



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003469

Expediente 003-2011/CLC

Resolución 009-2012/ST-CLC-INDECOPI

14 de mayo de 2012

VISTO:

Los escritos del 4, 9, 12 y 26 de agosto de 2011, mediante los cuales Drager Medical GmbH Sucursal del Perú (en adelante, Drager) denunció a Master Medic S.A. (en adelante, Master Medic) y Roca S.A.C. (en adelante, Roca), por presuntas prácticas colusorias horizontales en la Licitación Pública 40-2010/IN/PNP-FOSPOLI (en adelante, la LP 40-2010) y en la Adjudicación Pública Directa 3-2011/INMP (en adelante, la ADP 3-2011); así como las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Drager es una empresa dedicada a la distribución de aparatos y/o equipos, consultoría, mantenimiento y/o servicio de reparación de los mismos, servicios de postventa y/o apoyo técnico y/o entrenamiento técnico, en el campo de la tecnología médica¹.
2. Master Medic es una empresa dedicada a actividades relacionadas con la salud humana como servicios médicos especializados, estudio, planificación de mercado, corretaje de seguros, intermediación financiera, organización y administración de centros de salud, comercialización de equipos médicos, farmacológicos y bioquímicos, capacitación y demás².
3. Roca es una empresa dedicada a toda clase de operaciones, representaciones y promociones de comercio, industria, importación y exportación de bienes o servicios, provisión de insumos, artículos manufacturados y en general a todo tipo de comercio afín y cualquier otro tipo de operaciones comerciales³.

¹ Ver Partida 12255025 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP.

² Ver Partida 00239208 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de SUNARP.

³ Ver Partida 01151045 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de SUNARP.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

003470

4. El 4 de agosto de 2011, Drager denunció a Master Medic y Roca por presuntas prácticas colusorias horizontales en la LP 40-2010, convocada por el Fondo de Salud de la Policía Nacional del Perú - FOSPOLI para la adquisición de equipos médicos de sala de operaciones, y en la ADP 3-2011, convocada por el Instituto Nacional Materno Perinatal (en adelante, el INMP) para la adquisición de una (1) máquina de anestesia con monitoreo por reposición, infracción tipificada en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
5. Drager sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. Con motivo de la convocatoria a la ADP 3-2011, el INMP realizó un estudio de posibilidades que ofrece el mercado con la finalidad de determinar el valor referencial del bien requerido⁴.
 - ii. Para realizar este estudio, el INMP requirió a cinco (5) empresas del rubro la presentación de cotizaciones correspondientes a equipos médicos similares al requerido. No obstante, sólo las denunciadas respondieron dichos requerimientos.
 - iii. La cotización entregada por Master Medic indicaba que el equipo médico que comercializaba cumplía con todas las especificaciones técnicas establecidas por el INMP. No obstante, según Drager, la única empresa del mercado que comercializaba un equipo médico con estas especificaciones técnicas era Roca. Así, Master Medic habría presentado información falsa con la finalidad de favorecer a Roca, circunstancia que evidenciaría la existencia de una concertación entre ambas empresas.
 - iv. De acuerdo a Drager, esta conducta también se habría realizado en la LP 40-2010. En efecto, en este proceso de selección, Roca habría presentado información falsa para favorecer a Master Medic. Adicionalmente, las denunciadas habrían presentado cotizaciones con formatos similares. Ambas circunstancias demostrarían la existencia de una concertación entre ambas empresas.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23.2 del Decreto Legislativo 1034, Drager solicitó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) una medida cautelar.

6. Mediante escrito del 9 de agosto de 2011, Drager puso en conocimiento de la Secretaría Técnica que, mediante Resolución Directoral 186-DG-INMP-11 del 4 de agosto de 2011, el INMP declaró de oficio la nulidad de la ADP 3-2011 y dispuso la adopción de acciones para verificar la veracidad de la información presentada por Master Medic. Ello, como consecuencia de una denuncia interpuesta por la propia Drager ante el INMP.

