

Resolución 008-2012/ST-CLC-INDECOPI

2 de mayo de 2012

VISTOS:

El Oficio 18-2009/TCA-JCMC del 26 de enero de 2009, mediante el cual el Tribunal del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal del OSCE), remitió el Expediente 904-2007.TC sobre presuntas conductas anticompetitivas en la Licitación Pública por Subasta Inversa 001-2007-INPE/20 (en adelante, el Proceso de Selección), convocada por la Dirección Regional Sur Oriente Cusco del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE), y la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. De acuerdo al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, el 13 de febrero de 2007, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE realizó la convocatoria del Proceso de Selección para el suministro de alimentos preparados para internos, internas, niños, personal de salud y personal de seguridad de los establecimientos penitenciarios Cusco I y Cusco II.
2. A efectos de la tramitación del Proceso de Selección, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE designó un Comité Especial (en adelante, el Comité Especial), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la Ley de Contrataciones del Estado)¹.
3. El 23 de febrero de 2007, se llevó a cabo el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la buena pro (en adelante, el Acto Público), resultando ganador del primer ítem² –alimentos preparados para internos– el

¹ Norma aprobada por Decreto Supremo 083-2004-PCM, publicada el 29 de noviembre de 2004 y derogada mediante Decreto Legislativo 1017.

² Cabe precisar que el Proceso de Selección incluyó 5 ítems: (i) Ración de alimentos preparados para Interno Adulto Varón (2,500 Kilocalorías); (ii) Ración de alimentos preparados para Interna Adulta Mujer (2,000 Kilocalorías); (iii) Ración de alimentos preparados para niños de 6 meses a 3 años de edad; (iv) Ración de

Consortio Leader Multiservice E.I.R.L. – Wall Mart S.A.C. (en adelante, el Consortio Leader – Wall Mart). El otorgamiento de la buena pro sobre este ítem quedó consentido el 28 de febrero de 2007.

4. Mediante Carta 015-2007-INPE/20.05 del 1 de marzo de 2007, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE requirió al Consortio Leader – Wall Mart que se presente a la suscripción del contrato con la documentación correspondiente. Mediante Carta 020-2007-INPE/20.05 del 9 de marzo de 2007 y Carta Notarial 002-2007-INPE/20.05 del 13 de marzo de 2007, se reiteró el referido requerimiento y se precisó que el plazo para la suscripción del contrato vencería el 16 de marzo de 2007.
5. Mediante Carta 021-2007-INPE/20.05 del 16 de marzo de 2007, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE comunicó al Consortio Leader – Wall Mart que la documentación presentada estaba incompleta. Por este motivo, al haberse vencido el plazo legal, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE y el Consortio Leader – Wall Mart no suscribieron el contrato.
6. Mediante Informe 012-2007-INPE/20.05 del 19 de marzo de 2007, la Oficina de Administración de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE concluyó que, de conformidad con las bases del Proceso de Selección, al no haberse suscrito el contrato con el Consortio Leader – Wall Mart, correspondía al Comité Especial otorgar la buena pro a Servicios Múltiples Chiken Park E.I.R.L. (en adelante, Chiken Park), postor que ocupó el segundo lugar en el Acto Público. Mediante Opinión Legal 042-2007-INPE/20.04, la Oficina de Asesoría Legal de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE respaldó dicha conclusión.
7. Mediante Carta 022-2007-INPE/20.05 del 19 de marzo de 2007, la Oficina de Administración de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE informó a Chiken Park acerca del incumplimiento del Consortio Leader – Wall Mart. Asimismo, se le comunicó que se le otorgaba la buena pro y se le requirió que presentara la documentación correspondiente para la suscripción del contrato.
8. El 30 de marzo de 2007, la Dirección Regional Sur Oriente del INPE y Chiken Park suscribieron el Contrato 006-2007-INPE/20, Contrato de Adjudicación del Ítem 1 del Proceso de Selección (en adelante, el Contrato de Adjudicación).
9. Mediante Escrito 0001-HPPB-07 del 2 de mayo de 2007, el señor Hernán Pedro Palomino Bonifacio (en adelante, el señor Palomino) denunció ante el Tribunal del OSCE al Consortio Leader – Wall Mart y a Chiken Park por la presunta comisión de conductas anticompetitivas en colusión con los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE.
10. Específicamente, el señor Palomino señaló que ambas empresas habrían acordado que el Consortio Leader – Wall Mart realizara una propuesta por debajo del costo real para evitar que otra empresa pudiera realizar una contrapropuesta en la etapa de puja, de tal manera que bastara que Chiken Park

