

Resolución 006-2012/ST-CLC-INDECOPI

23 de abril de 2012

VISTA

La investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia sobre una presunta práctica colusoria horizontal por parte de Electricidad Andina S.A., Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A., Consorcio: Compañía Energética del Centro S.A.C.- Constructora OAS LTDA. Kallpa Generación S.A., Consorcio: Empresa Eléctrica Río Doble S.A.- ABR Ingenieros S.A.C, Aruntani S.A.C. Consorcio Marañón: Hidroeléctrica Marañón S.R.L. - Dunas Energía S.R.L. - Graña y Montero S.A.A., Empresa de Generación Huallaga S.A., Consorcio Egecusco: Empresa de Generación Hidroeléctrica del Cusco S.A. EGECUSCO - Arnela Capital Privado S.C.R. de Régimen Simplificado S.A. (en adelante, conjuntamente, los Investigados), en la Licitación Pública Internacional para el Suministro de Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas para el Servicio Público de Electricidad (en adelante, el Proceso de Selección); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Electricidad Andina S.A. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima, dedicada a la realización de proyectos hidroeléctricos¹.
2. Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima, dedicada a la generación y distribución de energía eléctrica².
3. Compañía Energética del Centro S.A.C. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima cerrada, cuyo objeto social comprende la obtención de concesiones de generación y transmisión eléctrica, construcción de instalaciones de generación y transmisión de energía eléctrica, desarrollo de sistemas de regulación de recursos hídricos, realizar actividades de generación y comercialización de energía eléctrica, incluyendo la operación y

¹ Para mayor información, ver: <http://investing.businessweek.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=31099027>

² Para mayor información, ver: <http://www.datosperu.org/ee-empresa-de-generacion-electrica-cheves-sa-20269180731.php>

mantenimiento de plantas generadoras y sistemas de transmisión de energía, solicitar y tramitar denuncias de agua ante la autoridad competente y cualquier otra actividad afín relacionada con el desarrollo y producción de energía en todas sus formas³.

4. Constructora OAS LTDA. es una empresa de derecho privado brasileña, organizada como una sociedad de responsabilidad limitada, dedicada a la construcción de obras civiles y pesadas, presta servicios de ingeniería, planificación, ejecución, gerenciamiento de obras y concesiones, en sectores tales como energía, saneamiento, transporte e infraestructura⁴.
5. Kallpa Generación S.A. es una empresa de derecho privado, organizada como una sociedad anónima, dedicada a la identificación de soluciones energéticas sostenibles, a la operación y mantenimiento de activos, y al desarrollo de proyectos de generación eléctrica y de distribución de energía eléctrica⁵.
6. Empresa Eléctrica Río Doble S.A. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima, cuyo objeto social comprende a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en cualquiera de sus modalidades, así como las demás actividades contempladas en la Ley de Concesiones Eléctricas, a la adquisición, venta y/o explotación de activos relacionados con las actividades antes mencionadas y la prestación de servicios de administración y asesoría vinculados⁶.
7. ABR Ingenieros S.A.C. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima cerrada, cuyo objeto social comprende la realización de consultorías en todas las ramas de la ingeniería, supervisión y construcción de obras de todo tipo, efectuar actividades comerciales, de servicios y mantenimiento en general⁷.
8. Aruntani S.A.C. es una empresa de derecho privado del sector minería, organizada como sociedad anónima cerrada, cuyo objeto social comprende la exploración y explotación de denuncias mineras, fundición y comercialización de oro y plata⁸.
9. Hidroeléctrica Marañón S.R.L. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social comprende la generación y distribución de energía eléctrica⁹.

³ Según Partida Electrónica 12181814 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, la SUNARP).