⁴ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 12 del Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el órgano encargado de las contrataciones en la entidad convocante tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar el valor referencial del bien requerido. Además, esta norma establece que, para determinar el valor referencial, podrá tomarse en cuenta, entre otros factores, los presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

7. Mediante escrito del 12 de agosto de 2011, Drager se desistió de la medida cautelar solicitada el 4 de agosto de 2011.
8. Mediante escrito del 26 de agosto de 2011, Drager reiteró los hechos denunciados y presentó documentos relacionados con la LP 40-2010 y la ADP 3-2011.
9. Mediante Oficio 040-2011/ST-CLC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2011, esta Secretaría Técnica requirió al INMP información relacionada con la adquisición de una (1) máquina de anestesia con monitoreo por reposición, en el ítem 1 de la ADP 3-2011.
10. Mediante Oficio 039-2011/ST-CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011, esta Secretaría Técnica requirió al FOSPOLI información relacionada con la adquisición de una (1) máquina de anestesia con ventilador y monitor multiparámetro invasivo, en el ítem 4 de la LP 40-2010.
11. Mediante Oficio 001-OEA-INMP-12 del 4 de enero de 2012, el INMP cumplió con absolver el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica.
12. Mediante Oficio 032-2012-DGPNP.FOSPOLI.GG.SEC del 5 de enero de 2012, el FOSPOLI cumplió con absolver el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica.
13. El 28 de marzo de 2012, esta Secretaría Técnica realizó una entrevista al representante de Master Medic, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de adquisición de equipos médicos a través de procesos de selección.
14. Mediante escritos del 2 y 12 de abril de 2012, Master Medic remitió información relacionada con su participación en la ADP 3-2011.
15. El 4 de abril de 2012, esta Secretaría Técnica realizó una entrevista al representante de Roca, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de adquisición de equipos médicos a través de procesos de selección.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

16. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Master Medic y Roca hayan incurrido en prácticas colusorias horizontales en la LP 40-2010 y la ADP 3-2011 y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Drager.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

- 3.1. **Requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034**





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

17. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, 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 generar⁵.
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 ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado⁶.
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

⁵ 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.

⁶ Ley 27444

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

003473

aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2. Prácticas colusorias horizontales

22. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034.
23. Las prácticas colusorias horizontales 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 clientes⁷, con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores o de los proveedores. 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 consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.
24. En toda práctica colusoria horizontal existe un elemento esencial, a saber, una conducta coordinada con el objeto de eliminar, restringir o limitar la competencia. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 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 razonable⁸.
27. Por su parte, las decisiones y recomendaciones son declaraciones o indicaciones destinadas a uniformizar el comportamiento de un grupo de agentes

⁷ A diferencia de las prácticas colusorias verticales, realizadas por agentes que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.

⁸ 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.

Ver Resolución 009-2008-INDECOP/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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

003474

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 involucrado⁹.
29. 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 derivan¹⁰.
30. La responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realice no enerva la posibilidad de atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados¹¹. 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 corresponda¹².
31. Una de las modalidades de prácticas colusorias horizontales consiste en concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en

⁹ Ver Resolución 085-2009/CLC-INDECOPÍ del 22 de diciembre de 2009, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones en el servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 85.

Ver Resolución 069-2010/CLC-INDECOPÍ del 6 de octubre de 2010, sobre prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en Huaraz, mediante la cual se sancionó la recomendación de una asociación de transportistas y el acuerdo de sus asociados.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates, modalidad conocida tradicionalmente como licitación colusoria o *bid rigging* y prevista en el literal j) del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034¹³.

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 servicio¹⁴. 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 pro¹⁵.
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 geográficas¹⁶. 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.

¹³ Decreto Legislativo 1034

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,

¹⁴ 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>

¹⁵ 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).

