Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 0761-2020-TCE-S2

Sumilla: *"(...) mediante la Cédula de Notificación N° 362-2019/ST-CLC-INDECOPI presentada el 4 de Julio de 2019 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, hizo de conocimiento la Resolución N° 015-2019/ST-CLC-INDECOPI del 26 de junio de 2019, a través de la cual dicha Comisión concluyó en no iniciar procedimiento sancionador contra las Proveedoras, "debido a que no constituyeron agentes susceptibles de la comisión de un práctica anticompetitiva".*

Lima, 05 MAR. 2020

VISTO en sesión del 5 de marzo de 2020 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1187/2015.TCE, sobre procedimiento administrativo sancionador generado contra las empresas Procon Sociedad de Responsabilidad Limitada y Soluciones Asesoría y Servicios Empresa Individual de Responsabilidad Limitada – SOLASE E.I.R.L., por la supuesta comisión de la infracción de incurrir en el supuesto de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación; y atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. Según ficha del SEACE[1], el 8 de setiembre de 2014, la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE ESPINAR, en adelante **la Entidad**, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE – (Primera Convocatoria) para la "*Adquisición de biodigestores de 600 litros incluye accesorios para la instalación del sistema de saneamiento básico en el sector del Santa Ana en la Comunidad de Oquebamba - Provincia de Espinar - Cusco*", con un valor referencial de S/ 21,500.00 (veintiún mil quinientos con 00/100 soles, en adelante **el proceso se selección**.

   Dicho proceso de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria mediante la Ley N° 29873, en adelante **la Ley**, así como, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias expedidas por los Decretos Supremos N° 138-2012-EF y 080-2014-EF, en adelante **el Reglamento**.

[1] Véase folio 42 del expediente administrativo.

Del 9 al 10 de setiembre de 2014 tuvo lugar el registro de participantes, habiéndose registrado los siguientes proveedores:

i. PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.
ii. SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L.
iii. YAKUNITSUR S.A.C.

El 11 de setiembre de 2014, se llevó a cabo la presentación de propuestas y el 12 del mismo mes y año el otorgamiento de la buena pro[2], adjudicándose ésta a favor de la empresa YAKUNITSUR S.A.C., por el monto de S/ 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 soles), quedando en segundo lugar la empresa PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA y en tercer lugar la empresa SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L.

2. Mediante "Formulario de aplicación de sanción – denuncia de terceros" y escrito[3], ambos presentados el 28 de abril de 2015 a través de la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Cusco e ingresado el 12 de mayo de del mismo año ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, el señor Félix Jorge León Martínez, en adelante **el Denunciante**, señaló que la señora Roxana Quispe Serrano y Rosa Virginia Valdez Arce habrían incurrido en fraude y concertación en el marco del proceso de selección, conforme a lo siguiente:

i. Las denunciadas, a través de las empresas PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA de propiedad de Rosa Virginia Valdez Arce y SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L. de propiedad de Roxana Quispe Serrano, han participado en procesos de contratación con diversas instituciones, presentándose con idénticos precios y desistiéndose en un caso u otro, permitiendo que una u otra gane la buena pro sin presencia de más postores.

ii. Entre los procesos en los que participaron las denunciadas está la Adjudicación de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE – (Primera Convocatoria), convocada por la Municipalidad Provincial de Espinar.

[2] Véase folio 43 y 44 del expediente administrativo.
[3] Véase folios 1, 3 y del 9 al 11 del expediente administrativo.

iii. Las denunciadas en los 14 procesos de selección en las que han participado presentan el mismo domicilio fiscal, esto es, en Av. Huayrurupata N° 1016 del distrito de Wanchaq, provincia y departamento de Cusco.

3. Mediante Decreto del 18 de mayo de 2015, se admitió a trámite la denuncia presentada y se dispuso correr traslado a la Entidad, a fin de que emita un informe técnico legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad de las empresas PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA y SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L., en adelante **las proveedoras**, en el que se precisen las infracciones en las que habrían incurrido en el marco del proceso de selección.

Asimismo, se solicitó a la Entidad la remisión de la declaración del Organismo Nacional competente respecto de supuestas prácticas restrictivas a la libre competencia, en el supuesto de haberse transgredido la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley; además, se le solicitó la remisión de copia legible de las propuestas presentadas por las supuestas infractoras, en el marco del proceso de selección.

Para tal efecto, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional, en caso se incumpla con el requerimiento.

4. Mediante Cédula de Notificación N° 29550/2015.TCE, recibida por la Entidad el 17 de junio de 2015, se puso en conocimiento de aquella lo dispuesto mediante Decreto del 18 de mayo de 2015.

5. Con Decreto del 14 de julio de 2015, al no haber cumplido la Entidad con remitir la información solicitada por el Tribunal, se dispuso hacer efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente y se remitió el mismo a la Segunda Sala del Tribunal, a fin que emita su pronunciamiento sobre la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las Proveedoras.

