

Si no puedes con el enemigo... ¿Colúdete con él? Las licitaciones colusorias en la normativa sobre libre competencia



LUIS MIGUEL LEÓN LUNA

Abogado por la Universidad de Lima.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 124

SUMARIO:

- I. La evolución normativa de las licitaciones colusorias:
 1. El Decreto Supremo 296-90-EF;
 2. El DL701;
 3. La entrada en vigencia del DL1034.
- II. Algunos conceptos relevantes sobre las licitaciones colusorias y su vinculación con la normativa aplicable a los procesos de selección públicos y/o privados.
- III. Las prácticas colusorias materia de análisis según los órganos funcionales del INDECOPI.

I. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LAS LICITACIONES COLUSORIAS

1. El Decreto Supremo 296-90-EF

La existencia de una legislación unificada sobre Libre Competencia tuvo una aparición relativamente reciente en nuestro país. En efecto, sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias que tuvieron ciertas referencias sobre tal materia, estas fueron dispersas e incluso defectuosas.¹

En tal sentido, a partir de una revisión de los antecedentes del Decreto Legislativo 1034 —Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas— (en adelante, el "DL1034"), puede considerarse al Decreto Supremo 296-90-EF de fecha 04 de noviembre de 1990, como el texto legal que presentó un mayor desarrollo conceptual en relación con sus antecesores, sin perjuicio de que este solo tuvo unos meses de existencia, debido a la entrada en vigencia, con fecha 05 de noviembre de 1991, del Decreto Legislativo 701 —Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia— (en adelante, el "DL701"), normativa inmediata anterior al DL1034.

Cabe indicar que, tal y como ocurre en el caso del DL1034 y del DL701, el referido Decreto Supremo 296-90-EF contenía, en primer término, una descripción general de las conductas consideradas como anticompetitivas y, en segundo término, una lista enunciativa de modalidades específicas de dichas conductas. En efecto, el Decreto Supremo 296-90-EF sintetizaba las prácticas anticompetitivas en: (i) actos derivados del abuso de una posición dominante en el mercado; (ii) prácticas monopólicas, oligopólicas, monopsónicas y oligopsonicas; y, (iii) acuerdos restrictivos.

Ahora bien, en el caso específico de las prácticas restrictivas de la libre competencia, el Artículo

4 del Decreto Supremo 296-90-EF contemplaba los siguientes supuestos: (i) los pactos o acuerdos entre personas naturales y/o jurídicas sobre precios, producción, comercialización y prestación de servicios; (ii) la exigencia de parte de personas naturales y/o jurídicas a otras, de no vender o no comprar con el propósito de perjudicar a un competidor; y, (iii) todos aquellos comportamientos que tiendan a eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Como puede apreciarse, el Decreto Supremo 296-90-EF no incluyó expresamente dentro del listado de prácticas restrictivas de la libre competencia a aquellas conductas anticompetitivas que se materializaran con motivo de la participación de agentes económicos en licitaciones, concursos, subastas y/o remates públicos, lo que, sin embargo, en nuestra opinión, no significaba que estas conductas no pudieran ser susceptibles de sanción. Así, consideramos que no hubiera existido impedimento alguno en que tales prácticas ilícitas fueran denunciadas ante la Comisión Nacional de Defensa de la Libre Competencia —autoridad competente sobre la materia en aquella época—, siendo que estas podían ser encuadradas dentro de alguno de los supuestos del citado Artículo 4 de dicho cuerpo legal, según el tipo de conducta implementada.

2. El DL701

Definitivamente la entrada en vigencia del DL701 marcó una pauta importante para el ordenamiento jurídico peruano, toda vez que supuso la aparición de un cuerpo legislativo moderno y acorde a las tendencias normativas vigentes de la época. Sin embargo, cabe advertir que en cuanto a las prácticas colusorias que nos ocupan, el texto original de dicha norma tampoco contenía una referencia expresa a estas, sin perjuicio de que, tal y como lo hemos manifestado al referirnos al Decreto Supremo 296-90-EF, consideramos que podrían haber sido sancionadas de todos modos, partiendo

1. En relación con la evolución histórica de la normativa peruana en materia de Libre Competencia, ver GAGLIUFFI, Ivo. *Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?* En: Universidad de Lima, XXV Aniversario de la Facultad de Derecho, Lima, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2006.

de la premisa de que tales conductas ilícitas podían implicar una infracción a los artículos 3^o y/o 6^o del DL701 —este último en su redacción original—, que contenían una cláusula general de conductas ilícitas y una definición de prácticas restrictivas de la libre competencia, respectivamente.

En ese orden de ideas, cabe indicar que la incorporación de las prácticas anticompetitivas en cuestión se produjo con la inclusión de un literal l) dentro del listado de conductas descritas en el artículo 6 del DL701, ello recién el 19 de abril de 1996, fecha en la cual entró en vigencia el Decreto Legislativo 807 —Facultades, Normas y Organización del INDECOPI— (en adelante, el “DL807”), cuyo artículo 12 introdujo el citado literal.⁴ En efecto, sin perjuicio de que como hemos indicado precedentemente, no habría existido inconveniente alguno en sancionar la implementación de actos anticompetitivos materializados en licitaciones, concursos, remates y/o subastas al amparo de la normativa vigente

anterior; lo cierto es que surgió la imperiosa necesidad de introducir legislativamente una sanción expresa a dichas prácticas, en atención a que estas resultaban cada vez más usuales en el mercado, tal y como lo advierte la Exposición de Motivos del DL807⁵ en los términos siguientes:

“2. Artículos 11 y 12 (Modificación de los Artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701).

Redefinición de los casos de abuso de posición de dominio y de prácticas restrictivas de la libre competencia.

La experiencia de los últimos tres años en la aplicación de la Ley de Libre Competencia demuestra que existían algunos supuestos que no habían sido contemplados de manera expresa como infracciones, pero que sin embargo suscitaban problemas en el mercado. Por otra parte, en algunos casos, estaban tipificados supuestos que ya estaban contemplados en otros incisos o que no constituían

2. DL701. Artículo 3.- *“Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorcionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.*
 3. DL701. Artículo 6.- *“Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

 - a) La concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización;
 - b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
 - c) El reparto de las cuotas de producción;
 - d) La concertación de la calidad de los productos, cuando corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales;
 - e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unas competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;
 - f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - g) Otros casos de efecto equivalente, que sean tipificados por decreto supremo referendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, Justicia e Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración”.*
4. DL807. Artículo 12.- *“Deróguese los incisos d) y e) del Artículo 5 del Decreto Legislativo 701, agréguese los incisos f), g) y h) al Artículo 6 e incorpórese un párrafo adicional al Artículo 20 del Decreto Legislativo 701:

“Artículo 6.-

(...)

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

...”.*
5. Publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 18 de abril de 1996.

técnicamente casos de prácticas monopólicas, controlistas o restrictivas, generando una duplicidad innecesaria. De otro lado, el Indecopi interpretó —en base a la normatividad existente antes de la reforma— que las infracciones tipificadas no constituían una relación taxativa, sino simplemente enunciativa, pudiendo contemplarse otros casos no previstos expresamente, siempre que se enmarcaran dentro de la cláusula general del artículo 3 de las definiciones generales de abuso de posición de dominio —(artículo 5)— y prácticas restrictivas —(artículo 6)— en el Decreto Legislativo 701, y que tuvieran efectos equivalentes a las prácticas expresamente contempladas. En tal sentido, aclarar legislativamente el ámbito de las prácticas prohibidas permite que los agentes económicos sean conscientes de los supuestos por los que pueden ser sancionados y no se inhiban únicamente de la realización de aquellos actos enumerados expresamente en la Ley. En consideración a las razones expuestas, se incorporan las siguientes modificaciones.

(...)

f) En el inciso i) del Artículo 6 se prohíbe las concertaciones en licitaciones, concursos,

remates o subastas públicas. En el pasado ha sido una práctica común en el Perú que los oferentes en este tipo de mecanismos de adquisición y contratación, en especial cuando son organizados por una entidad estatal, se pongan de acuerdo para fijar precios, establecer mecanismos de rotación para ganar la buena pro o se repartan el monto de contratación ofrecida mediante "ofertas" previamente conversadas. La tipificación en la Ley puede ser una señal clara sobre la ilegalidad de la práctica de forma que se mejore el funcionamiento de este tipo de mecanismos de adquisición y se ahoren recursos del Estado, dando una mayor transparencia a los procesos".⁶ (Subrayado y resaltado nuestro).

De esta forma, sin perjuicio de la existencia de una Cláusula General en el DL701, el legislador nacional adoptó la decisión de reprochar expresamente ciertas conductas que en la práctica habían adquirido una significativa habitualidad. Dicho cambio normativo introducido a partir de la vigencia del DL807 resulta coincidente con otros textos legales en materia de Libre Competencia del Derecho Comparado⁷ —ya sean éstos anteriores o posteriores al DL807, pero aún vigentes—, algunos de los cuales con-

6. Exposición de Motivos del DL807, p. 10.

7. Sobre el particular, por ejemplo, la Decisión 608, *Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina* (2005) establece lo siguiente:

"Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

(...)

e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas". Por su parte, la Sección 97 de la Ley de Competencia Alemana (1958) se refiere a los principios generales en materia de contratación pública de la siguiente manera:

"(1) Contracting entities shall procure goods, works and services in accordance with the following provisions through competition and by way of transparent award procedures".

Asimismo, la Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia Argentina (1995), contiene la siguiente disposición:

"Artículo 1.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio al interés económico general (...)"