¹⁶ 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>





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

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 Lima¹⁷.

3.3. Análisis de la conducta denunciada

34. Como se ha señalado, para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
35. En el presente caso, corresponde determinar si existen indicios razonables de que Master Medic y Roca hayan incurrido en prácticas colusorias horizontales en la LP 40-2010 y la ADP 3-2011.
36. Según se desprende de la denuncia, Master Medic y Roca habrían acordado que, en la LP 40-2010, la primera ganaría la buena pro mientras que, en la ADP 3-2011, la primera presentaría información falsa en el estudio de mercado y la segunda ganaría la buena pro.
37. En lo que se refiere a la LP 40-2010, Drager señaló lo siguiente:

*Otra muestra de la colusión (...) se observa en las cotizaciones presentadas por ambas en la Licitación Pública N° 40-2010-IN/PNP-FOSPOLI, en la que sus cotizaciones son extrañamente similares, (...) adicionalmente adjuntamos fotocopia de proforma original emitida por ROCA S.A., la cual difiere abismalmente de las presentadas a esta convocatoria, lo que demuestra que estas empresas están avocadas a realizar actuaciones fraudulentas con la finalidad de llevar a cabo prácticas restrictivas con la finalidad de favorecerse (...).*¹⁸

38. Como se puede apreciar, Drager sostuvo que Master Medic y Roca habrían incurrido en prácticas colusorias horizontales debido a la existencia de similitud entre las cotizaciones que presentaron en el estudio de mercado correspondiente a la LP 40-2010.
39. Al respecto, cabe precisar que la similitud entre los documentos presentados por dos competidores no demuestra, por sí sola, la existencia de indicios razonables de un acuerdo entre ellos. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que corresponde determinar si, al analizar esta similitud conjuntamente con los demás hechos denunciados, es posible concluir que existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales.
40. En lo que se refiere a la ADP 3-2011, Drager señaló lo siguiente:

Master Medic S.A. presentó el equipo marca Medec Beneview, adjuntando una pro forma indicando que cumple 100% con las Especificaciones

¹⁷ Para mayor detalle, ver Resolución 051-2010/CLC-INDECOPÍ de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Cabe precisar que esta decisión se encuentra pendiente de resolución en la segunda instancia administrativa.

¹⁸ Ver punto octavo del escrito de Drager del 4 de agosto de 2011, a fojas 6 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Técnicas solicitadas por la "Entidad", lo cual no es cierto, solo lo hizo para realizar, lo que en el medio se denomina "LLENAR CUADRO" por lo que se debe considerar que esa información es inexacta (...). Entendemos que la empresa Master Medic S.A. ha presentado su pro forma con la finalidad de favorecer a la empresa Roca SAC. (...). Que, estando a lo expuesto, queda claramente demostrado que ambas empresas se han coludido en este proceso.¹⁹

41. Como se ha señalado, mediante Resolución 186-DG-INMP-11 del 4 de agosto de 2011, el INMP declaró de oficio la nulidad de la ADP 3-2011 y dispuso la adopción de acciones para verificar la veracidad de la información presentada por Master Medic²⁰. Ello, como consecuencia de una denuncia interpuesta por la propia Drager ante el INMP.
42. Al respecto, Master Medic ha señalado que no presentó información falsa. Específicamente, ha precisado que la información que presentó correspondía a un equipo médico, modelo Saturn Evo Color Advanced, que fabricaba su proveedora, Medec Benelux N.V.²¹, pero que, en ese momento, no se encontraba disponible en nuestro país²².
43. Asimismo, Master Medic ha señalado que, el 1 de agosto de 2011, había remitido al INMP una carta en la que Medec Benelux confirmaba que el modelo Saturn Evo Color Advanced cumplía con las especificaciones técnicas correspondientes a la ADP 3-2011²³.
44. Además, mediante Carta 170-OEA-INMP-11 del 31 de agosto de 2011, el INMP informó a Master Medic que, "en virtud de la carta aclaratoria remitida por la Empresa Medec Benelux N.V. y lo opinado por el Programa de Gestión Tecnológica en Salud e Ingeniería Clínica del Instituto Nacional Materno Perinatal, se acreditó la veracidad de la información contenida en la cotización que fue observada por la Empresa DRAGEL MEDICAL GMBH Sucursal del Perú; motivo por el cual no corresponde adoptarse acciones administrativas y legales contra su representada"²⁴.
45. De acuerdo a lo anterior, habiéndose comprobado que Master Medic no presentó información falsa en el estudio de mercado y que Roca no ganó la buena pro en la ADP 3-2011, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de los hechos denunciados por Drager respecto de la ADP 3-2011.