6. Mediante Decreto del 5 de agosto de 2015, se dispuso requerir información adicional, según lo siguiente:

"A LA MUNICIPALIDAD DISTRITIAL DE ESPINAR

Sírvase remitir lo siguiente:

- Informe Técnico Legal se su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad de las empresas participantes PROCON S.R.L. (R.U.C. N° 20527780773) y SOLASE E.I.R.L. (R.U.C. N° 20564098311); de acuerdo a la causal de sanción establecida en el numeral 51.1 del artículo 51° de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado con la Ley N° 29873.

- En el supuesto de haber incurrido en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la presente Ley, deberá adjuntar la declaración del Organismo Nacional de competente respecto de la restricción de prácticas restrictivas de la libre competencia y copia legible de las propuestas técnicas presentadas por las empresas PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y SOLUCIONES ASESORÍA (R.U.C. N° 20527780773) y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L. (R.U.C. N° 20564098311), las mismas que deberán estar debidamente ordenada y foliada cronológicamente".

- Copia del poder o de la resolución de nombramiento del representante de la Entidad y copia de su documento nacional de identidad. Finalmente, deberá señalar su domicilio procesal en la ciudad de Lima y el domicilio cierto de las supuestas empresas infractoras.

Para tal efecto, se otorgó a la Entidad el plazo de cinco (5) días hábiles.

7. Al respecto, teniendo en cuenta la información obrante en autos, la precitada Sala, a través del Acuerdo N° 652/2015-TCE-S2 del 28 de agosto de 2015, emitió su pronunciamiento respecto al procedimiento sancionador instaurado contra las Proveedoras, de acuerdo a lo siguiente:

"(...)
SE ACORDÓ:

- Disponer el **archivamiento del expediente administrativo sin pronunciamiento sobre el fondo**, en los seguidos por la supuesta responsabilidad de las empresas PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, con RUC N° 20527780773 y SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L., con RUC N° 20564098311, respecto de la infracción tipificada en el i) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, y modificado mediante la Ley N° 29873, por la supuesta transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la citada norma, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE-

Primera Convocatoria, para la *"Adquisición de biodigestores de 600 litros incluye accesorios para la instalación del sistema de saneamiento básico en el sector de Santa Ana en la Comunidad de Oquebamba – provincia de Espinar – CUSCO"*, toda vez que previamente se requiere del pronunciamiento respectivo por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, a efectos que este Tribunal pueda emitir una opinión acorde a derecho.

- Declarar **no ha lugar** al inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las empresas PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, con RUC N° 20527780773 y SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L., con RUC N° 20564098311, por supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción referida a los socios comunes no permitidos, según lo establecidos en el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF, en el marco de la Adjudicación Simplificada de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE-Primera Convocatoria, para la *"Adquisición de biodigestores de 600 litros incluye accesorios para la instalación del sistema de saneamiento básico en el sector de Santa Ana en la Comunidad de Oquebamba – provincia de Espinar – CUSCO"*, infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, debiendo archivarse este extremo del expediente administrativo.

- **Remitir** los actuados del presente expediente al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, a fin que emita su pronunciamiento respecto a la supuesta práctica que afecte la mayor concurrencia y competencia en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE-Primera Convocatoria, para la *"Adquisición de biodigestores de 600 litros incluye accesorios para la instalación del sistema de saneamiento básico en el sector de Santa Ana en la Comunidad de Oquebamba – provincia de Espinar – CUSCO"*, debiendo comunicar a este Tribunal, de ser el caso, los resultados del correspondiente procedimiento sancionador, dentro del plazo establecido en el artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo responsabilidad".

(El subrayado es agregado)

Dicho Acuerdo fue remitido al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, a través de la Cédula de Notificación N° 45054/2015.TCE, el cual fue recibido por dicha institución el 9 de setiembre de 2015.

8. En consideración del precitado Acuerdo, a través de la Cédula de Notificación N° 362-2019/ST-CLC-INDECOPI presentada el 4 de julio de 2019 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI remitió copia de la Resolución N° 015-2019/ST-CLC-INDECOPI del 26 de junio de 2019, a través de la cual resolvió lo siguiente:

> "(...)
> **RESUELVE:**
>
> **PRIMERO:** No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Proveedores para la Construcción Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada – Procon S.R.L. y Soluciones Asesoría y Servicios E.I.R.L – Solase E.I.R.L., debido a que no constituyeron agentes susceptibles de la comisión de una práctica anticompetitiva.
>
> **SEGUNDO:** Remitir copia de la presente resolución al Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado".

9. Mediante Decreto del 26 de noviembre de 2019, se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para su pronunciamiento, y se dispuso el levantamiento del archivamiento del presente procedimiento sancionador.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador, está referido a la imputación contra las Proveedoras, por haber incurrido supuestamente en la causal de sanción establecida en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, en el marco de su participación en el proceso de selección; específicamente, en el supuesto de hecho referido a la transgresión a la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley: esto es, las prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación.

