del 5 de junio de 2018, LAP entregó una copia completa del Contrato N° 40000612, Contrato de Operación en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez suscrito con Sinapsis², en respuesta al requerimiento de información formulado mediante Carta 790-2018/ST-CLC-INDECOPI del 25 de mayo de 2018.
8. Mediante Carta 911-2018/ST-CLC-INDECOPI, notificada el 6 de junio de 2018, esta Secretaría Técnica requirió a LAP la presentación de su Libro de Matricula de Acciones, así como también información sobre los accionistas de la empresa que estuviera contenida en la(s) partida(s) registral(es) correspondiente(s). Este requerimiento fue cumplido por LAP mediante escrito del 13 de junio de 2018.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

9. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de la comisión de un abuso de posición de dominio por parte de LAP, en la modalidad de negativa injustificada de contratar, en el marco del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y si, en consecuencia, corresponde iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra dicha empresa.

² Cabe indicar que dicho contrato había sido entregado de manera parcial por LAP en su escrito del 15 de mayo de 2018.

III. ANALISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

10. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
11. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad solo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que puedan notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar⁴.
12. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado.⁵
13. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que indicó lo siguiente:

“[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio

³ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decretos Legislativos 1205 y 1396.

⁴ **Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 006-2017-JUS**

Artículo 253.- Procedimiento Sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

⁵ **Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 006-2017-JUS**

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.”⁶

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

3.2. La libertad de contratación

15. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁷. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante, y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.⁸
16. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución⁹. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En ese sentido, la libertad de contratación no es irrestricta, sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
17. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación. Sin embargo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.

⁶ Ver fundamento jurídico 16 de la Sentencia.

⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

⁹ **Constitución Política del Perú**

Artículo 61.- Libre competencia

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

3.3. Abuso de posición de dominio

18. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que ostenta posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto real o potencialmente exclusorio en el mercado supuestamente afectado.
19. Así, de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio:
 - i. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio,
 - ii. Que haya realizado la conducta denunciada, y
 - iii. Que haya obtenido beneficios y haya causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).
20. Cabe resaltar que estos requisitos son concurrentes. En tal sentido, para que una conducta sea calificada como abuso de posición de dominio, es necesario que se verifique el cumplimiento de todos y cada uno de ellos.
21. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como su cuota de participación, el nivel de concentración, la presencia de barreras de entrada y la inexistencia de competencia potencial, entre otros.
22. El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría esta posición.
23. En lo que se refiere al segundo requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, se debe verificar que el supuesto infractor realizó la conducta que se le atribuye como abuso de posición de dominio. Así, por ejemplo, la modalidad de negativa injustificada puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa) o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta).
24. Con relación al tercer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada afectó la

competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, y, por ende, del bienestar de los consumidores.

25. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la conducta denunciada produce o puede producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
26. Cabe precisar que la conducta investigada no constituirá un abuso de posición de dominio si el presunto infractor demuestra que los efectos de exclusión se producen debido a una justificación comercial válida que está relacionada con una mayor eficiencia económica. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones la prevención del *free riding*, la reducción de costos, la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores, etc.¹⁰

3.4. Descripción del mercado

27. El mercado materia de la denuncia presentada por Sinapsis corresponde al alquiler o arriendo de cuatro espacios en el área de *check in* del Terminal de Pasajeros del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para el desarrollo de actividades de embalaje de equipaje.
28. La prestación del servicio de embalaje es ofrecida dentro del Terminal de Pasajeros del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, ya que los pasajeros solamente pueden hacer uso de dicho servicio de manera previa al proceso de embarque de su vuelo a tomar, luego del cual sus maletas quedan en custodia de las aerolíneas para ser depositadas en las bodegas de los aviones que los trasladarán a sus destinos finales. De esta manera, la demanda por el servicio de alquiler de espacios dentro del Terminal de Pasajeros de dicho aeropuerto es una demanda derivada del servicio de embalaje.
29. En virtud de su calidad de empresa concesionaria del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y de lo establecido en el Contrato de Concesión suscrito con el Estado

¹⁰ De acuerdo con la American Bar Association (ABA): *Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, "una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor". Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores.* Traducción libre del siguiente texto: *A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, "a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare". Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers.* American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust law development, 6th ed. 2007, Volumen 1. Chicago, USA. pág. 301.