alimentos preparados para personal adulta mujer (2,300 Kilocalorías); y (v) Ración de alimentos preparados para personal adulto varón (2,750 Kilocalorías). De estos ítems, cabe precisar que sólo la adjudicación del primero ha sido cuestionada ante el Tribunal del OSCE.

obtuviera el segundo lugar para que se beneficiara del incumplimiento en la suscripción del contrato por parte del Consorcio Leader - Wall Mart. Asimismo, agregó que estas acciones habrían sido acordadas y coordinadas con los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE.

11. Mediante Acuerdo 179/2008.TC-S3 del 12 de mayo de 2008, el Tribunal del OSCE decidió remitir lo actuado al Indecopi a fin de que se pronuncie sobre la posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia por parte del Consorcio Leader - Wall Mart y Chiken Park en la adjudicación del Ítem 1 del Proceso de Selección. En ese sentido, mediante Oficio 018-2009/TCA-JCMC del 26 enero de 2009, el Tribunal del OSCE remitió al Indecopi copia del Expediente 904-2007.TC.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Leader - Wall Mart y Chiken Park.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Norma Aplicable

13. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú³, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.
14. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

³ **Constitución Política del Perú**
Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho.

⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

15. De acuerdo a lo anterior, la norma aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador es el Decreto Legislativo 701⁵, toda vez que la infracción investigada se habría producido durante su vigencia. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶, las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma resultan aplicables al presente procedimiento⁷.
16. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal b) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034⁸, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para iniciar de oficio un procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas.

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

17. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
18. 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 generar⁹.
19. 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

⁵ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁶ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

⁷ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**
Disposición Complementaria Transitoria
Única.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.-
Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

⁸ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;

⁹ **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.

ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹⁰.

20. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

*[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; **es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.***

[Énfasis agregado]

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

3.3. Prácticas restrictivas de la competencia

22. Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701.
23. Las prácticas restrictivas de la competencia son aquellas realizadas entre agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores¹¹. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de los precios o una reducción de la producción, de manera artificial, al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como

¹⁰ **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.

¹¹ Ver Resolución 009-2008-INDECOPI/CLC del 25 de febrero de 2008, sobre prácticas concertadas para la fijación de primas y deducibles mínimos de los seguros básico y completo de vehículos particulares, y Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, sobre presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana.

consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.

24. En toda práctica restrictiva de la competencia existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 701 distingue diversas formas de materializar estas conductas: los acuerdos, las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones.
25. Se entiende por acuerdo que restringe la competencia, todo concierto de voluntades mediante el cual varios agentes económicos independientes se comprometen a realizar una conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia.
26. 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 razonable¹².
27. 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).
28. 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.
29. 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 agremiados¹³. En efecto, para evitar que estos últimos eludan su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas

¹² 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.

¹³ 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.

como decisiones o recomendaciones de la asociación y/o como acuerdos entre sus asociados, según corresponda¹⁴.

