



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

INFORME TÉCNICO 011-2012/ST-CLC-INDECOPI

A : **Hebert Eduardo Tassano Velaocheaga**
Presidente de Consejo Directivo

DE : **Miguel Ángel Luque Oyarce**
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Gabriela López Medrano
Ejecutivo 1
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Arturo Chumbe Panduro
Ejecutivo 2
Comisión de Defensa de la Libre Competencia

ASUNTO : Opinión acerca del Proyecto de Ley 822/2011-CR

REFERENCIA : Oficios 498/2/2011-2012/CFC-CR y 0701-2011/2012-CEBFIF-CR

FECHA : 8 de marzo de 2012

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficios 498/2/2011-2012/CFC-CR y 0701-2011/2012-CEBFIF-CR, recibidos el 28 de febrero y 1 de marzo de 2012, el señor Martín Belaunde Moreyra, Congresista de la República y Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, y el señor Luis Galarreta Velarde, Congresista de la República y Presidente de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, solicitaron a la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi opinión sobre el Proyecto de Ley 822/2011-CR, que modifica cinco artículos del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Proyecto de Ley).
2. El 29 de febrero y 2 de marzo de 2012, mediante Hojas de Trámite 24908 y 26208, la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi encargó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) la elaboración de un informe técnico con la finalidad de absolver la referida solicitud.

II. OBJETO DEL INFORME

3. El presente informe tiene por objeto absolver la solicitud formulada mediante Oficios 498/2/2011-2012/CFC-CR y 0701-2011/2012-CEBFIF-CR y emitir opinión





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

acerca del Proyecto de Ley en los temas relativos a la defensa de la libre competencia.

III. ANÁLISIS

- Entre otros, el Proyecto de Ley propone modificar el artículo 11 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

Artículo 11.- Prohibición de prácticas restrictivas

*Los postores y proveedores en un proceso de selección están prohibidos de concertar **precios, condiciones o ventajas** entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia **que afecten la mayor concurrencia y/o competencia en dichos procesos**, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.*

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE debe coordinar con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, la elaboración de estrategias para reducir las prácticas concertadas del mercado en compras públicas, debiendo presentar un informe anual de los resultados obtenidos a la Comisión de Defensa del Consumidor y de los Organismos Reguladores del Estado del Congreso de la República.

- Como se puede apreciar, el Proyecto de Ley propone las siguientes modificaciones: i) precisar que los "proveedores" también están incluidos en la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia; ii) precisar que la prohibición alcanza a la concertación de "precios, condiciones o ventajas"; iii) precisar que la prohibición alcanza a las conductas "que afecten la mayor concurrencia y/o competencia en dichos procesos"; y iv) establecer que el OSCE y el Indecopi deben coordinar "estrategias para reducir las prácticas concertadas del mercado en compras públicas" y presentar "un informe anual de los resultados obtenidos a la Comisión de Defensa del Consumidor y de los Organismos Reguladores del Estado del Congreso de la República".
- En lo que se refiere a la primera modificación, consistente en precisar que los "proveedores" también están incluidos en la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia, esta Secretaría Técnica considera que esta modificación resulta innecesaria porque la definición de postor incluye el concepto de proveedor. En efecto, postor es la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda¹. Por su parte, proveedor es la persona natural o jurídica que

¹ Reglamento del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF
ANEXO ÚNICO
ANEXO DE DEFINICIONES
38. Postor:





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o ejecuta obras². De acuerdo a lo anterior, la definición de postor incluye el concepto de proveedor.

7. Acerca de la segunda modificación, consistente en precisar que la prohibición alcanza a la concertación de "precios, condiciones o ventajas", esta Secretaría Técnica considera que esta modificación puede inducir a error porque propone una definición de prácticas restrictivas de la competencia mucho menos técnica y detallada que la contenida en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³.

Así, por ejemplo, la modificación propuesta podría inducir a error a los postores, quienes podrían creer equivocadamente que, si bien está prohibida la concertación de "precios, condiciones o ventajas", no está prohibida la

La persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda.

- ² Reglamento del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF

ANEXO ÚNICO
ANEXO DE DEFINICIONES

44. Proveedor:

La persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o ejecuta obras.

- ³ Decreto Legislativo 1034

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- (f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- (g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- (h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- (i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- (j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

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

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

concertación para limitar la producción o para repartirse el mercado en los procesos de selección.

En ese sentido, considerando que el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 ya contiene una definición técnica y detallada de las prácticas restrictivas de la competencia y que la modificación propuesta por el Proyecto de Ley podría inducir a error a los postores, esta Secretaría Técnica no es de opinión favorable a esta modificación en particular.

8. Sobre la tercera modificación, consistente en precisar que la prohibición alcanza a las conductas "que afecten la mayor concurrencia y/o competencia en dichos procesos", esta Secretaría Técnica considera que esta modificación puede inducir a error porque parecería establecer la obligación de verificar un requisito adicional al recogido en los artículos 11.2 y 8 del Decreto Legislativo 1034⁴ que establecen que, para verificar la existencia de una licitación colusoria, basta con demostrar la existencia de la conducta.