"Artículo 2.- Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren los hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:

(...)

d) Coordinar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;

(...)"

denan expresamente⁸ como muy graves este tipo de conductas ilícitas e incluso prescinden de admitir la posibilidad de que éstas pudieran eventualmente ser susceptibles de acogimiento a los supuestos de exención regulados en tales legislaciones.⁹

Cabe indicar que, asimismo, lo anteriormente expuesto fue recogido en su oportunidad dentro de las tendencias de renovación de la

legislación peruana en materia de Libre Competencia durante la vigencia del DL701, tal y como pudo apreciarse en el texto del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, el cual contempló la consideración de las licitaciones, concursos, subastas y/o remates colusorios como infracciones susceptibles de sanción por parte del INDECOPI e incluso como elementos constitutivos de un tipo penal especial.¹⁰ Sin embargo, dicha propuesta legislativa no fue

En ese mismo sentido, la Ley Federal de Competencia Económica de México (1992) establece lo siguiente:
"Artículo 9.- Son prácticas monopolísticas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

(...)

IV.- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas."

Finalmente, otro ejemplo lo constituyen los artículos 11 y 12 de la Ley de Prácticas Comerciales Restrictivas, Monopolios y Control de Precios de Kenia [capítulo 504 de las leyes de dicho país, la cual entró en vigor el 1 de febrero de 1989], y que prohíben las licitaciones colusorias, castigándolas con penas de multa e incluso prisión, o ambas. Según tales disposiciones, el delito se comete cuando dos o más fabricantes, mayoristas, minoristas, contratistas o proveedores de servicios se ponen de acuerdo sobre las condiciones de sus ofertas o sobre abstenerse de presentarlas. Asimismo, dicho cuerpo legal considera delictiva la colusión de ofertas en un remate.

8. Cabe reiterar que el hecho de que una norma en materia de Libre Competencia no haya hecho una alusión expresa a la imposición de sanciones a las prácticas que impliquen la actuación coordinada entre postores participantes en licitaciones, concursos, remates y/o subastas, no significa que tales conductas se encuentren permitidas, pues tales prácticas podrían ser susceptibles de sanción a partir de las cláusulas generales de cada norma o, en todo caso, a título de reproche general de la concertación de precios, condiciones de comercialización, repartos de mercado, etc.

9. Sobre el particular, cabe resaltar lo indicado por el Boletín de Información No. 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD, en los términos siguientes: "Es importante señalar que los tipos de prohibición varían de un país a otro. El tipo de prohibición más severo es la prohibición per se, sobre todo en los Estados Unidos en el caso de las prácticas comerciales restrictivas horizontales, como los acuerdos de fijación de precios, los acuerdos de asignación de mercados y las licitaciones colusorias o la manipulación de las licitaciones. Los acuerdos horizontales no pueden autorizarse nunca y cuando se descubre su existencia son objeto de una impugnación automática.

(...)

Sin embargo, con la excepción del caso de la manipulación de las licitaciones, se emplea un enfoque relativamente más flexible respecto de las prácticas comerciales restrictivas horizontales en otros países, como la Unión Europea, que recurre a un enfoque de prohibición en principio.

(...)

Generalmente los acuerdos verticales reciben un trato más benévolo que los acuerdos horizontales y las licitaciones colusorias, por ejemplo en los Estados Unidos donde, con la excepción de la fijación de precios de reventa que está totalmente prohibida, el criterio del carácter razonable se aplica a todos los demás tipos de prácticas comerciales restrictivas verticales, que deben juzgarse caso por caso.

(...)

En determinados países, como los Estados Unidos, se persiguen penalmente las prácticas comerciales restrictivas "ilícitas de erradicar", como es el caso de la fijación de precios y la manipulación de las licitaciones. Los tribunales pueden imponer a los infractores penas de prisión y multas. Sin embargo, Alemania y la Comisión Europea sólo aplican en ese caso sanciones pecuniarias a las empresas. No obstante, esas sanciones pueden ser sustanciales y llegar hasta un 10% de la cifra de negocios de la empresa. En algunos países se aplican multas administrativas a las empresas y a los administradores si son culpables de graves transgresiones de la legislación sobre la competencia.

En el Reino Unido la ley no prevé sanciones y sólo si se comprueba que el acusado ha infringido la intimación de un tribunal para cesar en esa práctica puede ser castigado con una multa e incluso con una pena de prisión.

(...)"

10. Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Artículo 5. "Prohibición general de prácticas colusorias. Para efectos de la promoción de la competencia en el mercado, se prohíben y serán sancionados los acuerdos entre

aprobada y, más bien, tuvieron que pasar algunos años para que surgiera un nuevo cuerpo legal en materia de Libre Competencia, esto es, el DL1034 actualmente vigente.

3. La entrada en vigencia del DL1034

El DL1034, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de junio de 2008, trajo consigo algunas novedades interesantes en relación con la normativa predecesora sobre la materia, lo que convierte a dicho cuerpo legal en un dispositivo moderno y que intenta recoger las tendencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias vigentes no solo en el Perú, sino también en el Derecho Comparado. Ahora bien, en el caso específico de la figura que nos ocupa, cabe advertir que el DL1034 contiene una regulación expresa sobre ella, según se aprecia en su artículo 11, que establece lo siguiente:

*"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;
(...)*

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

d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas."

Como puede apreciarse, la figura bajo análisis no solo ha sido consagrada expresamente en el DL1034, sino que, asimismo, ésta se encuentra catalogada como una prohibición absoluta, es

*empresas, las decisiones o recomendaciones de gremios empresariales o profesionales y las prácticas concertadas, cualquiera sea la forma que adopten, que tengan por efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia, y que se ejecuten afectando significativamente, en todo o en parte, el funcionamiento del mercado nacional. Las prácticas y/o conductas prohibidas podrán consistir, enunciativamente y a manera de ejemplo, en:
(...)*

*(j) El establecimiento, concertación o coordinación de posturas o la abstención en las licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como subastas públicas y remates;
(...)"*

*"DISPOSICIÓN MODIFICATORIA ÚNICA.- Modificación del Código Penal.
Sustitúyase los artículos 232° y 241° del Código Penal por los textos siguientes:
(...)*

"Artículo 241°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con noventa a ciento veinte días-multa quien, con la finalidad de alterar el precio que habría de resultar de la libre competencia en las licitaciones o concursos públicos u otros procesos de selección de compras estatales, realice cualquiera de las siguientes conductas:

- 1. Solicita o acepta dádulas o promesas para no tomar parte en los procesos de selección;*
- 2. Intente alejar a los postores por medio de amenazas, dádulas, promesas o cualquier otro artificio;*
- 3. Concerta o coordina con otro las ofertas o las abstenciones de presentar ofertas en procesos de selección cuyo valor referencial sea superior a diez mil (10 000) UITs.*

En estos casos se impondrá además al agente o a la empresa por el representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el delito a que se refiere el numeral 3 del presente artículo es cometido en licitaciones o concursos públicos u otros procesos de selección de compras estatales y el precio base o de referencia supera los cien mil (100 000) UITs."

decir, como una práctica cuyo reproche se producirá con la sola acreditación de su existencia, independientemente de sus efectos.¹¹ Así, dicha situación evidencia la intención del legislador de reprimir con mayor severidad tales conductas por considerarlas particularmente graves.

II. ALGUNOS CONCEPTOS RELEVANTES SOBRE LAS LICITACIONES COLUSORIAS Y SU VINCULACIÓN CON LA NORMATIVA APLICABLE A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PÚBLICOS Y/O PRIVADOS

Luego de haber revisado brevemente la evolución legislativa en materia de Libre Competencia en relación con la modalidad de práctica colusoria que motiva el presente artículo, consideramos pertinente referirnos a ciertos conceptos relevantes sobre esta, lo que permitirá conocer mejor sus alcances. Cabe señalar que para efectos prácticos, cuando nos referimos genéricamente a las "licitaciones colusorias"¹², debe entenderse que tal denominación se hace extensiva a las prácticas anticompetitivas que se materialicen en otros tipos de convocatorias análogos, tales como concursos, adjudicaciones, remates, subastas, entre otras.

Ahora bien, el supuesto en cuestión puede definirse como toda aquella conducta consistente en la coordinación entre dos o más postores respecto de las condiciones de su participación o de su abstención de ella, en licitaciones, concursos, remates, subastas u otras modalidades análogas, con la finalidad de obtener un beneficio que se extiende a todos los integrantes del cártel.¹³ En estos casos, la habitual individualidad y reserva de las propuestas de cada uno de los postores participantes en dichos procedimientos se convierten en una actuación conjunta y coordinada entre ellos, en virtud de la cual los términos y condiciones de tales propuestas son revelados antes de la realización de los actos públicos, que, en condiciones normales, sirven precisamente para dar a conocer los alcances de éstas a través de la apertura de sobres. Dicha situación hace que tales conductas ilícitas resulten particularmente graves para el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los alcances de la práctica anticompetitiva bajo análisis, cabe indicar que esta puede ser materializada por los postores participantes en una licitación, concurso, remate, subasta u otra modalidad similar a través de dos tipos de conductas: (i) *activas* (tales como por

11. DL1034. "Artículo 8.- *Prohibición absoluta.*

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

Artículo 9.- *Prohibición relativa.*

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

12. Cabe señalar que las licitaciones colusorias se denominan "bid rigging" en el Derecho Anglosajón.

13. En relación con los alcances de la definición de estas prácticas anticompetitivas, cabe citar a Odrizola, Hissary y Barrantes, quienes plantean lo siguiente: "Mediante la licitación fraudulenta, distintos competidores se ponen de acuerdo a la hora de realizar sus ofertas en un concurso, procedimiento de subasta o licitación. (...) su finalidad es organizar el mercado de la oferta y modificar las condiciones de las transacciones comerciales en función de unos factores que no son el resultado del libre juego de la competencia.