¹⁹ Ver punto cuarto del escrito de Drager del 4 de agosto de 2011, a fojas 4 y 5 del Expediente.

²⁰ Ver fojas 492 a 494 del Expediente.

²¹ Empresa belga fabricante de algunos de los equipos médicos que Master Medic comercializa en el Perú.

²² Ver grabación de la entrevista a foja 3200 del Expediente.

²³ Dicha carta se encuentra a fojas 3458 a 3463 del Expediente.

²⁴ Ver foja 3450 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

46. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que, aún asumiendo que Master Medic hubiera presentado información falsa en el estudio de mercado y, de esta manera, hubiera provocado la aprobación de unas bases restrictivas en la ADP 3-2011, este hecho no hubiera tenido la capacidad de afectar la competencia en el referido proceso de selección. En efecto, hubiera bastado con que otras empresas, distintas a las denunciadas, presentaran sus propias cotizaciones o formularan observaciones a las bases del proceso de selección, para que el acuerdo entre Master Medic y Roca se frustrara.
47. Sobre la posibilidad de que otras empresas presentaran sus propias cotizaciones y frustraran el acuerdo, a manera de ejemplo, cabe señalar que, en la LP 40-2010, además de las denunciadas, Premium Medical E.I.R.L., Nilsa Servicios Generales E.I.R.L. y El Tumi S.R.L. presentaron sus propias cotizaciones en el estudio de mercado²⁵. Adicionalmente, como se puede verificar en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – SEACE, Master Medic y Roca compitieron en doce (12) procesos de selección²⁶ en los que otras empresas presentaron sus propias cotizaciones en el estudio de mercado.
48. Acerca de la posibilidad de que otras empresas formularan observaciones a las bases del proceso de selección y frustraran el acuerdo, el artículo 28 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 56 del Decreto Supremo 184-2008-EF establecen lo siguiente:

Decreto Legislativo 1017

Artículo 28.- Consultas y Observaciones a las Bases

(...)

A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

(...)

Artículo 56.- Formulación y absolución de observaciones a las Bases

Mediante escrito debidamente fundamentado, los participantes podrán formular observaciones a las Bases, las que deberán versar sobre el incumplimiento de las condiciones mínimas a que se refiere el artículo 26

²⁵ Ver Resumen Ejecutivo 3045-2010-DGPNP/FOSPOLI-GG-DL-DPTO.PROG (foja 183 del expediente).