2. Al respecto, el literal i) del numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley establecía, como supuesto de hecho indispensable para su configuración que:

> "**i) Incurran en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la presente ley** o cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento".
>
> (El resaltado es agregado)

Por su parte, el artículo 11 de la ley establecía lo siguiente:

> **"Artículo 11.- Prohibición de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación.**
>
> Se encuentro prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. El funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente de acuerdo a la normativa correspondiente".

3. Como puede colegirse de la citada disposición normativa, estaba prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre los proveedores o terceros, que puedan afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación; además, el funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente, de acuerdo a la normativa correspondiente.

4. En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso estaríamos ante prácticas que afectan la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación, a través del Acuerdo N° 652/2015.TC-S2 del 28 de agosto de 2015, el Tribunal dispuso que, de manera previa a la emisión de su opinión respecto del inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra las Proveedoras, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI emita su pronunciamiento; ello, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1033 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2009-PCM, normativa que disponía que dicho organismo técnico especializado era el encargado de "defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva"; así se dispuso también el archivo temporal del procedimiento sancionador en tanto se emita dicho pronunciamiento.

En virtud de ello, mediante la Cédula de Notificación N° 362-2019/ST-CLC-INDECOPI presentada el 4 de Julio de 2019 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, hizo de conocimiento la Resolución N° 015-2019/ST-CLC-INDECOPI del 26 de junio de 2019, a través de

la cual dicha Comisión concluyó en **no iniciar procedimiento sancionador** contra las Proveedoras, **"debido a que no constituyeron agentes susceptibles de la comisión de un práctica anticompetitiva".**

5. No obstante lo expuesto, de manera previa al análisis en torno a la existencia de elementos que acrediten la comisión de la infracción administrativa prevista en la Ley, es necesario referirse a las nuevas implicancias actuales como consecuencia de los cambios normativos ocurridos a la fecha.

6. En esa medida, cabe traer a colación el principio de irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del articulo del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, según el cual *"son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables".*

En atención a lo indicado, debe precisarse que, en procedimientos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que estaba vigente al momento de la comisión de la infracción; sin embargo, como excepción se admite que sí, con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable.

7. Teniendo en cuenta ello, el 9 de enero de 2016 entró vigencia la Ley N° 30225, la cual fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 y Decreto Legislativo N° 1444, posteriormente compilado por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, de cuya revisión se advierte que el tipo infractor que estuvo tipificado en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley ya no está previsto en la actual normativa, como se puede apreciar en el acápite referido a las infracciones y sanciones administrativas.

8. En consideración a lo expuesto, resulta aplicable el principio de tipicidad, consagrado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, en virtud del cual la conducta desarrollada por el presunto infractor debe contener los elementos descritos en la infracción prevista en la Ley, y que las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica.

En ese sentido, no estando tipificada en la normativa vigente la infracción que estuvo prevista en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, nos encontramos ante un supuesto en el que resulta aplicable la retroactividad benigna a favor del administrado.

9. Por lo tanto, en cumplimiento del principio de irretroactividad en tanto favorece al administrado y, considerando que el hecho por el cual se imputó la supuesta infracción a las Proveedoras, a la fecha, no resulta ser punible administrativamente, al no estar tipificada como conducta infractora sancionable en la norma vigente y en el marco jurídico al cual se sujeta esta, corresponde desestimar la imposición de sanción, máxime cuando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, ha señalado en la Resolución N° 015-2019/ST-CLC-INDECOPI, que las Proveedoras no constituyeron agentes susceptibles de la comisión de una práctica anticompetitiva.

10. Consecuentemente, en atención a lo expuesto, este Colegiado considera que en el presente caso, corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción por el hecho imputado a las Proveedoras, respecto a la infracción que estuvo prevista en el literal i) del numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley, referido a prácticas que afectan la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación, correspondiendo el archivo definitivo del presente expediente administrativo.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la vocal ponente María Rojas Villavicencio de Guerra, y la intervención de las vocales Mariela Sifuentes Huamán y Cecilia Ponce Cosme y, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 073-2019-OSCE/PRE del 23 de abril de 2019, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Legislativo N° 1444, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** al inicio de procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (con RUC**

N° 20527780773) y contra la empresa **SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – SOLASE E.I.R.L. (Con RUC N° 20564098311)**, por la supuesta comisión de la infracción referida a la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley, referida a incurrir en el supuesto de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación, en el marco de su participación en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 069-2014/MPE – (Primera Convocatoria) para la *"Adquisición de biodigestores de 600 litros incluye accesorios para la instalación del sistema de saneamiento básico en el sector del Santa Ana en la Comunidad de Oquebamba - Provincia de Espinar - Cusco"*, por los fundamentos expuestos.

2. Disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTA

VOCAL

VOCAL

ss.
Sifuentes Huamán.
Rojas Villavicencio.
Ponce Cosme.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE del 03.10.12".