La licitación fraudulenta puede materializarse de distintas formas: distintos competidores pueden ponerse de acuerdo en el precio de oferta, con la esperanza de obtener todos, parte del objeto de la subasta, o establecer sistemas de rotación que aseguren un ganador diferente en cada nueva subasta.

En el citado asunto Tubos Precisiósis, referente a contratos de calificación urbana, que se otorgaban mediante licitación pública, los miembros del cártel asignaban cada nuevo proyecto anunciado a un "favorito", que decidía el precio que iba a ofertar y los demás fabricantes presentaban ofertas más elevadas para asegurarse de que el primero obtenga el contrato. Los contratos eran repartidos de acuerdo con las tradicionales relaciones con los clientes de cada una.

En el asunto Industria de la construcción de los Países Bajos, 28 asociaciones de constructores habían creado una organización de asociaciones profesionales, SPO, cuyas estatutos proveían una función de regulación profesional en relación con la concertación de precios y ofertas en el mercado creando un sistema obligatorio para sus miembros cuya finalidad

ejemplo la determinación coordinada del precio u oferta económica de las propuestas, así como de la calidad o características de los bienes y/o servicios ofertados); y, (ii) *omisivas* (como por ejemplo la abstención coordinada respecto de la participación de los postores en un proceso de selección).

Por otro lado, resulta pertinente señalar que el literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 contiene un amplio listado de modalidades de procedimientos dentro de los cuales pueden configurarse los supuestos anticompetitivos descritos en el párrafo precedente, siendo que existen en nuestro ordenamiento jurídico múltiples normas que obligan a la realización de licitaciones, concursos, remates, subastas y otras modalidades y que podrían eventualmente facilitar la adopción de prácticas colusorias. Nótese que, precisamente, la citada disposición legal ha utilizado una terminología sumamente amplia respecto de las modalidades de contratación susceptibles de generar este tipo de conductas —licitaciones, concursos, subastas y remates, públicos y/o privados—, a efectos de evitar que ciertos procedimientos pudieran ser eventualmente excluidos del análisis por

parte de la autoridad de competencia, a partir de una interpretación literal de la norma bajo comentario.

Sobre el particular, cabe resaltar que no solo puede configurarse una infracción al DL1034 a partir de la presentación de posturas en licitaciones, concursos, remates y/o subastas de carácter público—esto es, en aquellos casos en los que tales procedimientos se llevan a cabo a instancia de una entidad estatal—; sino que existen algunos casos en los que se desarrollan procedimientos de carácter privado que podrían motivar la adopción de acuerdos anticompetitivos por parte de los postores participantes, tal y como ha sido reconocido expresamente por la propia jurisprudencia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI – CLC (en adelante, la “CLC”), incluso antes de la entrada en vigencia del DL1034.¹⁴

En ese orden de ideas, el legislador nacional, al redactar el citado literal j) del artículo 11.1 del DL1034, ha pretendido precisar que no solamente serán susceptibles de sanción aquellas conductas que adopten los postores en el ámbito de los procesos de selección regulados por la

eva restringir y falsear la competencia, ya que preveía intercambios de información previos a las adjudicaciones, la concertación de las ofertas de precio, la fijación total o parcial de los precios de venta y otras condiciones de transacción de los contratos de construcción y la distribución entre sus miembros al mercado de la demanda mediante la designación previa de las empresas adjudicatarias, la protección del derechohabiente y las posibilidades de retirada o de preferencias.

En España, el TDC ha multado a distintas agencias de viaje por la constitución de una A.J.E. [esta es una Agrupación de interés económico, figura societaria de la legislación española, que tiene como finalidad facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, sin ánimo de lucro para sí misma, sino que posee carácter instrumental, al constituirse con la finalidad de desarrollar una actividad económica auxiliar de la que desarrollan sus socios, para permitirles mejorar sus propios resultados] con el objeto de presentar ofertas idénticas al concurso público para la ejecución del programa de vacaciones para personas de la tercera edad gestionado por el INSERSO, la ejecución conjunta del mismo con independencia del resultado de la licitación y la celebración de acuerdos con otras agencias en los que éstas se comprometían a no presentarse al citado concurso. Asimismo, el TDC ha multado a distintas laboratorios por la presentación de ofertas idénticas en precio a concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para el suministro de vísceras antigripales.” En: Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España – Tomo I. BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. Barcelona: Editorial Bosch, 2005. pp. 260-261.

14. En tal sentido, la CLC ha establecido lo siguiente: “Las licitaciones colusorias son concertaciones de precios u otras condiciones comerciales entre dos o más empresas competidoras participantes en un proceso de licitación, concurso, remate o subasta pública, promovido por una empresa o institución, pública o privada, para el abastecimiento de bienes o servicios.” (Subrayado y resaltado nuestro). Resolución No. 006-2004-INDECOPI/CLC, de fecha 18 de febrero 2004, en los seguidos De Oficio vs. Sevilla Rodríguez y otro (Exp. No. 003-2003/CLC). En el mismo sentido, Resolución No. 036-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 12 de junio 2006, en los seguidos De Oficio vs. Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. (Investigación Preliminar No. 036-2006/CLC); Resolución No. 041-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de junio 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 008-2006/CLC); y, Resolución No. 042-2006-INDECOPI/CLC de fecha 19 de junio 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 042-2006/CLC).

normativa sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sino que existen otros dispositivos legales y algunas prácticas comerciales habituales que originan la realización de procedimientos de esta naturaleza para la satisfacción de requerimientos de bienes y/o servicios, ya sea por parte de entidades públicas como privadas, y que pueden ser el escenario para la adopción de prácticas anticompetitivas.

En primer lugar, el citado literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 hace alusión a las licitaciones colusorias. Definitivamente, la mayor parte de licitaciones que se llevan a cabo en nuestro país se originan en necesidades de bienes, suministros u obras públicas¹⁵ por parte de entidades estatales, que se encuentran regidas por la normativa sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado, esto es, el Decreto Legislativo 1017 —Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado— (en adelante, la “Ley de Contrataciones del Estado”) y el Decreto Supremo 184-2008-EF —Reglamento del Decreto Legislativo 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado— (en adelante, el “Reglamento de Contrataciones del Estado”).

En tal sentido, cabe destacar que, tal y como ha sido advertido anteriormente al comentar la Exposición de Motivos del DL807, fue justamente este tipo de procedimientos el que inspiró la incorporación del inciso i) en el Artículo 6 del DL701 —norma antecesora al hoy vigente DL1034—, siendo que se había convertido en una práctica habitual la participación concertada de postores en procesos de selección.

15. Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 16.- “Licitación pública y concurso público. La licitación pública se convoca para la contratación de bienes, suministros y obras. (...)”.

Reglamento de Contrataciones del Estado. Artículo 19.- “Tipos de Procesos de Selección. De conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley, son procesos de selección los siguientes: I, Licitación Pública, que se convoca para la contratación de bienes y obras, dentro de los márgenes que establecen las normas presupuestarias. (...)”.

16. Cabe indicar que la Ley de Contrataciones del Estado y el Reglamento de Contrataciones del Estado han recogido los criterios contenidos en las normas predecesoras sobre la materia, vigentes en los últimos diez años, a saber: (i) la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y, (ii) el Decreto Supremo 012-2001-PCM, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Decreto Supremo 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Coincidentemente, la propia normativa vigente en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, también ha previsto la imposición de sanciones por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (en adelante, el “OSCE”, antes CONSUCODE)¹⁶, a aquellos postores que a través de su participación en procesos de selección adopten acuerdos anticompetitivos, tal como se desprende del Artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado y del Artículo 237 del Reglamento de Contrataciones del Estado, los cuales establecen respectivamente lo siguiente:

Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 11.- “Los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes”.

Reglamento de Contrataciones del Estado. Artículo 237.-

“1. *Infracciones.*

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

(...)

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

(...)

2. Sanciones.

En los casos que la Ley o este Reglamento lo señalen, el Tribunal impondrá a los proveedores, participantes, pastores y contratistas las sanciones siguientes:

a) *Inhabilitación temporal*: Consiste en la privación, por un período determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Esta inhabilitación en ningún caso podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.

b) *Inhabilitación definitiva*: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, pastores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones, que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, pastor o contratista.

c) *Económicas*: Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por la Entidad o el Tribunal. Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devolverá la garantía por el Tri-

bunal o la Entidad. En caso de desistimiento, se ejecutará el cien por ciento (100%) de la garantía.

(...)

Los proveedores, participantes, pastores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del artículo 51 de la Ley y en los literales a), b), c), d), e), f), h), i), j) y k) del numeral 1) del presente artículo, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años. La imposición de las sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas.¹⁷

Ahora bien, existen otras disposiciones legales adicionales que obligan a la realización de licitaciones en diversos supuestos y, en consecuencia, tales mecanismos de contratación también se encontrarán sujetos al literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 en caso de detectarse la adopción de prácticas anticompetitivas. Así, ello ocurre con los procesos de selección cuya realización no se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones del Estado y por el Reglamento de Contrataciones del Estado por propia disposición de éstos¹⁸, incluyendo las convocatorias efectuadas por PROINVERSIÓN

17. Sobre la prohibición de adoptar prácticas restrictivas de la libre competencia en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cabe citar a Retamozo, quien sostiene lo siguiente:
"En relación a la prohibición de prácticas restrictivas de la libre competencia, (...) los pastores están prohibidos de celebrar acuerdos entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia (concertación de precios). El incumplimiento de dicha disposición implica para el infractor la inhabilitación para contratar con el Estado, "sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes".
 (...)
 Este tema es recurrente en la Administración Pública. Son muchas las quejas, en especial de aquellos que recién ingresan al negocio de venderle al Estado, de la evidente concertación de precios de algunos pastores, quienes siempre coinciden en los precios y, al parecer se turnan para interponer las impugnaciones cuando para algún pastor que es ajeno a ellas". RETAMOZO, Alberto, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Jurista Editores, Lima, 2005. pp. 85-184.
18. En cuanto a los procesos de selección que se encuentra fuera de los alcances de la normativa en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:
 Artículo 3.- *Ámbito de aplicación.*
 (...)
 3.3 *La presente norma no es de aplicación para:*
 (...)
 g) *Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal;*
 (...)

para la ejecución de diversas obras de infraestructura pública o para la prestación de servicios de asesoría en diversas materias¹⁹ o por el Banco Central de Reserva - BCR para la emisión de billetes y/o monedas²⁰, por citar algunos ejemplos. Asimismo, cabe indicar que, eventualmente, algunas entidades y/o empresas llevan a cabo

licitaciones privadas con la finalidad de adquirir bienes, contratar servicios y/o ejecutar obras.²¹

Así, en caso de que se determinara la existencia de prácticas anticompetitivas entre los postores participantes en una licitación, ya sea ésta pública o privada, la CLC podrá imponerles la

l) *La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos;*
m) *La transferencia al sector privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización;*
(...)"