30. 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 derivan¹⁵.
31. Una de las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, modalidad conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal i) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701¹⁶.
32. En general, las licitaciones colusorias buscan restringir la competencia con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. Un primer supuesto puede ser la fijación concertada de precios, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para establecer un solo precio para determinado bien o servicio¹⁷. 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

¹⁴ BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

¹⁵ En el ámbito de la Comunidad Europea, las decisiones de las asociaciones comerciales también se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 81 del TCE. Asimismo, a nivel jurisprudencial y doctrinario también se ha entendido que esta prohibición alcanza a las decisiones no vinculantes o recomendaciones. "*Sin embargo, las decisiones de una asociación de comercio no necesitan obligar formalmente a sus miembros para la aplicación del artículo 81. Una decisión informal de una asociación de comercio, incluso adoptada fuera de las reglas de la asociación, puede ser suficiente. Sin embargo, debe haber al menos cierta evidencia que la conducta de sus integrantes ha sido o podría ser influenciada en el futuro por la información recibida de la asociación*". Traducción libre de: "*However, decisions of a trade association need not formally bind its members for Article 81 to apply. An informal decision of a trade association, even one made outside its rules altogether, may be sufficient. However, there must be at least some evidence that the conduct of members has been or might in the future be influenced by information received from the association*". GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. Oxford University Press, 2003, p. 82

¹⁶ **Decreto Legislativo 701**
Artículo 6.-

(...)

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

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

¹⁷ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

precio superior al que había venido pagando cuando Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. competían por ganar la buena pro¹⁸.

33. Un segundo supuesto puede ser el reparto de mercado, que consiste en cualquier acuerdo entre competidores para repartirse las ventas o las compras de determinado bien o servicio, ya sea mediante la designación de consumidores específicos o tipos de consumidores, de productos, de procesos de selección o de zonas geográficas¹⁹. Así, por ejemplo, en el procedimiento iniciado de oficio contra Aga S.A., Messer Gases del Perú S.A. y Praxair Perú S.R.L., se determinó que las investigadas incurrieron en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el reparto del mercado de adquisición de oxígeno medicinal, en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. En efecto, las investigadas acordaron que Aga S.A. proveyera exclusivamente la zona norte del país, Messer Gases del Perú S.A. la zona centro y Praxair Perú S.R.L. las zonas sur y Lima²⁰.
34. Otro supuesto puede ser la concertación para abstenerse de presentar ofertas en los procesos de selección, que consiste en 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 convocante.
35. Un ejemplo de este tipo de licitación colusoria podría consistir en una concertación para que, de las 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 al precio más alto posible y, luego de ello, reparta el mayor excedente obtenido de los recursos de la entidad convocante entre las cinco empresas coludidas²¹. Como se puede apreciar, la principal característica de este ejemplo consiste en que una de las empresas coludidas debe haber

¹⁸ 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).

¹⁹ En: Defining Hard Core Cartel Conduct. Report prepared by the ICN Working Group on Cartels. International Competition Network, 4ta Conferencia Anual, Bonn, Alemania, llevada a cabo entre el 6 y 8 de junio de 2005, página 10. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

²⁰ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en la segunda instancia administrativa.

²¹ De acuerdo a los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, elaborado por la 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 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>

ganado la buena pro y las demás deben haberse abstenido de presentar ofertas²².

36. Al respecto, en el caso Estados Unidos contra Romer²³, 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 dividieron los excedentes entre los participantes del acuerdo.
37. Finalmente, cabe señalar que todos estos supuestos de licitación colusoria dependen del diseño de los procesos de selección correspondientes, por lo que resulta indispensable analizar las reglas aplicables en cada caso concreto.

3.4. Análisis de la conducta investigada

38. Como se ha señalado, para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 701, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
39. En el presente caso, corresponde determinar si existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección por parte del Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park. Para ello, esta Secretaría Técnica analizará si, considerando las reglas aplicables al Proceso de Selección, se presentaban las condiciones necesarias para que la conducta denunciada por el señor Palomino se llevara a cabo.
40. Sobre el particular, el señor Palomino sostiene que el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park habrían acordado que el primero quedaría en primer lugar con un precio “bajo” y que la segunda quedaría en segundo lugar con un precio “alto”, que el primero no cumpliría con la suscripción del contrato y que la segunda sí suscribiría el contrato, con el precio “alto”, obteniendo de esta manera un excedente anticompetitivo.
41. Al respecto, el numeral 2 del artículo 203 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁴, establecía lo siguiente:

Artículo 203.- Plazos y procedimiento para suscribir el contrato

²² O deben haber presentado “ofertas de resguardo”, es decir, ofertas inaceptables para la entidad convocante. Ver: OECD, Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas (2009), página 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/42761715.pdf>

²³ Para mayor detalle, ver: United States Court of Appeals, Fourth Circuit - 148 F.3d 359.