Peruano el 14 de febrero de 2001, LAP es el único operador que puede brindar el servicio de alquiler de espacios en dicho aeropuerto. No es posible encontrar sustitutos de esta oferta, pues en aplicación de la cláusula 2.5 del Contrato de Concesión, no puede existir ningún otro aeropuerto nacional e internacional de uso público que brinde servicios a líneas aéreas comerciales, destinado en forma habitual a la llegada, salida y movimiento de aeronaves, pasajeros y carga en un radio de 150 km. de la ubicación del Aeropuerto Jorge Chávez hasta los 7 años posteriores al inicio de la puesta en operación de las mejoras obligatorias contempladas en la Cláusula 5.6.2.1¹¹.

30. Asimismo, según el Contrato de Concesión antes mencionado, ningún arrendatario puede subarrendar los espacios que haya recibido como parte de un arrendamiento suscrito con LAP. En consecuencia, ningún agente económico podría subarrendar un espacio dentro del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para brindar, en este caso, el servicio de embalaje.

3.5. Cronología de los hechos materia de análisis

31. El 31 de mayo de 2013, Sinapsis y LAP celebraron el Contrato N° 40000612 – Contrato de Operación en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, por el cual LAP otorgó en arrendamiento cuatro espacios en favor de Sinapsis, con la finalidad de que esta empresa pueda ofrecer el servicio de embalaje de equipajes. Según el Anexo 2 de dicho contrato, este tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017.
32. De acuerdo con lo relatado por LAP en su escrito del 15 de mayo de 2018, durante la vigencia del contrato se suscitaron determinados hechos que hicieron considerar a dicha empresa que el servicio brindado por Sinapsis tenía algunas deficiencias. Por este motivo, LAP decidió llevar a cabo un Concurso Privado a fin de seleccionar un nuevo operador que brinde el servicio de embalaje de equipajes.
33. De esta forma, en mayo de 2017 LAP realizó un *Request for Qualification* (RFQ) dirigido a tres operadores de embalaje: Sinapsis, Secure Wrap y Safe Bag. De estas empresas, solo Sinapsis y Safe Bag cumplieron con remitir toda la información que les fue solicitada. En consecuencia, en agosto de 2017 ambas empresas fueron invitadas a participar en el Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cuyas Bases fueron comunicadas el 15 de setiembre de 2017.
34. El 10 de octubre de 2017, Sinapsis y Safe Bag entregaron sus Propuestas Técnicas y Económicas ante Notario Público. Durante este acto, el Notario Público dejó constancia de que Sinapsis había presentado una Garantía de Seriedad de la Propuesta por un importe menor al requerido por las Bases del Concurso. Sin perjuicio de ello, se le permitió a la empresa subsanar este error hasta el día siguiente (11 de octubre de 2017), lo cual fue cumplido por Sinapsis.

¹¹ Estas mejoras, referidas a la construcción de una segunda pista de aterrizaje, aún no han sido implementadas.

35. El 24 de octubre de 2017, LAP efectuó el análisis de las Propuestas Técnicas y Económicas presentadas por Sinapsis y Safe Bag, determinando otorgar a esta última empresa un puntaje de 92.7%; en contraposición, se le otorgó a Sinapsis un puntaje de 81.7%, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

Propuesta	Puntaje Sinapsis	Puntaje Safe Bag
Propuesta Técnica	31.7	47.8
Propuesta Económica	50	44.9
TOTAL	81.7	92.7

36. En atención a los puntajes obtenidos, LAP convocó a los representantes de Safe Bag para consultarles, en aplicación de lo indicado en las Bases del concurso, si era posible que mejoraran su Propuesta Económica. Esta propuesta mejorada fue presentada por la empresa el 21 de noviembre de 2017. Por otro lado, el 29 de noviembre de 2017 LAP y Sinapsis sostuvieron una reunión en la que se le informó a la empresa la no obtención de la Buena Pro y se le invitó a extender el plazo del Contrato N° 40000612 hasta febrero de 2018.
37. Luego de que LAP revisara la nueva Propuesta Económica remitida por Safe Bag, su puntaje final se incrementó a 93.1%, mientras que el de Sinapsis permaneció en 81.7%:

