



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

Sumilla: "(...) *si 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*".

Lima, 12 MAR. 2020

Visto, en sesión del 12 de marzo de 2020 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 1179/2015.TCE**, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas **PROCON SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA** y **SOLUCIONES ASESORÍA Y SERVICIOS EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, 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 Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), para la "*Adquisición de tanques biodigestores de 1300 y 600 litros*", convocada por la Municipalidad Distrital de Colquepata; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 4 de agosto de 2014, la Municipalidad Distrital de Colquepata, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), para la "*Adquisición de tanques biodigestores de 1300 y 600 litros*", por un valor referencial ascendente a S/. 47,685.00 (cuarenta y siete mil seiscientos ochenta y cinco con 00 /100 nuevos soles), en lo sucesivo el proceso de selección.

El 18 de agosto de 2014 se realizó la presentación de propuestas, habiéndose presentado los siguientes postores:

- a) COMERCIAL FERRETERA DEL SUR E.I.R.L.
- b) PROCON S.R.L.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



- c) SOLASE E.I.R.L.
- d) INSA Ingenieros E.I.R.L.

Ese mismo día, el Comité Especial otorgó la buena pro del proceso de selección a la empresa Comercial Ferretera del Sur E.I.R.L.

El 11 de setiembre de 2014, la Entidad y la empresa Comercial Ferretera del Sur E.I.R.L., en lo sucesivo el Contratista, suscribieron el Contrato s/n Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P, por el monto de S/. 47,520.00

2. Mediante Formulario de Aplicación de Sanción - Denuncia de Tercero¹ y Escrito s/n², presentados el 12 de mayo de 2015 ante la Mesa de Partes de Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, el señor Félix Jorge León Martínez, en adelante el Denunciante, comunicó que la señora Roxana Quispe Serrano y Rosa Virginia Valdez Arce, en adelante las denunciadas, 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 desisténdose 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 Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), convocada por la Municipalidad Distrital de Colquepata.

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

¹ Obrante a folios 1 y 2 del expediente administrativo.

² Obrante de folios 5 al 7 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

distrito de Wanchaq, provincia y departamento de Cusco.

3. Por decreto³ del 13 de mayo de 2015, se admitió a trámite la denuncia presentada contra las empresas Procon S.R.L. y Soluciones, Asesoría y Servicios E.I.R.L. – Solase, en adelante las Proveedoras; a su vez, de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se requirió a la Entidad⁴ que cumpla con remitir los siguientes documentos:

- i) Informe Técnico Legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad de las empresas participantes Procon S.R.L. y Solase E.I.R.L., de acuerdo a la causal de sanción establecida en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, modificada con Ley N° 29873.
- ii) En el supuesto de haber incurrido en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley, deberá adjuntar la declaración del Organismo Nacional Competente respecto de la restricción de prácticas restrictivas de la libre competencia.
- iii) Copia legible de las propuestas técnicas presentadas por las citadas empresas.

Para tales efectos, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

4. Por decreto⁵ del 20 de julio de 2015, ante el incumplimiento de la Entidad, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos, y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal, a fin que evalúe la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

³ Obrante a folios 8 del expediente administrativo.

⁴ Notificado el 14 de junio de 2015, mediante Cédula de Notificación N° 27356/2015.TCE, obrante a folios 42 del expediente administrativo.

⁵ Obrante a folios 44 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



5. Mediante Acuerdo N° 571-2015-TCE-S1⁶ del 13 de agosto de 2015, se dispuso, lo siguiente:

“(…)

SE ACORDÓ:

1. Disponer el archivamiento del presente expediente, por el supuesto de trasgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo No 1017, modificada por la Ley N° 29873, toda vez que previamente se requiere el 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.
2. Declarar no ha lugar al inicio de procedimiento administrativo sancionador contra las empresas Procon Sociedad de Responsabilidad Limitada y Solase E.I.R.L., por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción referida a los socios comunes no permitidos, según lo que establece el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), para la "Adquisición de tanques biodigestores de 1300 y 600 litros", infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
3. 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 concertación de proveedores en la Adjudicación Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), para la "Adquisición de tanques biodigestores de 1300 y 600 litros", debiendo comunicar a este Tribunal los resultados del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, dentro del plazo prescriptorio establecido en el artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo responsabilidad.

“(…)” (Sic)

(El subrayado es agregado)

⁶ Obrante de folios 53 al 55 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

6. Con Oficio N° 175-2015-MDC⁷, presentado el 24 de agosto de 2015, la Entidad remitió lo requerido mediante decreto del 13 de mayo de 2015.
7. A través del decreto⁸ del 27 de agosto de 2015, se dispuso agregar a los autos la documentación remitida por la Entidad.
8. Mediante Notificación 358-2019/ST-CLC-INDECOPI⁹, del 4 de julio de 2019, presentado el 4 de ese mismo mes y año ante el Tribunal, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI remitió la Resolución 015-2019/ST-CLC-INDECOPI¹⁰, de fecha 26 de junio de 2019, en el cual se indica lo siguiente:

"(...)