²⁶ Específicamente, los siguientes: (i) ítem 1 de la Adjudicación de Menor Cuantía 704-2007-ESSALUD/RAS-2, convocada por EsSalud; (ii) ítem 4 de la Licitación Pública 1-2009-DIRESAJUNIN-1, convocada por el Gobierno Regional de Junín; (iii) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 23-2009-ESSALUD/GCL, convocada por EsSalud; (iv) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 73-2009-ESSALUD/GCL-1, convocada por EsSalud; (v) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 1571-2009-ESSALUD RAR-1, convocada por EsSalud; (vi) ítem 1 de la Licitación Pública 4-2010-HMA-1, convocada al amparo del Decreto de Urgencia 078-2009 por el Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora; (vii) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 13-2010-ESSALUD/GCL-1, convocada por EsSalud; (viii) ítem 11 de la Licitación Pública 20-2010-IN/PNP-FOSPOLI-1, convocada por FOSPOLI; (ix) ítem 1 de la Adjudicación Directa Pública 22-2010-GRL/CEP-1, convocada por el Gobierno Regional de Lima; (x) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 31-2010-INCOR-1, convocada por EsSalud; (xi) ítems 1, 3 y 4 de la Licitación Pública 4-2011-LP04-1, convocada por el Gobierno Regional de Ayacucho - Hospital Huamanga; y, (xii) ítem 1 de la Licitación Pública 10-2011-HNAL-1, convocada por el hospital Nacional Arzobispo Loayza.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003479

de la Ley, de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

(...)

49. De acuerdo a lo anterior, aún asumiendo que Master Medic hubiera presentado información falsa en el estudio de mercado y, de esta manera, hubiera provocado la aprobación de unas bases restrictivas en la ADP 3-2011, cualquier empresa que se hubiera sentido afectada podría haber formulado observaciones a las bases y, en ese supuesto, el INMP hubiera estado obligado a acogerlas e integrarlas a las bases, cumpliendo con fomentar la mayor concurrencia y participación de postores, de conformidad con lo dispuesto por el literal a) del artículo 26 del Decreto Legislativo 1017, que establece lo siguiente:

Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases

Las Bases de un proceso de selección serán aprobadas por el Titular de la Entidad o por el funcionario al que le hayan delegado esta facultad y deben contener obligatoriamente, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

a) Los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. No constituye tratamiento discriminatorio la exigencia de requisitos técnicos y comerciales de carácter general establecidos por las Bases;

50. A mayor abundamiento, esta Secretaría Técnica considera que resulta improbable que Master Medic y Roca hayan acordado que la primera ganaría la buena pro en la LP 40-2010 y la segunda ganaría la buena pro en la ADP 3-2011. Ello, considerando que un acuerdo de este tipo sólo hubiera tenido la capacidad de afectar la competencia si no existieran otras empresas dispuestas a participar en los procesos de selección.
51. Sin embargo, según el SEACE, en la nueva convocatoria correspondiente a la ADP 3-2011²⁷, la propia Drager participó y ganó la buena pro. Asimismo, se ha verificado que Master Medic y Roca compitieron en ocho (8) procesos de selección²⁸ en los que otras empresas también presentaron sus propias propuestas.
52. En conclusión, respecto de la LP 40-2010, la similitud entre las cotizaciones de Master Medic y Roca no demuestra, por sí sola, la existencia de indicios razonables de un acuerdo entre ellas. Por otro lado, respecto de la ADP 3-2011,

²⁷ Al respecto, cabe recordar que, mediante Resolución 186-DG-INMP-11 del 4 de agosto de 2011, el INMP declaró de oficio la nulidad de la ADP 3-2011, por lo que el 31 de agosto de 2011 se realizó una nueva convocatoria.

²⁸ Específicamente, los siguientes: (i) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 002-2006-IN/OGA-1, convocada por el Ministerio del Interior; (ii) ítem 61 de la Licitación Pública 2-2007-ESSALUD/GCL-1, convocada por EsSalud; (iii) ítem 4 de la Licitación Pública 3-2007-INSN-2, convocado por el Instituto Especializado de Salud del Niño; (iv) ítem 1 de la Adjudicación de Menor Cuantía 530-2007-ESSALUD-RAAR-1, convocada por EsSalud; (v) ítem 2 de la Adjudicación Directa Selectiva 1431-2007-ESSALUD RAR-2, convocada por EsSalud; (vi) ítem 25 de la Licitación Pública 3-2008-HONADOMANI-SB-1, convocada por el Hospital Nacional Docente Madre Niño - San Bartolomé; (vii) ítem 4 de la Adjudicación Directa Selectiva 5-2008-DIRESA-APURIMAC I-1, convocada por el Gobierno Regional de Apurímac; y, (viii) ítem 1 de la Adjudicación Directa Selectiva 331-2008-ESSALUD RAR-1, convocada por EsSalud.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003480

se ha comprobado que Master Medic no presentó información falsa en el estudio de mercado y que Roca no ganó la buena pro.