⁴ Para mayor información, ver: http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Constructora_OAS_Ltd._OAS

⁵ Para mayor información, ver: <http://www.kallpageneracion.com.pe/webkallpa/>

⁶ Según Partida Electrónica 12256292 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁷ Según Partida Electrónica 11097574 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁸ Para mayor información, ver: <http://www.datosperu.org/peru-aruntani-sac.php>

⁹ Para mayor información, ver: <http://www.universidadperu.com/empresas/hidroelectrica-maranon-sociedad-comercial-de-responsabilidad-limitada.php>

10. Dunas Energía S.R.L. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social comprende la generación, captación y distribución de energía eléctrica¹⁰.
11. Graña y Montero S.A.A. es una empresa de derecho privado, organizada como sociedad anónima abierta, cuyo objeto social comprende la ingeniería y servicios de infraestructura que opera en Latinoamérica. Se dedica a la operación de campos petroleros; perforación de pozos de petróleo y gas, almacenaje y distribución de hidrocarburos; operación de terminales y gasoductos; y procesamiento de gas natural, construcción de proyectos industriales¹¹.
12. Empresa de Generación Huallaga S.A. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima, cuyo objeto social comprende las actividades de generación y distribución de energía eléctrica¹².
13. Empresa de Generación Hidroeléctrica del Cusco S.A. es una empresa de derecho privado del sector energía, organizada como sociedad anónima, cuyo objeto social comprende desarrollar toda clase de actividades relacionadas con la distribución, generación y transmisión de energía eléctrica, así como, la realización de cualquier otra actividad relacionada con el sub sector eléctrico, adquirir o integrar de manera directa o con terceros otras diferentes sociedades, instituciones, fundaciones, corporaciones o asociaciones de cualquier clase de bienes muebles incorporales y similares, incluyendo, entre otros, acciones, bonos, debentures, participaciones sociales, cuotas o derechos en sociedades y cualquier otra clase de títulos valores mobiliarios y la administración de dichas inversiones¹³.
14. Arnela Capital Privado S.C.R. de Régimen Simplificado S.A. es una empresa española de derecho privado, organizada como sociedad anónima, cuyo objeto social comprende la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras y de naturaleza no inmobiliaria que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de las bolsas de valores.¹⁴
15. La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversión) es un organismo público ejecutor, adscrito al Sector Economía y Finanzas, con personería jurídica, autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, al que se refiere la Ley 28660 y el Reglamento de Organización y

¹⁰ Para mayor información, ver: <http://www.bvl.com.pe/hhii/B40013/20100610210401/FICHAGE95719520100610205854.PDF>

¹¹ Para mayor información, ver: http://www.bnamericas.com/company-profile/es/Grana_y_Montero_S.A.A.-GYM

¹² Para mayor información, ver: <http://www.datosperu.org/ee-empresa-de-generacion-huallaga-sa-20507024051.php>

¹³ Según Partida Electrónica 11359658 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

¹⁴ Para mayor información, ver: http://www.axesor.es/Informes-Empresas/4981636/ARNELA_CAPITAL_PRIVADO_SCR_DE_REGIMEN_SIMPLIFICADO_SA.html

Funciones aprobado mediante Resolución Ministerial 225-2011-EF/10, facultado, entre otras funciones, para promover la inversión privada en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, así como en activos, proyectos y empresas del Estado y demas actividades estatales, con arreglo a la legislación de la materia¹⁵.

16. En sesión del 9 de setiembre de 2008, el Consejo Directivo de Proinversión, por encargo del Ministerio de Energía y Minas, acordó incorporar al proceso de promoción de la inversión privada el Proceso de Selección bajo los mecanismos y procedimientos del Decreto Supremo 059-96-PCM¹⁶.
17. En tal sentido, el Comité en Proyectos de Telecomunicaciones, Energía e Hidrocarburos de Proinversión (en adelante, el Comité de Pro Conectividad) convocó a una licitación para la selección de uno o varios adjudicatarios, a quienes el Estado, otorgaría concesiones para el suministro de energía eléctrica destinada al servicio público de electricidad. Para tales efectos, los adjudicatarios deberían construir o disponer que se construya una central hidroeléctrica nueva.
18. El 12 de octubre de 2009, se llevó a cabo el Acto Público de presentación, apertura de sobres y otorgamiento de la Buena Pro (en adelante, el Acto Público), resultando ganadora Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A.
19. Como parte de su labor de supervisión¹⁷, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) tomó conocimiento del Proceso de Selección¹⁸ y, con la finalidad de evaluar la posible existencia de una práctica colusoria horizontal, mediante Oficio 004-2010/ST-CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2010, requirió a Proinversión información sobre las particularidades del Proceso de Selección, en particular, aspectos relacionados con los resultados obtenidos.
20. Mediante Oficio 157/2010/DE/PROINVERSIÓN del 26 de abril de 2010, Proinversión absolvió el requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica mediante Oficio 004-2010/ST-CLC-INDECOPI.