²⁴ Aprobado por Decreto Supremo 083-2004-PCM, publicado el 29 de noviembre de 2004.

Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

(...)

2) Cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, la Entidad llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente. Si este postor no suscribe el contrato, la Entidad declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable;

(...)

[Énfasis agregado]

42. De acuerdo a lo anterior, el punto 5.8 de las Bases del Proceso de Selección establecía lo siguiente:

En el acto público y con anotación en las actas, se notificará al postor ganador de la buena pro de los requisitos y del plazo para la suscripción del contrato; si no suscribiera dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, corresponderá al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, para que suscriba el contrato en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, en caso que también este postor no cumpliera con la firma del contrato, se declara desierto el presente proceso de selección (el Ítem o Ítems), sin perjuicio de las sanciones administrativas que corresponda.

[Énfasis agregado]

43. Como se puede apreciar, las reglas aplicables al Proceso de Selección obligaban a la entidad convocante a otorgar la buena pro al segundo lugar, cuando el primer lugar no cumpliera con la suscripción del contrato. Estas disposiciones buscaban evitar que los procesos de selección se declararan desiertos cuando, a pesar de que el ganador no cumpliera con la suscripción del contrato, existiera otra oferta válida.
44. En ese sentido, considerando las reglas aplicables al Proceso de Selección, esta Secretaría Técnica considera que la conducta denunciada por el señor Palomino, sólo hubiera sido posible en alguno de los siguientes supuestos:
- a. Si los investigados hubieran podido impedir la participación de otros postores en el Proceso de Selección; o
 - b. Si, habiendo participado otros postores en el Proceso de Selección, los investigados hubieran conocido las propuestas de cada uno de ellos.

45. En relación con el supuesto (a), si hubieran podido impedir la participación de otros postores en el Proceso de Selección, el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park podrían haber acordado y logrado quedar en primer y segundo lugar, respectivamente, al haber sido los únicos participantes.
46. Al respecto, cabe precisar que este supuesto no se presentó en la realidad porque los investigados no hubieran podido impedir y, de hecho, no impidieron la participación de otros postores en el Proceso de Selección. En efecto, de acuerdo al SEACE²⁵, los siguientes postores participaron en el Acto Público:
- Consorcio Leader – Wall Mart
 - Chiken Park
 - Cedaqui E.I.R.L. (en adelante, Cedaqui)
 - Distribuciones Géminis SJT E.I.R.L. (en adelante, Géminis)
 - Hernán Palomino Bonifacio
47. Cabe precisar que, de conformidad con el punto 5.3 de las Bases del Proceso de Selección, en el acto de acreditación de participantes se descalificó al señor José Guzmán Herencia, debido a que no presentó un requisito de obligatorio cumplimiento²⁶. En ese sentido, es posible afirmar que, además de los investigados (Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park), participaron otros tres postores en el Proceso de Selección (Cedaqui, Géminis y el propio señor Palomino).
48. Por otro lado, cabe señalar que, según el punto 1.14 de las Bases del Proceso de Selección, los requisitos para ser postor consistían simplemente en estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores, no estar incluido en el capítulo de inhabilitados para contratar con el Estado y, en caso de consorcios, presentar una Promesa Formal de Consorcio.
49. Asimismo, cabe mencionar que, al inicio del Proceso de Selección, se realizó una convocatoria pública y se otorgó un plazo de 7 días hábiles (del 14 al 22 de febrero de 2007) para el registro de participantes. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que no existieron impedimentos significativos para que otros postores participaran en el Proceso de Selección.
50. En relación con el supuesto (b), si el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park no hubieran podido impedir la participación de otros postores en el Proceso de Selección (como, de hecho, no pudieron), hubiera sido necesario que conocieran los detalles de las propuestas de estos otros postores, pues sólo así podrían haber acordado y logrado quedar en primer y segundo lugar, respectivamente. En efecto, si los investigados no hubieran conocido las propuestas de los otros postores, hubiera bastado que participara un tercer postor con una propuesta mejor que la de Chiken Park, para que este tercer

²⁵ Foja 37 del expediente.