III. ANÁLISIS

(...)

21. *Considerando los aspectos materia de denuncia, se observa que los procesos en los que presuntamente habrían concertado Procon y Salase se llevaron a cabo de junio a setiembre de 2014, por lo que, con anterioridad a un análisis de los supuestos indicios denunciados está Secretaría Técnica determinará si durante dicho periodo ambas empresas se encontraban vinculadas entre sí. Como se señaló en párrafos anteriores, de conformar ambas empresas una misma unidad de decisión, no sería materialmente posible que arriben a un acuerdo anticompetitivo.*

(...)

23. *Como se puede observar de la Partida Electrónica de Solase, el 17 de enero de 2014, se inscribió la Escritura Pública del 18 de diciembre de 2013, por la que se nombró a la señora Valdez como subgerente de la empresa, con las mismas facultades otorgadas a la gerencia, entre las que se encontraron, dirigir sus operaciones y representarla en todo tipo de licitaciones públicas y privadas.*

24. *De otro lado, en la Partida Electrónica de Procon figura que la señora Valdez era gerente general y soda mayoritaria de la empresa al año 2014, contando con facultades para dirigir su estrategia competitiva. A modo de ejemplo, la señora Valdez se encargaba de supervisar la ejecución de las políticas de financiamiento y plan de trabajo aprobados por la Junta General de Socios, de la cual tenía mayoría.*

⁷ Obrante a folios 61 del expediente administrativo.

⁸ Obrante a folios 290 del expediente administrativo.

⁹ Obrante a folios 295 del expediente administrativo.

¹⁰ Obrante de folios 296 al 300 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



25. *En tal sentido, la señora Valdez ejerció un control preponderante sobre las políticas operativas y financieras de Solase y de Procon durante el año 2014.*

De este modo, ambas empresas representaron un mismo centro de interés durante el periodo investigado, por lo que no pueden ser consideradas como agentes económicos independientes.

26. *Ahora bien, conforme a lo señalado en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las prácticas colusorias horizontales son aquellos 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.*

Teniendo en cuenta que ni Salase ni Procon pueden ser considerados como agentes independientes y, por tanto, competidores, ninguna de las empresas pudo haberse encontrado dentro de un supuesto de prácticas colusorias horizontales. En consecuencia, corresponde declarar que no corresponde el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Ello, sin perjuicio de que la conducta bajo análisis pueda constituir una infracción a una norma distinta al Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

(...)

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. (...)" (Sic)*

9. A través del decreto¹¹ del 27 de noviembre de 2019, se puso a conocimiento lo remitido por INDECOPI y se puso el expediente a disposición de la Primera Sala del Tribunal para su pronunciamiento.

¹¹ Obrante a folios 301 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

FUNDAMENTACIÓN:

Normativa Aplicable.

1. El presente procedimiento administrativo sancionador, está referido a la imputación formulada 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 de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873, en lo sucesivo la **Ley**, y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificatorias, en lo sucesivo el **Reglamento**, en el marco de su participación en el proceso de selección, normativa que será aplicada para resolver el presente caso; 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:

Sl - **"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 encuentra 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



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



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° 571-2015-TCE-S1¹² del 13 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”; asimismo, se dispuso también el archivo temporal del procedimiento sancionador en tanto se emita dicho pronunciamiento.

En virtud de ello, mediante la Notificación 358-2019/ST-CLC-INDECOPI¹³ 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-INDECOPI¹⁴ del 26 de junio de 2019, a través de la cual dicha Comisión concluyó en **no iniciar procedimiento sancionador** contra las Proveedoras, “**debido**

¹² Obrante de folios 53 al 55 del expediente administrativo.

¹³ Obrante a folios 295 del expediente administrativo.

¹⁴ Obrante de folios 296 al 300 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

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 artículo 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-JUS¹⁵, 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° 1341¹⁶ y Decreto Legislativo N° 1444¹⁷, 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 previstas.

¹⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado el 25 de enero de 2019 en el diario oficial “El Peruano”.

¹⁶ Vigente desde el 7 de abril de 2017.

¹⁷ Vigente desde el 30 de enero de 2019.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



- f
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.
- g

10. Consecuentemente, en atención a lo expuesto, este Colegiado considera que en el presente caso, corresponde declarar no ha lugar al inicio de procedimiento administrativo sancionador 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, con el informe del Vocal Ponente Carlos Enrique Quiroga Periche, y con la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Cristian Joe Cábrea Gil; atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 157-2019-OSCE/PRE de fecha 21 de agosto de 2019, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 50 y 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad:

o



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 0846-2020-TCE-S1

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 Directa Selectiva N° 013-2014-MDC-P (Primera Convocatoria), para la “*Adquisición de tanques biodigestores de 1300 y 600 litros*”, por los fundamentos expuestos.
2. Disponer el archivo definitivo del presente expediente.

VOCAL

PRESIDENTE

VOCAL

SS.
Inga Huamán
Quiroga Periche
Cabrera Gil

Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TC del 03.10.2012.