¹⁵ Para mayor información, ver:
<http://www.proinversion.gob.pe/transparencia/>

¹⁶ Dicho acuerdo se ratificó mediante Resolución Suprema 092-2008-EF del 30 de noviembre de 2008.

¹⁷ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
a) Efectuar investigaciones preliminares;
b) Iniciar de oficio el procedimiento y sanción de conductas anticompetitivas;
(...)

¹⁸ Ver: <http://www.proinversion.gob.pe/0/0/modulos/JER/PlantillaFichaHijo.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=3889>

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

21. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de una presunta práctica colusoria horizontal entre los Investigados en el Proceso de Selección.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Marco teórico

A. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

22. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, resulta necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
23. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar¹⁹.
24. 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 administrado²⁰.
25. Este razonamiento coincide con el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional el 14 de noviembre de 2005, recaído en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, y que señaló lo siguiente:

13. *La 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*

¹⁹

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

²⁰

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

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

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

ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.
(Énfasis agregado)

26. 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 sobre la presunta infracción imputada.

B. Prácticas Colusorias Horizontales

27. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
28. Las prácticas colusorias horizontales son aquellas efectuadas entre empresas que pertenecen al mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización²¹ y normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores²². Como resultado de ello, podría producirse un aumento de los precios o una reducción de la producción de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
29. En toda práctica colusoria horizontal, existe un elemento esencial consistente en la conducta coordinada con el objeto de eliminar o restringir la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 distingue diversas formas como se materializan estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
30. Se entiende por acuerdo que limita la competencia o acuerdo colusorio, todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.

²¹ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

²² Para mayor información, ver Informe Técnico 001-97-CLC del 14 de enero de 1997 (Expediente 029-96-CLC), sobre prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de comercialización de pollo vivo en Lima Metropolitana y Callao, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 1997.

31. Las prácticas concertadas consisten en conductas voluntariamente coordinadas con la finalidad de restringir la competencia que no pueden demostrarse a través de un acuerdo suscrito entre los agentes económicos involucrados pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable²³.
32. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes económicos, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan. Normalmente, se presentan en el contexto de asociaciones, gremios o cualquier organización en la que participen agentes económicos independientes. Pueden haber sido adoptadas por la mayoría de miembros de un órgano colegiado de la asociación o gremio involucrado (por ejemplo, la junta directiva) o por un órgano unipersonal (por ejemplo, el presidente).
33. Las decisiones tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado. Las recomendaciones no tienen carácter vinculante pero tienen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas, debido a las características particulares de la asociación o gremio involucrado.
34. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realicen no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados²⁴. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda²⁵.
35. La necesidad de reprimir las decisiones y recomendaciones surge a partir de la constatación de la influencia que pueden tener las asociaciones o gremios sobre sus integrantes. En efecto, a través de mecanismos de coacción o presión, directos o indirectos, formales o informales, estas organizaciones pueden uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos con los efectos negativos que de ello se derivan²⁶.

²³ 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.

²⁴ PASCUAL Y VICENTE, Julio. *Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia*. En: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Madrid, 205, enero – febrero, 2000, p. 11.

²⁵ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la competencia en el mercado común*. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

²⁶ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. "*Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las*

36. Una de las modalidades de práctica colusoria horizontal consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, modalidad conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034.
37. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado por denuncia de Petróleos del Perú - Petroperú S.A. contra Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., se determinó que las denunciadas incurrieron en una concertación de sus ofertas (fijando el mismo precio y repartiéndose las cuotas de producción) y que esta conducta buscaba restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la denunciante. En efecto, Petróleos del Perú - Petroperú S.A. tuvo que pagar un precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la Buena Pro²⁷.
38. En particular, una concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección supone que dos o más agentes económicos independientes entre sí, que deberían competir por ganar la Buena Pro en los procesos de selección, acuerden abstenerse de presentar ofertas para restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante²⁸.
39. Así por ejemplo, la licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, de cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstengan de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta se adjudique la Buena Pro al precio más alto posible y, luego de ello, reparta con las cuatro restantes el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante²⁹. El reparto puede darse de forma directa, si se traslada parte del

reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación". Traducción libre de: "However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association". GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

²⁷ Para mayor detalle, ver Resolución 004-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia (hoy, Comisión de Defensa de la Libre Competencia), confirmada mediante Resolución 255-97-TDC de la Sala de Defensa de la Competencia (hoy, Sala de Defensa de la Competencia 1).