19. Sobre el particular, cabe advertir que PROINVERSIÓN ha publicado en su portal web en los últimos años diversas convocatorias, entre ellas, las siguientes: (i) LPI 001/2007 "Estudio de infraestructura y equipamiento de Terminal Portuario Pata, Graf San Martín e Ito"; (ii) LPI 002/2007 "Servicio Consultoría Proyecto Nuevo Sistema de Tratamiento de agua para la ciudad de Lima"; (iii) LPI 003/2007 "Estudio Selección de la configuración y características básicas línea Transmisión Chilca-La Planicie-Zapallar"; (iv) LPI 004/2007 "Estudio de impacto Ambiental de el Proyecto Derivación Huascacocha - Rimac"; (v) LPI 005/2007 "Estudio de Demanda de la concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico Transporte Masivo Lima y Callao"; (vi) LPI 006/2007 "Asesoría de transacción - Afianzamiento Hídrico e Infraestructura Irrigación Pampas de Siguaná"; (vii) LPI 008/2007 "Asesoramiento Financiero para Procesos de Concesión de Líneas de Transmisión Eléctricas"; (viii) LPI 009/2007 "Asesoramiento Financiero para Valorización de Acciones de POMALCA S.A.A y TUMÁN S.A.A"; (ix) LPI 001/2008 "Consultoría para la elaboración de los Expedientes Técnicos y Estudios de Prefactibilidad para el Proceso de Promoción Privada del Segundo Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú"; (x) Licitación Pública Internacional para la entrega de concesiones de suministro de energía eléctrica destinada al servicio público de electricidad (Año 2009); y, (xi) Licitación Pública Internacional para promover la inversión privada en el Proyecto Central Hidroeléctrica Santa Teresa (Año 2010). (Fuente: <http://www.proinversion.gob.pe>).
20. La emisión de billetes y monedas posee una regulación específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 45 del Decreto Ley 26123, *Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú* (en adelante "la Ley Orgánica del BCR") establece expresamente lo siguiente:
Artículo 45.- "Con acuerdo del Directorio, la fabricación de billetes y monedas debe ser contratada por el Banco mediante Licitación Internacional por invitación, conforme a las reglas que se determine en los Estatutos".
Por su parte, el Artículo 20, literal I) de los Estatutos del BCR reafirma tal atribución conferida al Directorio de dicha entidad respecto de la aprobación de la realización de la correspondiente Licitación Internacional por Invitación para la emisión de billetes y/o monedas. En efecto, la citada disposición establece las siguientes consideraciones:
Artículo 20.- "Además de los deberes y atribuciones señalados en el artículo 24 de la Ley Orgánica y en otras disposiciones de la misma, el Directorio tiene los siguientes deberes y atribuciones:
20.1 En el ámbito de la flexibilidad y funciones del Banco:
(...)
II) Decidir la compra o la fabricación de billetes y monedas, la cantidad a contratar a través de licitación internacional y encargar a la Gerencia General la elaboración de las bases y realización de la correspondiente licitación.
(...)"
21. Por citar sólo algunos ejemplos, podemos referirnos a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV, la cual ha convocado a ciertas licitaciones privadas para la adquisición de algunos bienes, como ocurrió en el caso de las Adjudicaciones Directas por Invitación No. 002-2005-CONASEV-GAF y No. 003-2005-CONASEV-GAF, para la compra de 14 notebooks y 20 computadoras personales, respectivamente. (Fuente: <http://www.mef.gob.pe/oga/2005IV/procesosiv2005.htm>).
Asimismo, la Compañía Minera Ares S.A.C. otorgó mediante licitación privada a la empresa Translei S.A. la ejecución de La Obra Denominada "Construcción del Levantamiento de la Presa de Relaves - Etapa 3", en la provincia de Caylloma, Arequipa. Dicha obra comprendía el recrecimiento de la presa de relaves hasta la cota 4,936.5 m.s.n.m., así como de la herma de estabilización con rellenos de material granular y extensión de la cobertura impermeabilizante de geomembrana de HDPE lisa, de 60 mil de espesor en el talud de aguas arriba. (Fuente: http://www.translei.com.pe/TransleiNews/TL_News13/TransleiNews13_pp_0y9.htm).
Por otro lado, Sociedad Minera El Brocal S.A.A., vende su producción de concentrados al mercado local e internacional, mediante contratos con términos fijos de mínimo un año, a través de licitación privada (Fuente: http://www.elbrocal.com.pe/pdf/politicas_smeb.pdf).

sanción que corresponda según la gravedad de dichas conductas, a partir de lo establecido en el DL1034.²²

En segundo lugar, al igual que en el caso de las licitaciones, la mayor parte de concursos que se llevan a cabo en nuestro país se originan en necesidades provenientes de entidades estatales, pero vinculadas básicamente a la prestación de servicios²³ y se encuentran regidos por la Ley de Contrataciones del Estado y por el Reglamento de Contrataciones del Estado. Sin embargo, existen otras disposiciones legales que obligan a la realización de concursos públicos en diver-

sos supuestos —no solo para la prestación de servicios— y que, en consecuencia, también se encontrarán sujetos al literal j) del artículo 11.1 del DL1034 en caso de detectarse la adopción de prácticas anticompetitivas, tal y como ocurre con los procesos de selección cuya realización no se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones del Estado y por el Reglamento de Contrataciones del Estado por propia disposición de estos²⁴ u otros procedimientos tales como, por ejemplo, aquellos vinculados a la prestación de ciertos servicios por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones – AFP²⁵, las convocatorias efectuadas por PROINVERSIÓN

22. Así, el Artículo 43 del DL1034 contiene las siguientes disposiciones respecto de la aplicación de multas a los agentes económicos infractores a dicho cuerpo legal:
- Artículo 43.- *“El monto de las multas.*
- 43.1. *Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:*
- a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;*
 - b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión; o,*
 - c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.*
- 43.2. *En caso de tratarse de colegios profesionales o gremios de empresas, o agentes económicos que hubieran iniciado sus actividades después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1 000) UIT.*
- 43.3. *Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una persona jurídica, sociedad irregular, patrimonio autónomo o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.*
- 43.4. *La reincidencia se considerará circunstantia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.*
- 43.5. *Para calcular el monto de las multas o aplicarse de acuerdo a la presente Ley, se utilizará la UIT vigente a la fecha de pago efectiva o ejecución coactiva de la sanción.*
- 43.6. *La multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele su monto con anterioridad o la culminación del término para impugnar la resolución de la Comisión que puso fin a la instancia y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.”*
23. Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 16.- *“Licitación pública y concurso público. (...) El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza. (...)”*
- Reglamento de Contrataciones del Estado. Artículo 19.- *“Tipos de Procesos de Selección. De conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley, son procesos de selección los siguientes:*
- 1. Concurso Público, que se convoca para la contratación de servicios, dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias. (...)”*
24. Ver Nota al Pie No. 18.
25. Así, el Decreto Supremo 054-97-EF, Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administra-

para la ejecución de diversas obras de infraestructura pública o para la prestación de servicios de asesoría en diversas materias²⁶, aquellos convocados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC en materia de telecomunicaciones²⁷ y radiodifusión²⁸ o por aquellos

llevados a cabo por el Ministerio de Agricultura para algunos casos de aprovechamiento de recursos forestales con fines maderables.²⁹

Asimismo, eventualmente algunas entidades y/o empresas llevan a cabo concursos privados

ción de Fondos de Pensiones contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 48.- "Contratación de la Renta Vitalicia Personal o Familiar:

La contratación de la Renta Vitalicia Personal o Familiar deberá ser efectuada por el trabajador siguiendo el procedimiento que para dicho propósito establezca la Superintendencia.

Dicho procedimiento debe, por lo menos, contener: (i) un concurso de propuestas presentadas por lo menos por tres AFP o Empresas de Seguros designadas por el afiliado, según sea el caso; (ii) una evaluación técnica de las propuestas por la AFP en la que el trabajador se encuentre afiliado; y, (iii) la obligación, del afiliado de elegir la propuesta que ofrezca la pensión más alta".

Artículo 52.- "Administración por la Empresa de Seguros

En el caso de que una AFP opte por no administrar los riesgos a que se refiere el presente subcapítulo, la administración de tales riesgos se traslada a las Empresas de Seguros. En este último caso, quedan comprendidos todos sus afiliados, correspondiendo a cada afiliado designar a través de la AFP la Empresa de Seguros que administre dichos riesgos o, en su caso, delegar en la AFP la selección de la misma. La selección de la Empresa de Seguros por parte de la AFP debe efectuarse utilizando los mecanismos de concurso establecidos por la Superintendencia".