53. Por lo tanto, considerando estas conclusiones de manera conjunta, en opinión de esta Secretaría Técnica, no existen indicios razonables de que Master Medic y Roca hayan incurrido en prácticas colusorias horizontales en la LP 40-2010 y la ADP 3-2011 y que, en consecuencia, no corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Drager.

3.4. Precisión sobre los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

54. En el pasado, el incumplimiento del requisito de indicios razonables ha provocado, en algunos pronunciamientos, que se declare inadmisibile la denuncia²⁹ y, en otros, que ésta se declare improcedente³⁰. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera necesario analizar las características de los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034 y determinar la consecuencia aplicable al incumplimiento de cada uno de ellos.

55. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil³¹, cuya regulación es aplicable al presente procedimiento en cuanto resulte compatible³², establece que el incumplimiento de un requisito de forma provoca que se declare inadmisibile la demanda y que el incumplimiento de un requisito de fondo provoca que se declare improcedente la demanda.

56. Por su parte, el artículo 426 del Código Procesal Civil establece los requisitos de admisibilidad y reconoce la posibilidad de subsanarlos³³. En cambio, el artículo

²⁹ Al respecto, ver: Resoluciones 008-2007-INDECOPI/CLC, 001, 002 y 004-2008/ST-CLC-INDECOPI; 003 y 009-2009/ST-CLC-INDECOPI; 004, 009 y 019-2010/ST-CLC-INDECOPI; 002 y 005-2011/ST-CLC-INDECOPI; y, 1025-2012/SC1-INDECOPI.

³⁰ Ver Resoluciones 048 y 051-2004-INDECOPI/CLC, 040-2005-INDECOPI/CLC, 015-2006-INDECOPI/CLC y 0930-2011/SC1-INDECOPI.

³¹ Código Procesal Civil
Admisibilidad y Procedencia.-

Artículo 128.- El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

³² Ley 27444
Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

[Énfasis agregado]

³³ Código Procesal Civil
Inadmisibilidad de la demanda.-

Artículo 426.- El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

427 del Código Procesal Civil establece los requisitos de procedencia y no reconoce la posibilidad de subsanarlos³⁴.

57. Asimismo, el Poder Judicial ha señalado lo siguiente:

*La inadmisibilidad y la improcedencia son conceptos que se encuentran claramente definidos en el artículo 128 del Código Procesal Civil. **El acto procesal deberá ser declarado inadmisibile** cuando carece de un requisito de forma o este se ha cumplido defectuosamente, **siempre que resulte factible de ser subsanado, a diferencia de la improcedencia**, que opera cuando la omisión o defecto que se advierte en el acto procesal, es de un requisito de fondo y por ende, **no brinda margen a la parte para que pueda superarlo**.*³⁵

[Énfasis agregado]

58. En la misma línea, Monroy Palacios sostiene lo siguiente:

*Mientras **la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable** pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; **la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable** y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que ésta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia.*³⁶

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

Código Procesal Civil

Improcedencia de la demanda.-

Artículo 427.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

³⁵ Sentencia expedida en el Expediente 1138-2002, del 24 de setiembre de 2002. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Código procesal civil digital: compendio procesal civil y normas complementarias. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 217.