²⁸ Cabe precisar que esta conducta no sólo puede llevarse a cabo mediante la abstención de presentar ofertas por parte de las empresas en un concurso público sino que la coordinación de las empresas puede manifestarse incluso presentándose en el concurso público pero ofertando precios no competitivos que al final lleven al mismo resultado, es decir, que sólo uno de ellos ganó el concurso público.

²⁹ De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por Organisation for Economic Cooperation and Development, "la supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En

excedente obtenido, o de forma indirecta, si se alternan las adjudicaciones de la Buena Pro de los procesos posteriores.

40. En el caso Estados Unidos contra Romer³⁰, un grupo de agentes de bienes raíces acordaron limitar sus ofertas en las subastas públicas de propiedades embargadas en Fairfax County, Virginia. Dichos agentes acordaron fijar un precio menor para la compra de estas propiedades a través del acuerdo de no realizar ofertas en las subastas públicas en las que se ofrecían estos bienes. Durante dichas subastas, los agentes coludidos se abstuvieron de presentar ofertas, mientras que un agente seleccionado en el acuerdo fue el único que ofertó y obtuvo la propiedad a un menor precio. La acusación señala que los agentes coludidos se repartieron directamente los excedentes extraídos al convocante.
41. Una posible variante de reparto indirecto podría consistir igualmente en una concertación para que, de cinco empresas competidoras que existen en el mercado, cuatro se abstengan de presentar ofertas con la finalidad de que la quinta gane la Buena Pro. Luego de ello, en una nueva subasta pública la quinta empresa se abstendrá de participar en la nueva subasta pública dejando a las cuatro empresas restantes la posibilidad de acordar nuevamente cuál de ellas va a beneficiarse con la Buena Pro del concurso público y, de esta manera, repetir el ejercicio repartiéndose las subastas de manera sucesiva en el tiempo. De este modo, todas las empresas involucradas obtendrán el mayor excedente de cada concurso público.
42. En el procedimiento iniciado de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. El mecanismo usado para el reparto consistió en que solo la empresa elegida presentaba una oferta válida en su zona asignada, y las empresas restantes no presentaban ofertas en las zonas que no les correspondía, o presentaban ofertas no competitivas. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima³¹. En este caso habría existido un reparto indirecto del excedente extraído al convocante.
43. Como se puede apreciar, la principal característica de este tipo de licitación colusoria consiste en que una de las empresas coludidas haya ganado la Buena Pro y las demás se hayan abstenido de presentar ofertas competitivas, repitiendo el ejercicio de manera sucesiva.

pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.” Ver: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

³⁰ Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359..

³¹ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en segunda instancia administrativa.

3.2 Análisis de indicios razonables de la conducta investigada

44. Como se indicó previamente, para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble sobre la configuración de la conducta investigada. En tal sentido, a continuación, corresponde determinar si, a partir de la evaluación de la información que obra en el Expediente, existen indicios razonables de una práctica colusoria horizontal entre los Investigados en el Proceso de Selección.
45. Cabe señalar que la realización de una práctica colusoria requiere de la actuación coordinada de dos o más agentes. En ese sentido, en el presente caso, a efecto de identificar la existencia de indicios razonables de la práctica colusoria investigada, se deberá verificar, de forma indiciaria, si existió una actuación coordinada entre los investigados.
46. Sobre el particular, llamó la atención de esta Secretaría Técnica que, en el momento del Acto Público, ocho de las empresas precalificadas se hayan abstenido de presentar ofertas en la etapa final del Proceso de Selección lo cual podría indicar que los Investigados podrían haber coordinado su conducta en el referido acto.
47. Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Texto Único Ordenado de Concesiones en concordancia con el artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Proinversión aprobado mediante Decreto Supremo N° 042-2009-EF, el Consejo Directivo de Proinversión es el órgano rector máximo de los procesos de promoción de la inversión privada. Asimismo, conforme al artículo 23 del Texto Único Ordenado de las Normas con rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, las bases de las Licitaciones Públicas Especiales y de los Concursos de Proyectos Integrales serán aprobadas por el Consejo Directivo de Proinversión.
48. En virtud del artículo 7 del Reglamento del Texto Único Ordenado de Concesiones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 060-96-PCM, entre las facultades de los Comités de Proinversión se encuentra la de dictar todas las disposiciones que resulten pertinentes o que sean necesarias para la ejecución del proceso de promoción de la inversión privada.
49. En tal sentido, el Comité Pro Conectividad, con ratificación del Consejo Directivo de Proinversión, aprobó las Bases del Proceso de Selección en el que se estableció que la Adjudicación de la Buena Pro sería otorgada a uno o varios adjudicatarios, de acuerdo al orden de méritos resultante de la aplicación de los criterios de evaluación contenidos en las propias Bases.
50. Entre los aspectos más importantes del Proceso de Selección, el Anexo 1 de las Bases establecía que, una vez aprobado el Precio Máximo de Adjudicación por el Comité Pro Conectividad y el Consejo Directivo de Proinversión, éste debía ser comunicado a los adquirentes y postores mediante Circular. Es decir, el