Propuesta	Puntaje Sinapsis	Puntaje Safe Bag
Propuesta Técnica	31.7	47.8
Propuesta Económica	50	45.3
TOTAL	81.7	93.1

Como consecuencia, LAP decidió adjudicar la Buena Pro del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez a Safe Bag. Esta decisión fue notificada electrónicamente a Sinapsis mediante Carta C-LAP-GCC-2017-0989 del 1 de diciembre de 2017.

38. Como respuesta a esta notificación, el 4 de diciembre de 2017 Sinapsis envió una Carta Notarial a LAP en la que le exigía que, en el plazo de tres días, le remitiera la documentación completa vinculada al Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Esta solicitud fue respondida por LAP mediante Carta Notarial del 11 de diciembre de 2017, en la que, entre otras cosas, se informó a Sinapsis que, con excepción de la información entregada por ellos durante el desarrollo del Concurso, la documentación suministrada tenía carácter privado y estaba protegida por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, se indicó a Sinapsis que las decisiones

adoptadas por LAP no eran impugnables, apelables ni cuestionables bajo ninguna forma, según lo establecido en las Bases del Concurso.

39. Ante el término de la vigencia del Contrato N° 40000612, mediante Carta C-LAP-GCC-2017-1011 del 18 de diciembre de 2017, LAP remitió a Sinapsis una propuesta de adenda a dicho contrato, por el cual se extendería su plazo de vigencia hasta el 28 de febrero de 2018. Esta propuesta fue abordada por LAP y Sinapsis en una reunión llevada a cabo el 27 de diciembre de 2017, en la cual el representante de Sinapsis solicitó que se extendiera la vigencia del contrato hasta julio de 2018, ante lo cual LAP se negó. No obstante, indicó a Sinapsis que podría extender el contrato hasta el 31 de marzo de 2018, como máximo.
40. Sin embargo, la adenda de extensión de la vigencia del contrato no fue firmada por las partes y, en cambio, Sinapsis interpuso el 26 de marzo de 2018 la denuncia materia de análisis en la presente Resolución.

3.6. Determinación de la existencia de indicios razonables acerca de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar

41. A partir de los hechos denunciados, se deberá determinar si LAP se habría negado injustificadamente a contratar con Sinapsis para el arriendo de espacios destinados al servicio de embalaje de equipajes en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Para ello, deberá verificarse si concurren los requisitos señalados en el marco teórico descrito en la sección 3.3 de la presente Resolución y determinar (i) si LAP ostenta posición de dominio, (ii) si realizó la conducta denunciada y (iii) si su conducta tuvo un efecto exclusorio al obtener beneficios y causar perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

42. Respecto al primer requisito, esta Secretaría Técnica considera que la posición de dominio de LAP en el mercado de arriendo de espacios dentro del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para la prestación del servicio de embalaje es una consecuencia natural de su condición de empresa concesionaria del aeropuerto, lo cual le permite administrar dichos espacios de manera autónoma, pero a la vez de manera eficiente y racional, dentro de los límites impuestos por su contrato de concesión. En ese sentido, en opinión de esta Secretaría Técnica, se habría cumplido con el primer requisito.
43. Respecto al segundo requisito, considerando que la conducta denunciada es un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar, deberá entonces verificarse que efectivamente existió una negativa de LAP

a contratar con Sinapsis y que dicha negativa fue injustificada, es decir, que no se encontraba fundamentada en razones comerciales válidas¹².