²⁶ Específicamente, de acuerdo al SEACE, la “Propuesta Técnica: Descripción de las Especificaciones Técnicas, señalando las características de la oferta en concordancia con las especificaciones exigidas en el Anexo “A” de las Bases del Proceso de Selección”.

postor quedara en segundo lugar y frustrara la conducta denunciada por el señor Palomino.

51. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de que los investigados (Consortio Leader – Wall Mart y Chiken Park) hayan conocido los detalles de las propuestas de los otros postores que participaron en el Proceso de Selección (Cedaqui, Géminis y el propio señor Palomino) y que, en consecuencia, no se presentaban las condiciones necesarias para que la conducta denunciada por el señor Palomino se llevara a cabo.
52. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado²⁷ y el punto 5.4 de las Bases del Proceso de Selección²⁸, los postores entregaron sus propuestas directamente a los miembros del Comité Especial, en acto público y en sobres cerrados. Asimismo, el presidente del Comité Especial abrió los sobres una vez que todos los participantes habían entregado sus respectivas propuestas y los participantes estuvieron impedidos de presentar propuestas múltiples o alternativas²⁹.
53. En ese sentido, considerando las reglas aplicables al Proceso de Selección, esta Secretaría Técnica considera que los investigados (Consortio Leader – Wall Mart y Chiken Park) sólo podrían haber conocido las propuestas de los otros postores (Cedaqui, Géminis y el propio señor Palomino) en alguno de los siguientes supuestos:
 - b.1. Si el acuerdo no sólo hubiera involucrado a los investigados sino también a los otros postores que participaron en el Proceso de Selección; o
 - b.2. Si los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE hubieran entregado a los investigados los detalles de las propuestas de los otros postores, violando las reglas aplicables al Proceso de Selección.

²⁷ **Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**
Artículo 183.- Acto Público
En el día, hora y lugar indicados, se realizará el acto público para la presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, en presencia de Notario Público, debiendo el interesado o su representante identificarse, probar la existencia de los poderes necesarios para formular las propuestas y para ejercer todos los demás actos inherentes a la subasta inversa, así como acreditar el cumplimiento de lo establecido en el Artículo 180 del Reglamento. **Iniciado el acto público, los interesados entregarán sus propuestas de precios en sobre cerrado. (...)**
[Énfasis agregado].

²⁸ **Bases del Proceso de Selección**
5.4. Presentación de Propuestas
A los participantes que hayan cumplido con la entrega de la documentación completa solicitada en el acto de acreditación de los participantes, **se les llamará para que entreguen en sobres cerrados sus propuestas de precios por cada ítem**, las cuales deben incluir todos los conceptos que inciden en el costo de los bienes a adquirir materia del presente proceso de selección y expresada en nuevos soles, hasta en dos decimales, de los precios unitarios y precios totales.
Una vez entregadas las propuestas de precios, el presidente del Comité Especial procederá a la apertura de cada uno de los sobres presentados (...).
No será posible que un postor presente propuestas alternativas o más de una propuesta para un mismo ítem.
(...)
[Énfasis agregado]

²⁹ Ídem.