Precio Máximo de Adjudicación podía ser conocido por las empresas postoras previamente a la etapa final del Proceso de Selección.

51. Cabe señalar que el establecimiento del Precio Máximo de Adjudicación constituía un elemento sustancial del Proceso de Selección, toda vez que influiría directamente en la determinación de la oferta que presentarían los postores y, por lo tanto, en la decisión de los mismos de participar o no del Proceso de Selección.
52. Con la finalidad de establecer el Precio Máximo de Adjudicación, en el marco del Proceso de Selección, el Comité Pro Conectividad encargó un informe a la empresa Latin Pacific Capital S.A. (en adelante, Latin Pacific) para que, a través de un estudio de mercado, recomiende un Precio Base que resulte competitivo en el Proceso de Selección. Dicha solicitud fue absuelta mediante informes del 16 de julio y 1 de setiembre de 2009.
53. El modelo planteado por Latin Pacific consideró, entre otros supuestos, los relativos a [

CONFIDENCIAL

entre otros aspectos.]

54. En efecto, en el informe de Latin Pacific del 16 de julio de 2009 se puede apreciar que recomendó a Proinversión que el Precio Base de la Licitación Pública fluctuó en un rango de precios para energía entre [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL]. Cabe precisar que esta recomendación tuvo por finalidad promover la participación de suficientes empresas para cubrir la potencia requerida en el Proceso de Selección³².
55. Cabe precisar que Latin Pacific consideró en su análisis que el precio consignado en recientes subastas para el suministro de energía, conducidas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin (US\$57.64MWh), tuvo como consecuencia una oferta insuficiente, ya que no se llegó a completar la potencia demandada. En ese sentido, Latin Pacific consideró que elevar el valor del Precio Base (el mismo que serviría para determinar el Precio Máximo de Adjudicación) constituiría un incentivo necesario para lograr la concurrencia de nuevas inversiones en el Proceso de Selección.
56. En un segundo informe del 1 de setiembre de 2009, Latin Pacific, contando con información técnica y financiera más detallada sobre las diversas empresas precalificadas para el Proceso de Selección³³, recomendó que el Precio Base

³² Folios 11 al 29 del Expediente.

³³ En efecto, Latin Pacific consideró que el Precio Base recomendado con anterioridad ameritaba un afinamiento final, toda vez que ahora contaba con información del posible universo de participantes en el Proceso de Selección. Asimismo, había recabado información específica de los factores de carga históricos de diversas distribuidoras, factor que era importante para las centrales hidroeléctricas en la determinación de la rentabilidad de la inversión.

fluctuó en un rango de precios para energía entre [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL]³⁴.