Cabe indicar que la Resolución No. 232-98-EF-SAFP, Aprueban el Título VII del Ccompendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a Prestaciones, contiene las disposiciones específicas sobre tales concursos.

26. Sobre el particular, cabe advertir que PROINVERSIÓN ha publicado en su portal web en los últimos años, entre otras, las siguientes convocatorias: (i) IP No. 009-2007, Adquisición de Tierras Erietas para el Desarrollo de Actividades de Agroexportación, Agroindustria, Forestación y Agroforestería; (ii) Concurso Público Internacional para otorgar en concesión el Proyecto Línea de Transmisión SGT en 500 Kv Chilca – Marcona – Montalvo (Año 2010); y, (iii) Concurso Público No. 002-2011, Contratación de un Asesor Integral para el Concurso de Proyectos Integrales para la entrega en concesión al sector privado del Aeropuerto Internacional de Chinchero – Cusco (AICC) (Fuente: <http://www.proinversion.gob.pe/>).

27. En tal sentido, cabe indicar que el Decreto Supremo No. 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 34.- "Las solicitudes de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, requirirán de Contrato de Concesión, se atenderán siguiendo el trámite establecido en el Reglamento de esta Ley. El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción podrá decidir la concesión mediante concurso público de ofertas.

Las bases y conducción del concurso público de ofertas están a cargo de la Dirección General de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción."

Artículo 70.- "Por Decreto Supremo se podrá restringir el número de concesionarios de un determinado servicio.

Las restricciones adoptadas pueden incorporarse en los contratos de concesión.

En los casos antes referidos será obligatorio el otorgamiento de las concesiones por el mecanismo del concurso público."

Por su parte, el Decreto Supremo 020-2007-MTC, Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones contiene las disposiciones específicas sobre tales concursos públicos.

28. Sobre el particular, la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión establece expresamente lo siguiente:

Artículo 16.- "Modalidades de otorgamiento de la autorización:

Las autorizaciones del servicio de radiodifusión se otorgan a solicitud de parte o por concurso público. El concurso público es obligatorio cuando la cantidad de frecuencias o canales disponibles en una banda es menor al número de solicitudes presentadas.

La conducción de los concursos públicos está a cargo del Ministerio, actuando como veedor el Consejo Consultivo de Radio y Televisión."

Por su parte, el Decreto Supremo 005-2005-MTC, Aprueban Reglamento de la Ley de Radio y Televisión contiene algunas disposiciones específicas sobre tales concursos públicos.

29. En tal sentido, el Artículo 10 de la Ley 27306, Ley Forestal y de Fauna Silvestre establece expresamente lo siguiente:

Artículo 10.- "Modalidades de aprovechamiento:

El aprovechamiento y manejo de los recursos forestales en bosques naturales primarios se realiza en las siguientes modalidades:

con la finalidad de adquirir bienes, contratar servicios y/o ejecutar obras.³⁸

En todos estos casos, tal y como ocurre con las licitaciones, si se determinase la existencia de prácticas anticompetitivas entre los postores participantes en cualquier tipo de concurso, ya sea este público o privado, la CLC podrá imponerles la sanción que corresponda según la gravedad de dichas conductas.³⁹

En tercer lugar, cabe indicar que cuando el literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 se refiere a "otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente", ello involucra principalmente a las adjudicaciones directas y de menor cuantía que impliquen la adquisición de bienes y la contratación de servicios, de conformidad con lo prescrito por los artículos 17 y 18 de la Ley de Contrataciones del Estado y por el Artículo 19 del Reglamento de Contrataciones del Estado, que establecen lo siguiente:

Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 17.- "La adjudicación directa se aplica para las contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público. La adjudicación directa puede ser pública o selectiva. El Reglamento señalará la forma, requisitos y procedimiento en cada caso."

Artículo 18.- "La adjudicación de menor cuantía se aplica a las contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso pública. El Reglamento señalará los requisitos y las formalidades mínimas para el desarrollo de los procesos de selección a que se refiere el presente artículo. Las Entidades deberán publicar en su portal institucional los requerimientos de bienes o servicios a ser adquiridos bajo la modalidad de menor cuantía. (...)".

1. Concesiones forestales con fines maderables
(...)

b. Concesión en concurso público, en unidades de aprovechamiento de 5 000 (cinco mil) hasta 10 000 (diez mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables, a favor de medianos y pequeños empresarios, en forma individual u organizados en sociedades u otras modalidades empresariales, cuyo plan de manejo comprenderá subunidades de aprovechamiento no menores a 1 000 (mil) hectáreas, con planes de manejo que el INREMA establece para esta modalidad, de acuerdo al reglamento.
(...)"

Por su parte, el Decreto Supremo 014-2001-AG, Aprueban Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre contiene algunas disposiciones específicas sobre dichos concursos públicos.

30. Por citar sólo algunos ejemplos, podemos referirnos, en primer lugar, a la Superintendencia de Banca y Seguros-SBS, la cual ha convocado algunos concursos privados para la selección de empresas a las cuales se transferirían los fondos para el pago de los depósitos no cubiertos por el fondo de seguros de depósitos del Banco Nuevo Mundo en Liquidación. (Fuente: http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Inierna.aspx?ARE=0&PEL=1&JER=686). Asimismo, Minera Perú Copper convocó a un concurso privado de difusión pública para seleccionar y contratar a la empresa encargada de la construcción de la planta de tratamiento de las aguas ácidas provenientes del Túnel Kingsmill en Junín. (Fuente: <http://www.peru.copper.com/Downloads/lineamientos/5.%20Lineamientos%5B1%5D.pdf>). Otros ejemplos de tales procedimientos son el Concurso Privado por Subasta al mejor postor que fue convocado en el año 2004 para la operación del servicio de rampa a terceros y el Concurso Privado del año 2006 para el Terminal de Almacenamiento de Carga Refrigerada para Exportación, ambos en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. (Fuente: <http://www.mincetur.gob.pe/intranet/fin/upload/VerUpload.asp?table=COMUNICADO&item=185>). Finalmente, la Asociación Los Andes de Cajamarca convocó recientemente al Concurso Privado para Ejecución de Obras No-PMSC-2011/001, con la finalidad de seleccionar al contratista (persona jurídica, nacional o extranjera, en forma individual o asociada) para que se encargue de la ejecución de obra del proyecto denominado: "Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable y Litrinización del Caserio San Nicolás de Chofluagón - Distrito de La Encarnada - Provincia de Cajamarca". (Fuente: <http://www.fondosolidaridadcajamarca.org/concursos/todos-los-procesos/121-concurso-privado-pm-sc-2011-001>).

31. Ver Nota al Pie No. 22.

Reglamento de Contrataciones del Estado. Artículo 19.- *"De conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley, son procesos de selección los siguientes:*

(...)
3. *Adjudicación Directa, que se convoca para la contratación de bienes, servicios y ejecución de obras, conforme a los márgenes establecidos por las normas presupuestarias. La Adjudicación Directa puede ser Pública o Selectiva.*

La Adjudicación Directa Pública se convoca cuando el monto de la contratación es mayor al cincuenta por ciento (50%) del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias. En caso contrario, se convoca a Adjudicación Directa Selectiva.

4. *Adjudicación de Menor Cuantía, que se convoca para:*

a) *La contratación de bienes, servicios y obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las Licitaciones Públicas o Concursos Públicos, según corresponda;*

b) *La contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales; y,*

c) *Los procesos declarados desierto, cuando corresponda de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley.*

(...)
En el caso de declaración de desierto de uno o varios ítems, el proceso de selección que corresponde para la segunda convocatoria será la Adjudicación de Menor Cuantía.

(...);

En cuarto lugar, el literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 se refiere a las subastas públicas y remates, los cuales también pueden ser escenario de la adopción de prácticas anticompetitivas por parte de los participantes en tales mecanismos.

Sobre el particular, consideramos pertinente citar a Cabanellas, quien se refiere a las diversas

connotaciones jurídicas que puede adquirir el concepto de subasta y, asimismo, ha establecido un criterio de clasificación de dicho instituto, a partir del origen de la ejecución de tal mecanismo de realización de bienes. Así, el citado autor plantea expresamente lo siguiente:

"Subasta

(...) En la actualidad, la subasta es la venta pública de bienes o alhajas al mejor pastor, por mandato y con intervención de la justicia. / También, el arrendamiento de bienes públicos al que más pujan. / Por extensión, la venta extrajudicial que se hace entre los concurrentes a un local, con adjudicación al mejor oferente. / En Derecho Administrativo, uno de los medios de que la Administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas o prima mayor en las otras. En América se prefieren los sinónimos de licitación y remate. / EXTRAJUDICIAL. Aquella, por supuesto, en que no interviene la autoridad judicial ni es consecuencia de la ejecución de un fallo. / JUDICIAL. La que se lleva a efecto por orden de un juez o tribunal, en trámite de ejecución de sentencia, cuando no exista dinero u otros valores de fácil conversión en metálico y siempre que el condenado en el fallo no le dé espontáneo acatamiento".³²

En ese orden de ideas, puede identificarse en nuestra legislación nacional la descripción de la naturaleza jurídica de la subasta en el artículo 1389 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 1389.- "En la subasta, la convocatoria es una invitación a ofrecer y las posturas son las ofertas.

La obligatoriedad de cada postura cesa desde que se formula otra mejor.

El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta

32. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1998. p. 371.

ese momento ha formulado la mejor postura válida.