³⁶ MONROY PALACIOS, Juan José. Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano. En: Revista Oficial del Poder Judicial, 2007, pp. 293 y ss. Disponible en: [http://pucp.academia.edu/JuanJos%C3%A9Monroy/Papers/161100/Admisibilidad procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano](http://pucp.academia.edu/JuanJos%C3%A9Monroy/Papers/161100/Admisibilidad%20procedencia%20y%20fundabilidad%20en%20el%20ordenamiento%20procesal%20civil%20peruano).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003482

[Énfasis agregado]

59. De acuerdo a lo anterior, los requisitos de forma son subsanables por el demandante y su incumplimiento provoca que se declare la inadmisibilidad de la demanda. En cambio, los requisitos de fondo son insubsanables y su incumplimiento provoca que se declare la improcedencia de la demanda.
60. En lo que se refiere a los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, el artículo 19 establece lo siguiente:

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

- (a) *Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.*
- (b) *Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.*
- (c) *Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.*
- (d) *El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

61. Por otro lado, el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

62. Si bien las normas citadas no diferencian expresamente entre requisitos de admisibilidad y requisitos de procedencia, esta Secretaría Técnica considera que los literales (a), (c) y (d) del artículo 19 del Decreto Legislativo 1034 establecen requisitos de forma, cuyo incumplimiento puede ser subsanado por el denunciante. Así, por ejemplo, si el denunciante no presenta el comprobante de pago de la tasa, bastará que cumpla con presentarlo en el plazo correspondiente para que el requisito se entienda subsanado. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³⁷.

63. En cambio, la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva y la competencia de la Comisión, establecidos en el literal (b) del artículo 19 y en

³⁷ Ley 27444

Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada

125.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, constituyen requisitos de fondo para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, cuyo incumplimiento no puede ser subsanado por el denunciante.

64. Así, por ejemplo, la existencia de indicios razonables depende de la ocurrencia de un hecho en el pasado y, por lo tanto, no es subsanable. En efecto, la existencia de indicios razonables no puede ser materia de subsanación, porque no es posible subsanar un hecho del pasado, sino sólo de acreditación, a través de los medios probatorios aportados por el denunciante u obtenidos por la Secretaría Técnica.
65. Al respecto, cabe recordar que la Secretaría Técnica puede realizar requerimientos de información u otras actuaciones previas con la finalidad de determinar si efectivamente existen indicios razonables de una conducta anticompetitiva. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el principio de verdad material recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444³⁸ y las actuaciones previas a la admisión de trámite de una denuncia de parte reconocidas por el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034³⁹.
66. De acuerdo a lo anterior, los siguientes requisitos constituyen requisitos de forma y son subsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare inadmisibile la denuncia: nombre, denominación o razón social, domicilio y, de ser el caso, poderes del denunciante; identificación de los presuntos infractores, siempre que sea posible; y comprobante de pago de la tasa.
67. En cambio, los siguientes requisitos constituyen requisitos de fondo y son insubsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare improcedente la denuncia: indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva y competencia de la Comisión⁴⁰.

³⁸ Ley 27444, Ley General del Procedimiento Administrativo
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)

³⁹ Decreto Legislativo 1034

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

⁴⁰ Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el denunciante tiene derecho a impugnar ante la Sala de Defensa de la Competencia 1 la resolución que declare improcedente una denuncia. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.4 del Decreto Legislativo 1034, que establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.4. La resolución que declare inadmisibile o improcedente la denuncia es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

003484

68. Por lo tanto, considerando que no existen indicios razonables de que Master Medic y Roca hayan incurrido en prácticas colusorias horizontales en la LP 40-2010 y la ADP 3-2011, corresponde declarar improcedente la denuncia interpuesta por Drager.

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

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Drager Medical GmbH Sucursal del Perú contra Master Medic S.A. y Roca S.A.C., por presuntas prácticas colusorias horizontales en la Licitación Pública 40-2010/IN/PNP-FOSPOLI y en la Adjudicación Pública Directa 3-2011/INMP, debido a que no existen indicios razonables de la conducta denunciada.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico

Comisión de Defensa de la Libre Competencia