54. Sobre el supuesto (b.1), si todos los postores que participaron en el Proceso de Selección hubieran estado involucrados en el acuerdo, podrían haber conocido los detalles de sus respectivas propuestas y, en consecuencia, podrían haber acordado que el Consorcio Leader – Wall Mart quedaría en primer lugar y que Chiken Park quedaría en segundo lugar. En efecto, si no todos los postores hubieran estado involucrados en el acuerdo y, en consecuencia, no hubieran conocido sus respectivas propuestas, hubiera bastado que uno de ellos participara con una propuesta mejor que la de Chiken Park, para que quedara en segundo lugar y frustrara la conducta denunciada por el señor Palomino.
55. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de que todos los postores que participaron en el Proceso de Selección hayan estado involucrados en el acuerdo. Por el contrario, existen determinadas circunstancias que podrían considerarse propias de un escenario de competencia efectiva entre los postores.
56. En efecto, Cedaqui y Géminis dejaron constancia en el acta de otorgamiento de la buena pro que solicitarían la revisión de las propuestas del Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park³⁰. Asimismo, el señor Palomino denunció la existencia de un supuesto acuerdo entre el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park. Como se puede apreciar, ambas circunstancias resultarían incompatibles con la existencia de un acuerdo entre, por un lado, el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park y, por otro lado, Cedaqui, Géminis y el señor Palomino.
57. Adicionalmente, cabe resaltar que, mediante Resolución 352-2008-TC-S3 del 31 de enero de 2008, se sancionó a las empresas integrantes del Consorcio Leader – Wall Mart (Leader Multiservice E.I.R.L. y Wall Mart S.A.C.) con dos (2) y dieciocho (18) meses de inhabilitación temporal de su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, respectivamente, por no haber cumplido con la suscripción del contrato³¹. Al respecto, esta Secretaría Técnica considera que la existencia de este tipo de sanciones también podría constituir un desincentivo para la realización de la conducta denunciada por el señor Palomino.
58. Sobre el supuesto (b.2), si los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE hubieran entregado a los investigados los detalles de las propuestas de los otros postores, los investigados podrían haber conocido los detalles de las propuestas de los otros postores y, en consecuencia, podrían haber acordado que el Consorcio Leader – Wall Mart quedaría en primer lugar y que Chiken Park quedaría en segundo lugar.
59. Al respecto, el señor Palomino ha sostenido que el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park habrían actuado en colusión con los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE. Específicamente, ha señalado lo siguiente:

³⁰ Foja 26 del expediente.

³¹ Fojas 94 a 100 del expediente.

*En este sentido, corresponde sancionar al Consorcio LEADER MULTISERVICE EIRL - WALL MART SAC y la empresa SERVICIOS MÚLTIPLES CHIKEN PARK EIRL, por no suscribir el Contrato y el empleo de prácticas restrictivas de libre competencia, respectivamente, en colusión con los Funcionarios y Servidores de la Dirección Regional Sur Oriente Cuzco-INPE.*³²

[Énfasis agregado]

60. Sin embargo, el señor Palomino no ha aportado medios probatorios que sustenten esta afirmación. Por lo demás, cabe recordar que ni esta Secretaría Técnica ni la Comisión de Defensa de la Libre Competencia son competentes para conocer una supuesta infracción de los funcionarios de la Dirección Regional Sur Oriente del INPE a las normas sobre contrataciones del Estado³³ o un supuesto delito contra la administración pública en el ejercicio de sus funciones³⁴.
61. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en el Proceso de Selección y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Leader – Wall Mart y Chiken Park.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Leader Multiservice E.I.R.L., Wall Mart S.A.C. y Servicios Múltiples Chicken Park E.I.R.L.,

³² Foja 5 del expediente.

³³ **Ley de Contrataciones del Estado**
Artículo 47°.- De las Responsabilidades y Sanciones.-
Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de adquisición o contratación de bienes, servicios y obras son responsables del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento. (...)
En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley se aplicarán, de acuerdo a su gravedad, las siguientes sanciones:
a) Amonestación escrita;
b) Suspensión sin goce de remuneraciones de treinta a noventa días;
c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y,
d) Destitución.
La Entidad estará obligada a remitir dentro de los quince días siguientes al cierre de cada trimestre a la Contraloría General de la República, una relación de todas las convocatorias a Licitación Pública y Concurso Público realizadas en dicho período, con la documentación que permita apreciar su resultado.

³⁴ **Código Penal**
Artículo 384.- Colusión.-
El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.
(Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley 29703, publicada el 10 junio 2011).

debido a que no existen indicios razonables de prácticas restrictivas de la competencia en la Licitación Pública por Subasta Inversa 001-2007-INPE/20.

SEGUNDO: Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

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