Cabe señalar que las subastas pueden adoptar múltiples manifestaciones y originarse en diversos supuestos, razón por la cual la legislación civil no presenta ninguna disposición adicional en relación con dicho concepto, tal y como lo advierte Arias Schreiber de la siguiente manera:

*"Cabe agregar que expresamente no se han incorporado al Código otras normas concernientes a la subasta, pues esta figura admite muchas variantes y modalidades propias del derecho procesal y de la legislación administrativa".*³³ (Subrayado y resaltado nuestro)

Ahora bien, siguiendo lo planteado por Cabanellas, las figuras de "subasta" y "remate" pueden considerarse como términos equivalentes, más aún en las legislaciones americanas, dentro de las cuales nuestro país no constituye una excepción. De esta forma, sin perjuicio de que el literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 menciona independientemente ambos términos, consideramos que el presente análisis permite perfectamente su utilización como sinónimos, tal y como se expone a continuación.

En efecto, cabe citar los artículos 731 y 732 del Código Procesal Civil —los cuales pertenecen al Subcapítulo II ("Remate") del Capítulo V del Título V de la Sección V de dicho cuerpo legal— que establecen expresamente lo siguiente:

Artículo 731.- *"Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el Juez convocará a remate nombrando al Martillero que lo designará en orden y número correlativo del Registro de Martilleros Judiciales de cada Corte, facultándolo para que señale lugar, día y hora.*

La subasta de inmuebles y muebles la efectuará un Martillero Público hábil; la de inmue-

ble en el local del Juzgado; y la de mueble en el lugar en que se encuentre el bien.

Excepcionalmente y a falta de Martillero Público hábil en la localidad donde se convoque la subasta, el Juez puede efectuar la subasta de inmueble o mueble fijando el lugar de su realización. Si el mueble se encontrara fuera de su competencia territorial, puede comisionar al del lugar para tal efecto."

Artículo 732.- *"El Juez fijará los honorarios del Martillero Público de acuerdo al arancel establecido en el reglamento de la Ley del Martillero Público. En el caso de subastarse el bien, serán de cargo del comprador del bien. (...)".* (Subrayado y resaltado nuestro).

Como puede apreciarse, el legislador nacional ha utilizado indistintamente los términos "remate" y "subasta" en los citados artículos del Código Procesal Civil, razón por la cual consideramos que toda referencia a cualquiera de dichos términos descritos en el literal j) del Artículo 11.1 del DL1034 deberá entenderse como sinónimo del otro.

Por otro lado, cabe indicar que, siguiendo la clasificación planteada por Cabanellas anteriormente expuesta, podemos encontrar los dos tipos de subastas o remates propuestos —judiciales y extrajudiciales— en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en cuanto a las subastas o remates judiciales, cabe advertir que estos se encuentran regulados por el Código Procesal Civil, el cual las identifica como uno de los mecanismos de ejecución forzada previstos para el cumplimiento de una prestación de contenido patrimonial, en los términos siguientes:

Artículo 725.- *"La ejecución forzada de los bienes afectados se realiza en las siguientes formas:*

1. *Remate; y*
2. *Adjudicación".* (Subrayado y resaltado nuestro)

33. ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 156.

Asimismo, siguiendo lo planteado por Arias Schreiber en el sentido de que la figura en cuestión puede adquirir diferentes matices en la legislación de carácter administrativo, cabe destacar que pueden encontrarse subastas o remates en diversos dispositivos legales de muy distinta naturaleza entre sí en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, por mencionar solo algunos ejemplos, podemos encontrar

casos de subastas o remates de origen extrajudicial en las disposiciones referidas a los actos de disposición de bienes de propiedad estatal³⁴, en materia de inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables³⁵ y de otorgamiento de concesiones mineras³⁶, en la liquidación de activos del deudor concursado³⁷, en algunos supuestos específicos contenidos en la legislación civil vigente³⁸ y en

34. Sobre el particular, la Ley 29151, *Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales* establece expresamente lo siguiente: Artículo 7.- "Garantías del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Son garantías que rigen el Sistema Nacional de Bienes Estatales, las siguientes:
(...)
e) La venta por subasta pública de los bienes de dominio privado estatal; y, de manera excepcional, en forma directa.
(...)"
Por otro lado, el Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, *Aprueban Reglamento de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales* contiene algunas disposiciones complementarias en relación con dichas subastas públicas.
35. Sobre el particular, el Decreto Legislativo 1002, *Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables* establece expresamente lo siguiente:
Artículo 7.- "Determinación de las tarifas reguladas de generación aplicables a las RER.
7.1 El OSINERGMIN subastará la asignación de primas a cada proyecto con generación RER, de acuerdo a las pautas fijadas por el Ministerio de Energía y Minas. Las inversiones que concurren a la subasta incluirán las líneas de transmisión necesarias a su conexión al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN).
(...)"
Por su parte, el Decreto Supremo 012-2011-EM, *Aprueban nuevo Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables* contiene algunas disposiciones adicionales en relación con la subasta contemplada en el Decreto Legislativo 1002.
36. En tal sentido, el Decreto Supremo 014-92-EM, *Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería* contiene la siguiente disposición:
Artículo 26.- "Cuando organismos o dependencias del Sector Público Nacional adquieran por cualquier título concesiones otorgadas a particulares, deberán sacarlas a remate en subasta pública, dentro de los tres meses siguientes a la adquisición. Si no se presentaran postores serán declaradas de libre "denunciabilidad" de conformidad con las normas que para el efecto establece la presente Ley".
Por otro lado, el Decreto Supremo 03-94-EM, *Reglamento de la Ley General de Minería* contiene algunas disposiciones complementarias en relación con dichas subastas públicas.
37. Cabe señalar que la Ley 28709, *Ley General del Sistema Concursal*, siguiendo la terminología empleada por el Código Procesal Civil, establece lo siguiente:
Artículo 84.- "Venta y adjudicación de activos del deudor.
84.1 Habiendo el liquidador tomado posesión del cargo y de los activos del deudor, deberá establecer el cronograma de realización de ellos en un plazo no mayor de diez (10) días. El proceso de oferta de dichos bienes deberá iniciarse en un plazo máximo de treinta (30) días. Es obligación del liquidador proceder a la realización de los activos en plazo razonable.
84.2 En caso de que el Convenio de Liquidación establezca la venta de activos vía remate, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, en lo que resulten aplicables. Se procederá a la adjudicación por venta directa, si efectuados tres convocatorias a remate no hubiese sido posible realizar el mismo.
84.3 Todas las remates se harán por martillo público.
84.4 En la adjudicación de activos a un acreedor, el valor a pagar será la base de la postura fijada para la última convocatoria a remate. El acreedor adjudicatario deberá cancelar el monto del bien adjudicado, a menos que no hubieren acreedores de orden preferente; en cuyo caso únicamente abnra el exceso sobre el valor de su crédito".
38. En efecto, el Código Civil ha dispuesto la obligatoria realización de subastas públicas para ciertas enajenaciones de bienes, tal y como se describe a continuación:
Artículo 447.- "Prohibición de los padres de enajenar y gravar bienes del hijo.

ciertos casos de aprovechamiento de recursos forestales maderables.³⁹ En todos estos casos, si se determinase la existencia de prácticas anticompetitivas entre los participantes en cualquier tipo de subasta y/o remate, la CLC podrá imponerles la sanción que corresponda según la gravedad de dichas conductas, a partir de lo establecido en el DL1034.⁴⁰

Finalmente, resulta pertinente precisar que existen algunos otros dispositivos legales que contemplan la obligatoriedad y/o posibilidad de llevar a cabo procedimientos como los anteriormente descritos para múltiples supuestos, los

cuales también se encontrarán sujetos al literal j) del Artículo 11.1 del DL1034, tal y como ocurre, por ejemplo, en el caso de la participación de la inversión privada en proyectos públicos.⁴¹

III. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS MATERIA DE ANÁLISIS SEGÚN LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI

Sobre el particular, puede advertirse que no obstante que la regulación específica en materia de Libre Competencia sobre Licitaciones Colusorias ha sido introducida como consecuencia de la significativa frecuencia respecto

Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo.

Artículo 676.- *Impugnación de la renuncia a herencia y/o legado por el acreedor.*

Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente, si lo hubiera, se transmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.

La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo.

Artículo 932.- *Hallazgo de objetos perdidos*

Quien halla un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.

Artículo 988.- *Partición de bienes indivisibles.*

Los bienes comunes que no son susceptibles de división material pueden ser adjudicados, en común, a dos o más copropietarios que convengan en ello, o se venderán por acuerdo de todos ellos y se dividirá el precio. Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo con la adjudicación en común o en la venta contractual, se venderán en pública subasta.

39. En tal sentido, el artículo 10 de la Ley 27308, *Ley Forestal y de Fauna Silvestre* establece expresamente lo siguiente: Artículo 10.- *Modalidades de aprovechamiento.*

El aprovechamiento y manejo de los recursos forestales en bosques naturales primarios se realiza en las siguientes modalidades:

f. *Concesiones forestales con fines maderables*

a. *Concesión en subasta pública, en unidades de aprovechamiento de 10 000 (diez mil) a 40 000 (cuarenta mil) hectáreas, por el plazo hasta de 40 (cuarenta) años renovables de acuerdo a las condiciones que establece el reglamento.*

...

Por su parte, el Decreto Supremo 014-2001-AG, *Aprueban Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre* contiene algunas disposiciones específicas sobre dichas subastas públicas.

40. Ver Nota al Ple No. 22.

41. Cabe indicar que la Ley 28059, *Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada* establece lo siguiente: Artículo 6.- *Participación de la inversión privado en proyectos públicos.*

La inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como:

a) *Venta de activos.*

b) *Concesión.*

c) *Asociación en participación.*

d) *Contrato de gerencia.*

e) *Joint Venture.*

f) *Especialización de Servicios (OUTSOURCING)*

de la adopción de tales conductas en el ámbito de licitaciones, concursos, subastas y/o remates, lo cierto es que no existen abundantes criterios jurisprudenciales emitidos por los órganos funcionales del INDECOPI en relación con este tema.