57. Al respecto, la Presidente del Comité Pro Conectividad, conjuntamente con la Directora de Asuntos Técnicos y el Jefe de Proyecto decidieron establecer un Precio Máximo de Adjudicación menor al Precio Base recomendado por Latin Pacific. En efecto, se consideró que se requería un valor más conservador que se aproxime más al valor que Osinergmin establece en las licitaciones de compra de energía que administra. Por lo tanto, se aprobó un Precio Máximo de Adjudicación de 47.50 US\$/MWh, el cual fue ratificado mediante acuerdo de Consejo Directivo y comunicado a los postores mediante Circular 26 del 8 de setiembre de 2009.
58. Por lo tanto, en lo que se refiere a la hipótesis anticompetitiva, si bien ocho de los Investigados no presentaron ofertas en la etapa final del Proceso de Selección, esto podría haber respondido al establecimiento de un precio poco atractivo por parte de Proinversión, de acuerdo a lo señalado en su oportunidad por Latin Pacific.
59. En efecto, mediante sus informes, Latin Pacific contempló diversos escenarios que conjugaban la capacidad de atraer más postores al Proceso de Selección. Sin embargo, Proinversión, en uso de facultades, estableció un monto más bajo que el Precio Base recomendado por Latin Pacific como Precio Máximo de Adjudicación, por lo que resultaba razonable esperar que esto influyera de manera directa en el número de postores. En otras palabras, que el Precio Máximo de Adjudicación resultara menor que el Precio Base recomendado por Latin Pacific habría producido un menor número de postores.
60. Por lo tanto, se podía prever que la publicación del Precio Máximo de Adjudicación, con anterioridad a la fecha de cierre del Proceso de Selección, provocaría que sólo las empresas que consideraran rentable dicho precio se presentaran en la Etapa de Cierre. A entender de esta Secretaría Técnica, la abstención de ocho de los nueve Investigados habría sido una respuesta natural al análisis costo-beneficio de las empresas que se abstuvieron, lo cual permite presumir que no habría existido una colusión entre los participantes del Proceso de Selección.
61. Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, para que se cumpla la hipótesis anticompetitiva, uno de los Investigados tendría que haber ganado la Buena Pro y los demás Investigados tendrían que haberse abstenido de presentar ofertas en el Proceso de Selección y luego, en procesos posteriores, los Investigados tendrían que haber realizado la misma actuación, alternándose las adjudicaciones de la Buena Pro. Sin embargo, cabe precisar que esta Secretaría Técnica ha analizado todos los procesos de selección relacionados con el establecimiento de Nuevas Centrales Hidroeléctricas para el Servicio Público de Electricidad desde el 2009 hasta la fecha, y ha verificado que no se ha vuelto a realizar un proceso de promoción de la inversión privada en dichos términos, lo cual permite confirmar que no habría existido una coordinación entre los Investigados para alternarse las adjudicaciones de la Buena Pro, pues en

34

Folio 10 del Expediente.

este tipo de actividad no existiría certeza de que la entidad convoque nuevos procesos.

62. Asimismo, en el presente caso, considerando que la construcción de centrales hidroeléctricas representa un mercado muy restringido, debido a razones técnicas y económicas como, por ejemplo, la existencia de pocos espacios para su instalación, resulta muy improbable que las empresas puedan repartirse ese mercado y encontrar en ello una práctica rentable.
63. Finalmente, cabe recordar que la Secretaría Técnica supervisa de manera permanente los procesos de selección en Lima y Provincias, realizando investigaciones preliminares, con la finalidad de determinar la existencia de indicios razonables de conductas anticompetitivas.
64. Por todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales en el Proceso de Selección, por lo que no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra los Investigados.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034 y en la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Electricidad Andina S.A., Empresa de Generación Eléctrica Cheves S.A., Consorcio: Compañía Energética del Centro S.A.C. - Constructora OAS LTDA., Kallpa Generación S.A., Consorcio: Empresa Eléctrica Río Doble S.A. - ABR Ingenieros S.A.C., Aruntani S.A.C., Consorcio Marañón: Hidroeléctrica Marañón S.R.L. - Dunas Energía S.R.L. - Graña y Montero S.A.A., Empresa de Generación Huallaga S.A., Consorcio Egecusco: Empresa de Generación Hidroeléctrica del Cusco S.A., EGECUSCO - Arnela Capital Privado S.C.R. de Régimen Simplificado S.A., por una presunta práctica colusoria horizontal en la Licitación Pública Internacional para el Suministro de Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas para el Servicio Público de Electricidad; debido a que no existen indicios razonables de la infracción investigada.

Francisco Martín Sigüeñas Andrade
Secretario Técnico *Ad Hoc*
Comisión de Defensa de la Libre Competencia