44. Sobre el particular, cabe señalar que LAP no ha controvertido que se negó a contratar con Sinapsis luego de otorgar a Safe Bag la Buena Pro del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. No obstante, ha alegado que lo hizo por motivos justificados, luego de la revisión de las Propuestas Técnicas y Económicas remitidas por ambos postores. Por ello, al quedar acreditado que LAP se negó a contratar con Sinapsis, se procederá a evaluar si los motivos alegados por la empresa justifican su negativa.
45. Según la denuncia de Sinapsis, el motivo principal por el que LAP habría incurrido en una negativa injustificada a contratar es que esta empresa no aplicó adecuadamente las reglas establecidas en la Bases del Concurso Privado.
46. Así, por ejemplo, de acuerdo con el numeral 10 de las Bases¹³, LAP requería que los postores presentaran algunos documentos adicionales a sus propuestas, entre ellos, una Garantía de Seriedad de la Propuesta mediante la entrega de una carta fianza por la suma de US\$ 236,000.00 (doscientos treinta y seis mil y 00/100 dólares americanos) y emitida por entidades bancarias calificadas como de primer nivel.

Sinapsis alegó que LAP permitió que la carta fianza presentada por Safe Bag fuera otorgada por una entidad financiera distinta a la permitida en las Bases. Al respecto, de los medios de prueba contenidos en el Expediente no puede conocerse con certeza qué tipo de carta fianza presentó Safe Bag en el concurso. No obstante, aun cuando se lograra demostrar que LAP permitió que Safe Bag continuara en el concurso a pesar de no presentar el documento requerido según lo indicado en las Bases, Sinapsis no podría alegar un trato preferente en favor de dicha empresa pues dicho supuesto sí ocurrió en su caso.

Efectivamente, tal como ha sido indicado en el relato de los hechos materia de denuncia, se constató que la Garantía de Seriedad de la Propuesta presentada por Sinapsis, de US\$230,000.00 (doscientos treinta mil y 00/100 dólares americanos) era menor a lo requerido en las Bases. Entonces, aun cuando LAP podría haber tomado este hecho como una causal para descalificar a Sinapsis, decidió dar a la empresa la oportunidad de subsanar este error, tal como ha quedado acreditado con la cadena de correos de fecha 10 y 11 de octubre de 2017¹⁴.

¹² Ver, como referencia, la Resolución 009-2010/CLC-INDECOPI del 4 de febrero de 2010. Así también, ver numeral 38 de la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2015 y numerales 16 a 18 de la Resolución 032-2018/SDC-INDECOPI del 12 de febrero de 2018.

¹³ Ver fojas 237 y 237 reverso del expediente.

¹⁴ Ver Anexo 1-K del escrito de LAP del 15 de mayo de 2018, a fojas 279 a 284 del expediente.

47. Otro motivo alegado por Sinapsis que demostraría el incumplimiento de lo estipulado en las Bases por parte de LAP fue que esta empresa permitió la participación de Safe Bag a pesar de que los poderes de su representante legal no estaban inscritos en Registros Públicos de Lima y Callao, como había sido requerido en el numeral 8.1 de dichas Bases¹⁵. Para la denunciante, constituyó un hecho grave que tal omisión no haya sido señalada en el acta del 10 de octubre de 2017, mediante la cual se dejó constancia de la presentación y recepción de las Propuestas Técnica y Económica de los postores del Concurso Privado.
48. De acuerdo con lo informado por LAP, se decidió aceptar la participación de Safe Bag sin que se cumplieran las condiciones establecidas en las Bases sobre su representante legal ya que, al haber tomado contacto con dicha persona en una oportunidad anterior, la presentación de la copia de sus poderes era suficiente. Además, según lo señalado por LAP en su escrito del 15 de mayo de 2018:
- “(…) conforme a las Bases, la falta de registro del poder no justificaba la descalificación del Postor -como sí ocurría en el caso de la deficiencia en la garantía de seriedad de propuesta-, por lo que, con la finalidad de mantener la competencia, se tomó la decisión de continuar con el análisis de la Propuesta Técnica y Económica presentada por Safe Bag”¹⁶.*
49. En ese sentido, LAP consideró que, con el fin de mantener la competencia, debía continuarse con el análisis de las propuestas de ambos postores, a pesar de los inconvenientes antes indicados que hubo con aquellos. En opinión de esta Secretaría Técnica, estos hechos demuestran que LAP, en vez de aplicar de manera arbitraria las reglas contenidas en las Bases del Concurso Privado, las flexibilizó con la finalidad de asegurar que existiera competencia en dicho proceso de contratación y poder así obtener la mejor oferta posible por parte de los postores.
50. Otro motivo alegado por Sinapsis para sustentar que LAP habría incurrido en una negativa injustificada a contratar radica en el hecho de que LAP no les permitió mejorar su Propuesta Técnica, en la cual obtuvieron un mayor puntaje que Safe Bag, a pesar de que lo solicitaron y que en las Bases se contemplaba esa posibilidad.
51. De manera previa al inicio del Concurso Privado, LAP informó a los posibles postores que se seleccionaría al ganador mediante la evaluación de su Propuesta Económica y Propuesta Técnica, cada una de las cuales correspondía al 50% del puntaje total que cada postor podía obtener. De esta manera, el adjudicatario sería aquel con el puntaje total más alto, considerando la suma de esos dos componentes. Esto fue