En efecto, consideramos que la escasa casística comentada en el párrafo precedente tiene como una de sus explicaciones las amplias dificultades que afronta la agencia de competencia para la probanza de las prácticas anticompetitivas en general y, en tal sentido, las licitaciones, concursos, remates y/o subastas en las que se adopten tales conductas, no escapan a dicha realidad. De esta forma, dentro de una investigación de esta naturaleza, la autoridad competente, ante la habitual falta de prueba documental, deberá recurrir a la prueba indiciaria, a efectos de adquirir convicción respecto de los alcances de dicha investigación.⁴²

Precisamente, en el caso de las licitaciones, concursos, remates y/o subastas, dicha dificultad probatoria se acentúa, pues la existencia de montos mínimos y máximos para las propuestas, posturas y/o pujas y la determinación anticipada de las características de los bienes y/o servicios materia de convocatoria, podrían generar que pase desapercibida la adopción de prácticas anticompetitivas. Así, por ejemplo, en un proceso de selección dos postores podrían coordinar la fijación del monto de sus propuestas económicas adoptando el mínimo establecido en las bases, con la finalidad de obtener a prorrata la Buena Pro, de conformidad con lo establecido por el Artículo 73 del Reglamento de Contrataciones del Estado⁴³ y, en tal sentido, salvo que existiera alguna evidencia documental respecto de dicha práctica ilícita, sería sumamente difícil de acreditarla, considerando que la normativa en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece un tope

g) Otras permitidas por ley.

No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley.

Los contratos de participación de la inversión privada garantizan la competencia y transparencia con la participación del Consejo de Coordinación Regional, y se adjudican mediante Concurso Público, Licitación Pública u otros mecanismos de oferta pública.

Por su parte, el Decreto Supremo 015-2004-PCM, Aprueban Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada y Decreto Legislativo 1012, Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada contienen algunas disposiciones específicas en relación con la realización de los mecanismos de contratación anteriormente indicados.

42. Sobre el particular, cabe citar a Bullard, quien sostiene lo siguiente: "Virtualmente en todos los países del mundo, los sistemas legales han tenido que enfrentar los métodos de ocultamiento y destrucción de información con técnicas probatorias más sofisticadas. (...) la prueba indiciaria (...) es tan prueba como cualquier otra. Su uso no se explica por haber desarrollado una actividad probatoria débil, sino por la necesidad de enfrentar el reto del desequilibrio probatorio generado por la conciencia de quienes desarrollan el hecho d que éste es ilegal. La técnica de indicios, correctamente aplicada, es tan fuerte como y eficaz como cualquier otro medio probatorio.

Como se ha visto, cuando una conducta es ilegal, encontrar una prueba directa es consecuencia más de la torpeza del infractor que de la habilidad y mérito del instructor. En este tipo de casos, en los que incluimos los acuerdos ilegales, la prueba directa es la excepción, y la técnica de indicios es la regla.

Así, ante la dificultad de que exista una prueba directa que permita demostrar hechos relevantes para adoptar una decisión sobre la materia controvertida y dada la importancia del derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo, resulta necesario utilizar otros mecanismos que, indirectamente, pero por ello con menos contundencia, generen convicción al juzgador sobre los puntos discutidos". BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 770.

43. Reglamento de Contrataciones del Estado, Artículo 73.- "Solución en caso de empate:

En el supuesto que dos (2) o más propuestas empaten, el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará observando estrictamente el siguiente orden:

1. En Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, a favor de las microempresas y pequeños empresarios integrados por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia; o

porcentual mínimo y máximo⁴⁴ para la fijación del monto de las propuestas económicas, por lo que tales postores podrían perfectamente argumentar que la coincidencia proviene de la estricta observancia de dicha disposición legal y no de un pacto anticompetitivo.

Ahora bien, sin perjuicio de la problemática probatoria anteriormente descrita, lo cierto es que existe cierta jurisprudencia administrativa emitida tanto por el Tribunal del INDECOPI como por la CLC, en la cual se han desarrollado algunos conceptos interesantes que consideramos pertinente comentar.

Así, un caso que ha motivado un pronunciamiento por parte del Tribunal del INDECOPI fue aquél referido a la concertación de los precios y el volumen de cilindros de 55 galones ofrecidos a Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ (en adelante, "PETROPERÚ")⁴⁵ por parte de Rheem Peruana S.A. (en adelante, "Rheem") y Envases Metálicos S.A. (en adelante, "Envases Metálicos"). En dicho caso, el Tribunal del INDECOPI advirtió que durante varios años dichas empresas habían venido cumpliendo arduamente para satisfacer los requerimientos de PETROPERÚ, siendo que los precios que ofrecían estas eran

distintos y variables mensualmente, llegando a descender dicho precio de US\$ 28,00 a US\$ 17,70 durante este período, producto de tal ardua competencia.

Sin embargo, en octubre de 1995, febrero y marzo de 1996, tal situación competitiva varió, en base a las siguientes consideraciones: (i) en octubre de 1995, PETROPERÚ efectuó una convocatoria para la provisión de 10,000 cilindros de 55 galones y, en esta oportunidad, Envases Metálicos ofertó 5,090 cilindros a US\$ 23,80 y Rheem ofreció 5,020 cilindros también a US\$ 23,80; (ii) en febrero de 1996, PETROPERÚ efectuó otra convocatoria para la provisión de otros 10,000 cilindros de 55 galones y, en esta oportunidad, Envases Metálicos ofertó nuevamente 5,090 cilindros a US\$ 23,80, mientras que Rheem ofreció esta vez 5,100 cilindros, también a US\$ 23,80; y, (iii) en marzo de 1996, PETROPERÚ requirió otros 10,000 cilindros de 55 galones. Envases Metálicos ofertó 5,000 cilindros a US\$ 23,80 y Rheem ofreció 5,102 cilindros, también a US\$ 23,80.

En este caso, el Tribunal del INDECOPI determinó que no era posible encontrar una explicación razonable fuera de una hipótesis de concerta-

2. En Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, a favor de las microempresas y pequeñas empresas o a los consorcios conformados en su totalidad por éstas, siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia; o

3. A favor del postor que haya obtenido el mejor puntaje económico, en el caso de bienes u obras; o el mejor puntaje técnico, tratándose de servicios; o

4. A pramata entre los postores ganadores, de acuerdo con el monto de sus propuestas, siempre que el objeto de la contratación sea divisible y aquellos manifiesten su voluntad de cumplir la parte correspondiente del contrato. Este criterio no será de aplicación para el caso de consultoría en general, consultoría y ejecución de obras; o

5. A través de sorteo en el mismo acto".

44. Ley de Contrataciones del Estado, Artículo 33.- "Validez de las propuestas.

En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellos que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases.

Las propuestas que excedan el Valor Referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el Valor Referencial en más del diez por ciento (10%) del mismo.

El Reglamento de la presente norma señalará los límites inferiores en el caso de la ejecución y consultoría de obras.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el Valor Referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del Titular de la Entidad y la disponibilidad necesaria de recursos".

45. Cabe indicar que la adquisición de bienes, contratación de servicios y/o ejecución de obras por parte de PETROPERÚ se encuentra sujeta a una regulación especial. Sin embargo, el caso comentado se rigió en aquella época por la normativa general sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo que la indicada regulación especial aún no se encontraba vigente en ese momento.

ción para la conducta coincidente de Rheem y Envases Metálicos, las que luego de haber presentado ofertas totalmente distintas durante varios años, en un momento dado empezaron a ofrecer sus cilindros a un precio idéntico y en cantidades muy similares, las mismas que en cada caso, curiosamente, representaban aproximadamente la mitad de los requerimientos de PETROPERÚ. Tales conductas motivaron que el Tribunal del INDECOPI impusiera a cada una de las citadas empresas una multa de 20 UIT⁴⁶.

Ahora bien, otro interesante caso declarado fundado por la CLC, pero consentido en primera instancia —es decir, no apelado— se trata de la denuncia interpuesta por Electro Sur Este S.A.A. contra Inti E.I.R.L., Percy Enriquez Esquivel – Ingeniero Contratista y Quiroga Contratistas Generales S.R.L. En este caso, respecto del Proceso de Adjudicación denominado “*Renovación de Redes de Distribución Secundaria de la Zona Céntrica de Puerto Maldonado*”, la CLC advirtió los siguientes indicios: (i) los tres postores presentaron un presupuesto base con importes uniformes de costos directos y cálculo de utilidades; (ii) existía uniformidad en el tipo de letra y números, la ubicación de los signos de puntuación y el visado en cuanto a los formularios sobre Propuesta Económica; y, (iii) los tres postores adquirieron las bases en el

mismo momento, lo que podía apreciarse por el hecho de que los respectivos comprobantes de pago eran correlativos. En este caso, la CLC determinó que no era posible encontrar una explicación razonable para justificar las referidas coincidencias, más aún considerando el hecho de que algunas de las propias denunciadas habían admitido que habían presentado copias de ciertos formatos de los otros postores. Sin embargo, considerando que dicha concertación no impidió ni limitó la participación de otras empresas constructoras —toda vez que fue la propia Electro Sur Este la que invitó solamente a las denunciadas a participar en la mencionada adjudicación—, la CLC impuso a cada uno de los citados postores una multa de 2 UIT.⁴⁷

Ahora bien, sin perjuicio de que tal y como hemos comentado, no existe abundante jurisprudencia en relación con el tipo de práctica colusoria materia de análisis, o, en todo caso, la mayor parte de los expedientes iniciados en relación con estas han sido declarados infundados, puede advertirse de todas formas en alguna de esta escasa jurisprudencia el desarrollo de aspectos importantes vinculados con la conducta anticompetitiva en cuestión por parte de la CLC, tales como los tipos de procesos en los cuales estas pueden presentarse⁴⁸, sus efectos negativos en el mercado⁴⁹, la delimitación de

46. Resolución No. 255-97-TDC, de fecha 22 de octubre de 1997, en los seguidos por Petróleos del Perú S.A. vs. Rheem Peruana S.A. y otro (Expediente No. 024-96/CLC).

47. Resolución No. 017-2000-INDECOPI/CLC, de fecha 18 de diciembre de 2000, en los seguidos por Electro Sur Este S.A.A. vs. Inti E.I.R.L. y otros (Expediente No. 001-2000/CLC).

48. Ver Nota al Pie No. 14.

49. En tal sentido, la CLC ha establecido lo siguiente: “Las empresas concertadoras al interior de un concurso público ferían el claro objetivo de falsear el proceso competitivo, eliminar la competencia y obtener con ello beneficios extraordinarios. La licitación colusoria contraviene directamente el espíritu de los concursos públicos, los mismos que están diseñados para que producto de la competencia desarrollada entre los postores se provea a la empresa o institución que los promueve de productos y servicios con precios y calidades competitivos. Los efectos nocivos de las licitaciones colusorias se traducen en mayores costos (gastos) para las empresas o instituciones que adquieren los productos o servicios generando con ello una ineficiente asignación de recursos que necesariamente redundará en el perjuicio de consumidores y usuarios”. Resolución No. 006-2004-INDECOPI/CLC, de fecha 18 de febrero 2004, en los seguidos De Oficio vs. Sevilla Rodríguez S.R.L. y otros (Expediente No. 003-2003/CLC). En el mismo sentido, Resolución No. 041-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de junio 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 008-2006/CLC); y, Resolución No. 042-2006-INDECOPI/CLC de fecha 19 de junio 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 042-2006/CLC).

Asimismo, la CLC ha establecido el siguiente criterio: “Los efectos de la infracción comentada son, entre otros, los siguientes: (i) frustra el proceso de selección por un arreglo previo entre competidores; (ii) obliga a elegir como la más

la competencia entre el INDECOPI y el OSCE⁵⁰, la imposibilidad de sancionar a postores que pertenezcan a un mismo grupo económico⁵¹ o las diversas manifestaciones que tal práctica colusoria puede adoptar⁵², por citar algunos ejemplos.⁵³

conveniente una propuesta fraguada; iii) ocasiona que la entidad licitante pague un monto superior al que probablemente hubiera arrojado una competencia efectiva entre los postores, impidiendo la inversión eficiente de los recursos del Estado; y, iv) evita que los recursos pagados en exceso se destinen a otros programas de interés público". Resolución No. 017-2000-INDECOPI/CLC, de fecha 18 de diciembre de 2000, en los seguidos por Electro Sur Este S.A.A. vs. INTI E.I.R.L. y otros (Expediente No. 001-2000/CLC).

50. Sobre el particular, la CLC ha establecido el siguiente criterio:

"De esta manera las competencias de cada una de las entidades en cuestión estarían definidas por lo siguiente:

- Cuando se determine la existencia de socios comunes en dos o más proveedores, en la que sus acciones, participaciones o aportes sean menores o iguales a 5% del capital social de cada uno de ellos, y no exista vinculación económica entre ellos, al grado de conformar un grupo económico, la Comisión será competente.
- Cuando se determine la existencia de socios comunes en dos o más proveedores, en la que sus acciones, participaciones o aportes sean mayores a 5% del capital social de cada uno de ellos, ConsoCODE o las entidades convocantes serán competentes.
- Cuando se determine la existencia de vinculación económica entre dos o más proveedores, al grado de conformar un grupo económico, el ConsoCODE o las entidades convocantes serán competentes". Resolución No. 010-2008-INDECOPI/CLC, de fecha 07 de marzo 2008, en los seguidos De Oficio vs. Gracián Vera Victoria y otro (Investigación Preliminar No. 012-2007/CLC). En el mismo sentido: Resolución No. 035-2008-INDECOPI/CLC, de fecha 24 de junio de 2008, en los seguidos De Oficio vs. Agua Alcantarillado y Obras S.A.C. y otros (Expediente No. 014-2007/CLC).

51. Sobre el particular, la CLC ha establecido el siguiente criterio:

"Consecuentemente, para determinar la posible existencia de licitaciones colusorias y, en general, la comisión de una práctica colusoria horizontal, es necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la conducta anticompetitiva son agentes económicos independientes entre sí o si pertenecen a un mismo grupo económico. En este último escenario, no podría existir una práctica colusoria horizontal puesto que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.

Así, cuando dos o más empresas pertenecientes a un mismo grupo económico participan en un proceso de selección, presentando posturas u ofertas similares, ello responde al interés de una misma unidad de decisión, la del grupo económico, por lo que no puede calificarse como una práctica colusoria horizontal.

En efecto, no puede existir una práctica colusoria horizontal entre empresas que son parte de un mismo grupo económico debido a que, siendo que dichas empresas responden al interés de una unidad de decisión (el grupo económico al cual pertenecen), no cabe la posibilidad de que tales empresas realicen una competencia efectiva, pues, cualquiera sea la ganadora, su beneficio redundará en el beneficio del grupo económico del cual forman parte.

(...)

Como se señaló anteriormente, el elemento principal de una práctica colusoria horizontal consiste en el efecto anticompetitivo que dicha conducta produzca o sea capaz de producir en el mercado. En consecuencia, la conducta coordinada de diversas empresas que responden a una misma fuente de control, al estar guiadas por un mismo interés y designio, no podría ser considerada capaz de producir efectos anticompetitivos, toda vez que dichas empresas no podrían competir entre sí y, en consecuencia, tampoco podrían eliminar o restringir la competencia entre ellas.

Por tanto, para analizar la existencia de una posible práctica colusoria horizontal, resulta necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la presunta conducta anticompetitiva pertenecen o no a un mismo grupo económico, es decir, si representan un mismo centro de interés. De verificarse este supuesto, no será posible que se haya configurado un supuesto de prácticas colusorias horizontales, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034. En esa misma línea se ha manifestado uniformemente esta Secretaría Técnica en casos anteriores remitidos por el Tribunal del OSCE, en los que los postores denunciados formaban parte de un mismo grupo económico y, por ello, su conducta no podía ser considerada como una práctica restrictiva de la competencia al interior de los respectivos procesos de selección.

(...)"

Resolución No. 003-2010-INDECOPI/CLC, de fecha 10 de marzo 2010, en los seguidos por El Misti E.I.R.L. vs. Comercial Tres Estrellas S.A. y otro (Investigación Preliminar No. 012-2009/CLC).

52. Cabe indicar que la CLC se ha referido a las formas más usuales de adopción de estas prácticas anticompetitivas en los términos siguientes: "En general se considera que las licitaciones colusorias podrían tomar la forma de acuerdos entre dos o más postores referidos a: i) la presentación de ofertas idénticas, ii) la designación de quién presentará la oferta más baja, iii) la presentación de ofertas ficticias (artificialmente infladas), iv) la eliminación de la puja compe-

En suma, a pesar de haber transcurrido más de quince años desde la incorporación expresa de las licitaciones colusorias como prácticas anticompetitivas en la legislación nacional sobre Libre Competencia —lo que se produjo a partir de la entrada en vigencia del DL807—, estas no han sido objeto de numerosos casos ante el INDECOPI. Sin embargo, tal y como

hemos podido advertir, dicha norma se torna conceptualmente muy interesante, tomando en cuenta la diversidad de supuestos a los cuales esta resulta aplicable, debido a las múltiples modalidades de convocatorias previstas en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel público como privado.



fitivo, vi) formas comunes para calcular precios o condiciones de oferta, vii) la eliminación de competidores independientes, viii) programas para intercalar ganadores sucesivos en concursos y ix) programas para designar ganadores en función de áreas geográficas o grupos de clientes”. Resolución No. 006-2004-INDECOPI/CLC, de fecha 18 de febrero de 2004, en los seguidos De Oficio vs. Sevilla Rodríguez y otro (Exp. No. 003-2003/CLC). En el mismo sentido, Resolución No. 036-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 12 de junio de 2006, en los seguidos De Oficio vs. Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. (Investigación Preliminar No. 036-2006/CLC); Resolución No. 041-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de junio de 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 008-2006/CLC); Resolución No. 042-2006-INDECOPI/CLC de fecha 19 de junio de 2006, en los seguidos De Oficio vs. Consorcio Reinsa S.R.L. – Prosering S.R.L. (Investigación Preliminar No. 042-2006/CLC); Resolución No. 004-2009-INDECOPI/CLC de fecha 14 de abril de 2009, en los seguidos De Oficio vs. Insumos Mantaro S.R.L. (Investigación Preliminar No. 015-2008/CLC).

53. Asimismo, la Secretaría Técnica de la CLC ha planteado algunas conclusiones interesantes, contenidas en informes emitidos dentro de investigaciones preliminares. En tal sentido, por ejemplo, ver Informe No. 037-2004-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 22 de octubre de 2004; Informe No. 012-2005-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 22 de marzo de 2005; Informe No. 034-2006-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 30 de octubre de 2006; Informe No. 021-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 14 de marzo de 2007; Informe No. 022-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 14 de marzo de 2007; Informe No. 023-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 14 de marzo de 2007; Informe No. 026-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 30 de marzo de 2007; Informe No. 043-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 11 de junio de 2007; Informe No. 046-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 18 de junio de 2007; y, Informe No. 055-2007-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 02 de agosto de 2007 [Fuente: www.indecoapi.gob.pe/].