Así, por ejemplo, la modificación propuesta podría inducir a error a los postores, quienes podrían creer equivocadamente que, para verificar la existencia de una licitación colusoria, no basta con probar la existencia de la conducta sino que es necesario demostrar una "afectación a la mayor concurrencia y/o competencia".

En ese sentido, considerando que los artículos 11.2 y 8 del Decreto Legislativo 1034 ya establecen de manera clara el único requisito necesario para verificar la existencia de una licitación colusoria y que la modificación propuesta por el Proyecto de Ley podría inducir a error a los postores, esta Secretaría Técnica no es de opinión favorable a esta modificación en particular.

9. En lo que se refiere a la cuarta modificación, consistente en establecer que el OSCE y el Indecopi deben coordinar "estrategias para reducir las prácticas concertadas del mercado en compras públicas" y presentar "un informe anual de los resultados obtenidos a la Comisión de Defensa del Consumidor y de los Organismos Reguladores del Estado del Congreso de la República", cabe señalar lo siguiente:
 - i. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto Legislativo 1034, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la

4

Decreto Legislativo 1034

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

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

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- 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.

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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Comisión) es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado de la investigación y sanción de las conductas anticompetitivas⁵.

Por su parte, el artículo 15 del Decreto Legislativo 1034 establece que esta Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica encargado de realizar la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas⁶.

- ii. Acerca de la coordinación de "estrategias para reducir las prácticas concertadas del mercado en compras públicas" por parte del OSCE y el Indecopi, cabe resaltar que resulta indispensable que el diseño de la estrategia y los avances de las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica se mantengan en estricta reserva, con el objeto de garantizar su efectividad y de evitar posibles obstrucciones en la recopilación de información relevante e identificación de indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas.

En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la coordinación de estrategias por parte del OSCE y el Indecopi podría afectar gravemente la efectividad de las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que se impulsará la celebración de un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Indecopi y el OSCE, con el objeto de fortalecer las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica mediante la creación de una base de datos sistematizada de los procesos de selección bajo la supervisión del OSCE y la capacitación de los funcionarios del OSCE en materia de identificación de indicios de conductas anticompetitivas en procesos de selección.

- iii. Sobre la presentación de "un informe anual de los resultados obtenidos a la Comisión de Defensa del Consumidor y de los Organismos Reguladores del Estado del Congreso de la República", cabe reiterar que resulta indispensable que el diseño de la estrategia y los avances de las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica se mantengan en estricta reserva.

En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que la presentación de un informe anual podría afectar gravemente la efectividad de las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica.

⁵ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

⁶ Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.5 del Decreto Legislativo 1034⁷, esta Secretaría Técnica difunde una nota sucinta cada vez que inicia de oficio un procedimiento sancionador, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse o simplemente aportar información a la investigación⁸.

Asimismo, cabe señalar que, con el objeto de difundir los criterios jurisprudenciales aplicados en los procedimientos sometidos a su consideración e informar a los agentes económicos acerca de los actos sancionados como conductas anticompetitivas en el mercado, todas las resoluciones que ponen fin a la primera instancia en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas son publicadas en la página web del Indecopi de manera oportuna⁹.

De acuerdo a lo anterior, considerando (i) que la coordinación de estrategias por parte del OSCE y el Indecopi y la presentación de un informe anual podrían afectar gravemente la efectividad de las investigaciones preliminares de oficio que realiza esta Secretaría Técnica y (ii) que existen mecanismos alternativos que permiten que cualquier interesado se informe acerca del inicio y el fin de las investigaciones preliminares y los procedimientos sobre conductas anticompetitivas, esta Secretaría Técnica no es de opinión favorable a esta modificación en particular.

Finalmente, cabe precisar que esta Secretaría Técnica coincide con la necesidad de fortalecer la investigación de conductas anticompetitivas en los procesos de selección planteada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley. Sin embargo, consideramos que la celebración de un Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Indecopi y el OSCE, que permita la creación de una base de datos sistematizada de los procesos de selección bajo la supervisión del OSCE y la capacitación de los funcionarios del OSCE en materia de identificación de indicios de conductas anticompetitivas en procesos de selección, constituye un mecanismo más idóneo para alcanzar este fin.

IV. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica no es de opinión favorable al Proyecto de Ley 822/2011-CR, en lo que se refiere a la modificación del artículo 11 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

⁷ Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

(...)

21.5. Admitida a trámite la denuncia, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, publicará una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación. Dicha nota se publicará en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional.

⁸ Ver: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=2&JER=1163

⁹ Ver: http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/PAR/PAR_ListarArchivos.aspx?PFL=2&GRU=149&VALIEM=0



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Gabriela López Medrano
Ejecutivo 1
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia

Arturo Chumbe Panduro
Ejecutivo 2
Comisión de Defensa de la Libre
Competencia

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