¹⁵ Ver foja 233 reverso del expediente.

¹⁶ Ver foja 158 del expediente.

explicado no solo en los numerales 2.24, 2.25 y 2.26 y el Anexo E de las Bases¹⁷, sino también en la respuesta a la consulta número 20¹⁸.

Por otro lado, según el numeral 12 de las Bases del Concurso Privado, LAP tenía la posibilidad de realizar entrevistas individuales a alguno o a todos los postores con la finalidad de ajustar y/o adicionar aspectos de sus Propuestas Técnicas o Económicas¹⁹. Esta indicación fue objeto de una consulta por parte de Sinapsis²⁰ sobre cuáles serían los criterios que consideraría LAP para entrevistarse con alguno de los postores. Ante ello, LAP contestó que se convocaría a los postores con los mejores puntajes en la evaluación técnica y económica para negociar aspectos de sus propuestas²¹. Sin embargo, para esta Secretaría Técnica queda claro de la respuesta brindada por LAP que tal posibilidad constituía una prerrogativa de la empresa y no un derecho de los postores.

52. En atención a esta prerrogativa, LAP decidió reunirse con la empresa con el mejor puntaje total y la mejor Propuesta Técnica, es decir, Safe Bag, decisión que, a la luz de la dinámica de un proceso de contratación como el Concurso Privado, en el cual se busca obtener la mejor oferta posible, puede ser considerada como razonable²².

Además, como se indicó en el numeral 32 de la presente Resolución, LAP ya había informado a Sinapsis de algunas deficiencias en la prestación de sus servicios. En ese contexto, la decisión de convocar solo a Safe Bag encontraría otra justificación: evitar la afectación de la imagen del concesionario del aeropuerto Jorge Chávez.

53. También es necesario señalar que, de la revisión de la información que obra en el expediente, esta Secretaría Técnica considera que LAP, lejos de actuar de manera

¹⁷ Ver foja 230 reverso y 247 reverso del expediente.

¹⁸ Ver foja 266 del expediente.

¹⁹ **Bases del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez**
12. SUBSANACIÓN, INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS BASES Y OTROS
(...)

Cabe precisar que, posterior a la recepción de las Propuestas Técnica y Económica, LAP podrá realizar entrevistas individuales a algunos o todos los Postores con la finalidad de ajustar y/o adicionar aspectos de las Propuestas Técnicas o Económicas, respecto a diseño, concepto, renegociar algún aspecto de las Propuestas, o calificar capacidades específicas del Postor. De ser el caso, los Postores deben remitir una nueva propuesta con los nuevos términos acordados/ajustados.

²⁰ De acuerdo con lo indicado en el numeral 7 de las Bases, el cronograma del Concurso Público incluía la posibilidad de que los participantes formularan consultas o requirieran aclaraciones, observaciones y/o información adicional a LAP.

²¹ La respuesta exacta de LAP a la consulta número 37, a fojas 270 del expediente, fue la siguiente: “*Se convoca a los postores con los mejores puntajes en la evaluación técnica y económicas, para negociar aspectos de sus propuestas técnicas y económicas*”.

²² La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi ha señalado que: “*al evaluarse un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, no resulta necesario que la empresa dominante pruebe fehacientemente que su decisión de negarse a contratar era “la más eficiente posible en el mercado”, sino que será suficiente que acredite que se trata de una decisión “razonable” a la luz de los fines válidos de su negocio*”. [Énfasis agregado]. Al respecto, ver numeral 17 de la Resolución 032-2018/SDC-INDECOPI del 12 de febrero de 2018.

arbitraria y elegir a un ganador sin ningún sustento técnico, se basó en criterios razonables para elegir a dicho ganador, según el marco de evaluación descrito en el numeral 51 de la presente Resolución.

Ciertamente, LAP entregó los resultados de las evaluaciones realizadas el 24 de octubre de 2017 y el 23 de noviembre de 2017²³, en las que se aprecia los diversos factores que fueron tomados en cuenta para determinar al ganador del Concurso Público. Estos factores incluyen la política de precios que implementaría cada postor, las características técnicas de las máquinas a utilizar, el plan de operaciones y nivel de servicio, el plan de marketing, entre otros. El análisis conjunto de esta información permitió a LAP determinar que era Safe Bag la empresa ganadora del Concurso Privado.

En particular, lo que diferenció a una empresa de la otra fue que, si bien Sinapsis tuvo un mayor puntaje en su Propuesta Económica, su Propuesta Técnica fue menor a la de Safe Bag. Según LAP, una de las diferencias más significativas en las Propuestas Técnicas fue la mayor diversidad de servicios que Safe Bag ofrecía al pasajero, mientras que Sinapsis solo ofrecía un único servicio, el cual era equivalente al servicio básico que proponía Safe Bag.

54. De acuerdo con lo expuesto, esta Secretaría Técnica concluye que no se ha verificado la existencia de indicios razonables sobre un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar en el que LAP podría haber incurrido en el marco del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.
55. Sin perjuicio de lo mencionado, de las actuaciones realizadas por parte de esta Secretaría Técnica puede afirmarse que, aun si existieran indicios de que la negativa a contratar de LAP no habría tenido fundamento en justificaciones válidas, no podría concluirse que tal conducta hubiera tenido la capacidad de excluir a otros competidores del mercado, en beneficio de LAP.

En efecto, a través de la Carta 911-2018/ST-CLC-INDECOPI, esta Secretaría Técnica requirió a LAP presentar su Libro de Matricula de Acciones, así como también información sobre los accionistas de la empresa que estuviera contenida en la(s) partida(s) registral(es) correspondiente(s). Adicionalmente, esta Secretaría Técnica revisó la Partida Registral N° 14000570, correspondiente a la empresa Safe Bag Latam Perú S.A.C., con la finalidad de verificar quienes eran los accionistas de la sucursal de Safe Bag en el Perú²⁴. De esta revisión, pudo constatar que no existe vinculación entre los accionistas de dicha empresa y los accionistas de LAP.

²³ Esta información, a fojas 339 y 342 del expediente, fue declarada confidencial por la Comisión mediante Resolución 051-2018/CLC-INDECOPI.

²⁴ Ver Razón de Secretaría 034-2018/ST-CLC-INDECOPI del 22 de junio de 2018, a fojas 474 a 487 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Entonces, al no existir vinculación alguna entre los accionistas de la filial peruana de Safe Bag y los accionistas de LAP, esta última no tendría beneficio alguno por supuestamente favorecer a Safe Bag en el marco del Concurso Privado para el servicio de embalaje en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

56. En consecuencia, habiendo analizado la información contenida en el Expediente 001-2018/CLC y habiéndose determinado que no existen indicios razonables de la existencia de la conducta denunciada, esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar improcedente la denuncia presentada por Sinapsis y, en ese sentido, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de LAP.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE: Declarar improcedente la denuncia formulada por Sinapsis Trading Perú S.A.C mediante escrito del 26 de marzo de 2018 y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Lima Airport Partners S.R.L., al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables que demuestren que dicha empresa podría haber incurrido en un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar en el marco del “Concurso Privado por Invitación Directa para el Arrendamiento de cuatro (4) espacios destinados a ofrecer el Servicio de Embalaje de Equipajes en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez”.

Hugo Figari Kahn
Secretario Técnico (e)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia