VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIANTES : SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD
COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIADOS : CENTRO DE DIÁLISIS ZARATE S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS CENTRO CALLAO S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS CONO NORTE E.I.R.L.
CENTRO DE DIÁLISIS JESÚS MARÍA S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS SAN FERNANDO S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS SAN IGNACIO DE LOYOLA S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS SANTA ANA S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS SANTO TOMÁS DE AQUINO S.A.C.
CENTRO DE DIÁLISIS CENTRO VENTANILLA S.A.C.
CENTRO DE SALUD RENAL S.A.C.
CENTRO ESPECIALIZADO DE ENFERMEDADES RENALES S.A.C.
CENTRO MÉDICO CENTRO CAMINOS DEL INCA S.A.C.
CENTRO MÉDICO ESPECIALIZADO SANTA ENA S.A.
CENTRO MÉDICO JESÚS MARÍA S.A.C.
CENTRO MÉDICO VILLA MARÍA S.A.C.
CENTRO NEFROLÓGICO S.A.
CENTRO RENAL SAN MARCELO S.A.
CLÍNICA BENEDICTO XVI S.A.C.
CLÍNICA DE ENFERMEDADES RENALES CLÍNICA GRAU S.A.C.
CLÍNICA INTEGRAL SANTA ELENA E.I.R.L.
CLÍNICA SAN JUAN MASÍAS S.A.C.
INSTITUTO DE DIÁLISIS Y TRASPLANTE S.A.C.
INSTITUTO NEFROLÓGICO PERUANO AMERICANO S.A.C.
INTERDIAL NORTE S.A.C.
INVERSIONES MÉDICAS PERUANAS S.A.C.
OM DIAL S.A.C.
ORGANIZACIÓN MÉDICA Y DE SERVICIOS NORDIAL S.A.C.
PRONEFROS S.A.C.
RENAL CARE S.A.C.
SERVICIO DE APOYO, DIAGNÓSTICO Y TERAPÉUTICO SAN MIGUEL S.A.C.

		SERVICIOS ESPECIALIZADOS SAN CAMILO S.A.C.
		MIGUEL ÁNGEL DE LA MATA FERNÁNDEZ
		AURELIO PAULINO CESTI CONTRERAS
MATERIA	**:**	LIBRE COMPETENCIA PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES
ACTIVIDAD	**:**	ACTIVIDADES DE HOSPITALES, OTRAS ACTIVIDADES DE ATENCIÓN A LA SALUD HUMANA

SUMILLA: se CONFIRMA la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que halló responsables a 31 centros de hemodiálisis por la comisión de una práctica colusoria horizontal, en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.

Esta decisión se sustentó en la valoración conjunta de los medios probatorios que obran en el expediente (entre ellos, entrevistas, correos electrónicos, declaraciones de la partes y cotizaciones del servicio de hemodiálisis), los cuales permiten constatar que los centros de hemodiálisis imputados realizaron diversas reuniones y coordinaciones dirigidas a consensuar el monto de las cotizaciones presentadas a EsSalud, en respuesta a los requerimientos efectuados por la mencionada entidad en el marco de la determinación del valor referencial aplicable a los procesos de selección para la contratación del servicio de hemodiálisis.

Asimismo, de la valoración de dichas pruebas se desprende que los referidos centros de hemodiálisis se abstuvieron de forma conjunta y coordinada de participar en los referidos procesos de selección, con el objeto de reforzar la eficacia del acuerdo antes indicado. Lo anterior obligó a EsSalud a declarar desiertos los referidos concursos y a realizar sucesivas convocatorias durante un periodo de más de dos (2) años, dificultando y poniendo en riesgo la prestación efectiva y oportuna del servicio de hemodiálisis, de vital importancia para la salud de los afiliados a EsSalud.

Por todo lo anterior, se CONFIRMA la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, en el extremo que impuso a 30 centros de hemodiálisis, una multa total ascendente a 1,553.45 Unidades Impositivas

Tributarias. No obstante, se MODIFICA la resolución apelada en el extremo que sancionó a Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L. con una multa de 77.13 Unidades Impositivas Tributarias y, en consecuencia, se gradúa la sanción aplicable para dicha empresa en 66.57 Unidades Impositivas Tributarias.

Cabe indicar que, en la determinación de las multas impuestas a los centros de hemodiálisis, se ha tomado en consideración la gravedad de la infracción, así como los criterios de graduación y límites legales previstos que resultasen aplicables, de acuerdo con lo establecido en los artículos 43.1 inciso c) y 44 del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En ese sentido, las referidas sanciones han sido establecidas dentro de los parámetros de razonabilidad, sin afectar desproporcionadamente a dichos agentes económicos ni poner en riesgo la permanencia de las empresas infractoras en el mercado.

Por otra parte, se CONFIRMA la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, en el extremo que halló responsable al señor Aurelio Paulino Cesti Contreras, por la participación en el planeamiento, realización y ejecución de la práctica colusoria horizontal descrita precedentemente, infracción tipificada en los artículos 1, 2 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Asimismo, se MODIFICA la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI en el extremo que sancionó al señor Aurelio Paulino Cesti Contreras con una multa de 15.43 Unidades Impositivas Tributarias y, en consecuencia, se le impone una multa ascendente a 13.31 Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, se DECLARA concluido el procedimiento seguido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia contra el señor Miguel Ángel De la Mata Fernández por la presunta infracción a los artículos 1, 2 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y se deja sin efecto la multa que le fue impuesta por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior, debido a que el administrado falleciódurante la tramitación del procedimiento en esta instancia, desapareciendo de esta forma el sujeto sobre el cual recaía este extremo de la imputación materia de evaluación.

Lima, 26 de marzo de 2018

I. ANTECEDENTES

I.1 <u>Agentes involucrados</u>

1. El Seguro Social de Salud (en adelante, EsSalud) es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social. Conforme a su ley de creación, esta entidad tiene como finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos[1].

2. El Centro Nacional de Salud Renal (en adelante, CNSR), es el órgano desconcentrado de EsSalud, integrante de la Red de Prestaciones de Salud de alta complejidad del III nivel de atención, que brinda terapias de diálisis[2] a los asegurados y derechohabientes con enfermedad renal crónica terminal que le son transferidos de los Hospitales Nacionales de EsSalud de Lima Metropolitana. En tal sentido, controla y evalúa el desarrollo del sistema de atención integral de la mencionada enfermedad a nivel nacional y propone normas, estrategias e innovación científico-tecnológica para dicha especialidad[3]. Cabe indicar que la prestación de terapias de hemodiálisis es ejecutada de manera directa, así como mediante la contratación de terceros.

3. Los centros de hemodiálisis son empresas dedicadas a la prestación del servicio de terapia de hemodiálisis, principalmente con reúso de filtros, a pacientes con enfermedad renal crónica[4].

---

1 **LEY 27056. LEY DE CREACIÓN DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD**
Artículo 1.- Creación, definición y fines
1.1 Créase sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) como organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción Social, con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera presupuestal y contable.
1.2 Tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos.

2 Las terapias de reemplazo renal para los pacientes con enfermedad crónica terminal, son: (i) Terapia de Hemodiálisis; (ii) Terapia de Diálisis Peritoneal y; (iii) Transplante Renal. El CNSR brinda las terapias de Hemodiálisis y Diálisis Peritoneal.

En ambos casos, existe la atención de un equipo multidisciplinario al paciente. La Terapia de Hemodiálisis permite, a través de un dializador y una máquina de hemodiálisis, efectuar el proceso de sustitución de la acción del riñón del paciente, que se encuentra con enfermedad renal crónica. Por su parte, la Terapia de Diálisis Peritoneal permite, mediante la implantación de un catéter en el peritoneo del paciente, sustituir la función del riñón, por medio de una terapia que se desarrolla en la vivienda del paciente, bajo condiciones de sepsis (higiene) que le son instruidas e interiorizadas al paciente.
Ver: http://www.essalud.gob.pe/centro-nacional-de-salud-renal/. Fecha de última visita 26 de marzo de 2018.

3 Ver: http://www.essalud.gob.pe/centro-nacional-de-salud-renal/. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

4 La enfermedad renal crónica es la pérdida progresiva e irreversible de las funciones que realizan los riñones. Ver: http://www.nefro.cl/site/content.php?id=570. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

I.2 Hechos en el presente caso

4. El 30 de agosto de 2012, EsSalud presentó un escrito de denuncia por la supuesta comisión de conductas anticompetitivas en la modalidad de fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio. Las empresas objeto de tal denuncia, fueron las siguientes:

    1. Centro Nefrológico S.A. (en adelante, Cenesa).
    2. Centro de Diálisis Santa Ana S.A.C. (en adelante, Santa Ana).
    3. Centro Médico Especializado Santa Ena S.A. (en adelante, Santa Ena).
    4. Centro de Diálisis San Fernando S.A.C. (San Fernando).
    5. Centro Médico Villa María S.A.C. (en adelante, Villa María).
    6. Organización Médica y Servicios Santa Anita S.A.C. (en adelante, Santa Anita).
    7. Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L. (en adelante, Centro Cono Norte).
    8. Centro Renal San Marcelo S.A. (en adelante, San Marcelo).
    9. Servicios Especializados San Camilo S.A.C. (en adelante, San Camilo).
    10. Centro de Diálisis Santa Rosa S.A.C. (en adelante, Santa Rosa).
    11. Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico San Miguel S.A.C. (en adelante, San Miguel).
    12. Centro Especializado de Enfermedades Renales S.A.C. (en adelante, Ceer).
    13. Renexa S.A. (en adelante, Renexa).
    14. Centro de Diálisis Santo Tomas de Aquino S.A.C. (en adelante, Santo Tomás).
    15. Organización Médica y de Servicios Nordial S.A.C. (en adelante, Nordial).
    16. Centro Médico Caminos del Inca S.A.C. (en adelante, Centro Caminos del Inca).
    17. Renal Care S.A.C. (en adelante, Renal Care).
    18. Inversiones, Desarrollos y Negocios Trujillo S.A.C. (en adelante, Inversiones Trujillo).
    19. Centro Médico Jesús María S.A.C. (en adelante, CM Jesús María).
    20. Centro de Diálisis Jesús María S.A.C. (en adelante, CD Jesús María).
    21. Clínica San Juan Masías S.A.C. (en adelante, San Juan Masías).
    22. Centro de Diálisis Ventanilla S.A.C. (en adelante, Centro Ventanilla).
    23. Instituto de Diálisis y Trasplante S.A.C. (en adelante, IDT).
    24. Centro de Salud Renal S.A.C. (en adelante, Salud Renal).
    25. OM Dial S.A.C. (en adelante, OM Dial).

26. Interdial Norte S.A.C. (en adelante, Interdial Norte).
27. Instituto Nefrológico Peruano Americano S.A.C. (en adelante, INPA).
28. Clínica del Riñón S.A.C. (en adelante, Clínica del Riñón).
29. Clínica de Enfermedades Renales Grau S.A.C. (en adelante, Clínica Grau).
30. Centro Médico para el Diagnóstico y Tratamiento de Enfermedades Renales Dios Proveedor S.A.C. (en adelante, Dios Proveedor).
31. Centro de Diálisis Zarate S.A.C. (en adelante, Centro Zárate).
32. Clínica Benedicto XVI S.A.C. (en adelante, Benedicto XVI)
33. Clínica Integral Santa Elena E.I.R.L. (en adelante, Santa Elena).
34. Pronefros S.A.C. (en adelante, Pronefros).
35. Nephro Care S.A.C. (en adelante, Nephro Care).
36. Servibendesa S.A.C. (en adelante, Servibendesa).
37. Plusvida Servicios Médicos S.A.C. (en adelante, Plusvida).
38. Inversiones Médicas Peruanas S.A.C. (en adelante, IMP).
39. Centro de Diálisis Nefro Continente S.A.C. (en adelante, Nefro Continente)
40. Centro de Diálisis Callao S.A.C. (en adelante, Centro Callao).
41. Davita S.A. (en adelante, Davita).
42. Policlínico Internacional D & M S.A.C. (en adelante, D&M).
43. Centro Nefrológico Cipreses S.A.C. (en adelante, Cipreses).

5. EsSalud sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:

- El 21 de diciembre de 2010, se publicó en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (en adelante, Seace) la convocatoria del Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR (en adelante, Concurso Público) “Contratación de Servicios de Hemodiálisis con Reúso para 12 meses”. Dicho concurso público estuvo sujeto a observaciones formuladas por el estudio Barrios & Fuentes Abogados (en adelante, Bafur), mediante las cuales se cuestionaba la determinación del valor referencial.

- El 11 de febrero de 2011, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones de Estado (en adelante, OSCE), mediante Pronunciamiento 052-2011/DTN publicado en el Seace en la misma fecha, decidió no acoger las observaciones formuladas por Bafur. Asimismo, dicha entidad informó que, durante la etapa de integración de las bases del Concurso Público, se publicaría la estructura de costos correspondiente a la prestación del servicio, que serviría de base para el cálculo del valor referencial.

- El 19 de abril de 2011, se declaró desierto el Concurso Público debido a que no se presentaron ofertas de los postores que compraron las

bases del concurso. En tal sentido, las empresas habrían manifestado que: (i) el valor referencial fijado no cubriría los costos del servicio de hemodiálisis; y. (ii) el costo correspondiente a la "carta fianza de seriedad de la oferta" exigida era elevado.

- Al haberse declarado desierto el Concurso Público, el 12 de agosto de 2011 se publicó en el Seace la convocatoria de un nuevo proceso de contratación, la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR, en su primera convocatoria (en adelante, AMC1) "Contratación de Servicios de Hemodiálisis con Reúso para 12 meses". La AMC1 constaba de 11 ítems para la prestación del servicio de hemodiálisis; sin embargo, solo uno de ellos fue adjudicado y los otros 10 se declararon desiertos[5].

- El 20 de octubre de 2011, la Asociación de Centros Privados de Hemodiálisis (en adelante, la Adeceprih) denunció ante EsSalud que, al determinarse incorrectamente el valor referencial de los servicios de hemodiálisis, se habría transgredido la norma de contrataciones del Estado, razón por la cual las empresas no participaron en la AMC1.

- Los hechos descritos serían indicios de una supuesta concertación de precios en la prestación de servicios de hemodiálisis. Esto es: (i) las constantes denuncias de la Adeceprih destinadas a cuestionar el valor referencial del servicio para lograr su incremento y, (ii) las abstenciones de los centros de hemodiálisis de presentar propuestas en los procesos de selección.

6. Mediante Resolución 015-2014/ST-CLC-INDECOPI del 24 de octubre de 2014 (en adelante, la Resolución de Inicio), la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión), resolvió:

   (i) Admitir a trámite la denuncia interpuesta por EsSalud, respecto de 39 centros de hemodiálisis[6] y los señores Miguel Ángel De la Mata

[5] El ítem 10 fue adjudicado al Centro Médico Santa Patricia S.A.C. y los ítems 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 y 11 fueron declarados desiertos.

[6] Cabe indicar que esta resolución declaró improcedente la denuncia interpuesta por EsSalud, en el extremo referido a los centros: Clínica del Riñón, Dios Proveedor, Cipreses, D&M, Servibendesa y Santa Rosa, por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en la AMC1, durante los años 2010 y 2011, debido a que no se encontraron indicios razonables de su participación en la infracción investigada.

En tal sentido, se admitió a trámite la presente denuncia contra el resto de centros de hemodiálisis indicados en el numeral 4 de esta resolución, y se incorporó en el procedimiento administrativo sancionador al Centro de Diálisis San Ignacio de Loyola S.A.C. (en adelante, San Ignacio) y al Centro de Prevención de Enfermedad Renal S.A.C. (en adelante, Cenper).

Fernández (en adelante, señor De la Mata), Aurelio Paulino Cesti Contreras (en adelante, señor Cesti) y Raúl Hernando Martín Barrios Fernández Concha (en adelante, señor Barrios); por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinadas a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en la AMC1, para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010 y 2011; e

(ii) iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra 39 centros de hemodiálisis[7] y los señores De la Mata, Cesti y Barrios, por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinadas a incrementar el valor referencial en la AMC Derivada en su segunda, tercera y cuarta convocatoria (en adelante, AMC2, AMC3 y AMC4, respectivamente), para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.

7. Entre el 9 de diciembre de 2014 y el 15 de enero de 2015, los centros de hemodiálisis y demás imputados presentaron sus descargos[8].

8. El 11 de noviembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe Técnico 067-2015/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el Informe Técnico), mediante el cual recomendó lo siguiente:

(i) Declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra los centros: Cenesa, Santa Ana, Santa Ena, San Fernando, Villa María, Santa Anita, Centro Cono Norte, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, Ceer, Renexa, Santo Tomás, Nordial, Centro Caminos del Inca, Renal Care, Inversiones Inversiones Trujillo, CM Jesús María, CD Jesús María, San Juan Masías, Centro Ventanilla, IDT, Salud Renal, OM Dial, Interdial Norte, INPA, Clínica Grau, Centro Zárate, Benedicto XVI, Santa Elena, Pronefros, Nephro Care, Plusvida, IMP, Nefro Continente, Centro Callao, Davita, San Ignacio y Cenper; por incurrir en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada del precio para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, entre los años 2010 y 2012, a nivel de Lima y Callao[9].

---

7 Esto es, los mismos centros de hemodiálisis señalados en la nota al pie anterior.

8 Ver fojas 10516 a 10701 del Expediente.

9 Esta conducta se encontraría tipificada en los artículos 1, 11.1 inciso a) y 11.2 inciso a) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y sería sancionable de acuerdo con el artículo 43 de la referida norma.

(ii) Declarar fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra los señores De la Mata, Cesti y Barrios por su participación en el planeamiento, realización y ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada del precio para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, entre los años 2010 y 2012, a nivel de Lima y Callao[10].

(iii) Declarar improcedentes las nulidades y argumentos planteados por los centros de hemodiálisis y demás imputados en el procedimiento.

(iv) Sancionar a los imputados con la imposición de multas[11].

9. Entre el 26 de noviembre y el 7 de diciembre del 2015, los centros de hemodiálisis y las personas naturales imputadas presentaron sus descargos al Informe Técnico[12].

10. El 15 de diciembre de 2015 se llevó a cabo el informe oral con la asistencia de los representantes de Cenper, Centro Cono Norte, Cenesa, Benedicto XVI, San Juan Masías, Villa María, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, San Fernando, San Camilo, Santa Ana, San Ignacio, Santa Elena, Ceer, CD Jesús María, Plusvida, INPA, CD Centro Callao, Nefro Continente, Nephro Care, Davita, Renexa, Nordial, Salud Renal, Clínica Grau y EsSalud, exponiendo frente a la Comisión los mismos argumentos contenidos en sus descargos y alegaciones al Informe Técnico[13].

11. Mediante Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, la Comisión declaró que 34 centros de hemodiálisis[14] y los señores De la Mata y Cesti incurrieron en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinadas a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, en el mercado de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, entre los años 2010 y 2012. En tal sentido, sancionó a dichos centros de hemodiálisis con una multa total de 1,671.06 UIT y a los señores

---

10 Esta conducta se encontraría tipificada en los artículos 1, 2, 11.1 inciso a), 11.2 inciso a) del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y sería sancionable de acuerdo con el artículo 43 de la referida norma.

11 Ver fojas 10678 a 10679 del Expediente.

12 Ver fojas 10752 a 11306 del Expediente.

13 Ver fojas 11880 a 12085 del Expediente.

14 Nephro Care, Santa Anita e Inversiones Trujillo se encuentran dentro de los centros de hemodiálisis que fueron sancionados por la Comisión; sin embargo, no han interpuesto recurso de apelación.

De la Mata y Cesti con multas ascendentes a 7.60 y 15.43 UIT, respectivamente[15].

12. En su pronunciamiento, la Comisión determinó lo siguiente:

(i) A partir de la revisión conjunta de correos electrónicos, entrevistas y documentos que obran en el expediente es posible afirmar que, en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, entre los años 2010 y 2012, los centros de hemodiálisis investigados acordaron y procedieron a fijar el precio a pagar en el mercado de contrataciones públicas del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, a través de la presentación de cotizaciones a EsSalud con valores concertados.

(ii) La coordinación para la realización de estas acciones tuvo como espacio facilitador, la asociación existente en el mercado de hemodiálisis, denominada Adeceprih. Lo antes indicado, permitió la reunión de los centros ante cada actuación o decisión tomada por EsSalud.

(iii) Las cotizaciones de los centros investigados fueron homogéneas, y las variaciones en los valores contenidos en las mismas, presentaron una misma tendencia a lo largo del periodo de análisis. Esta situación refleja la existencia de coordinaciones entre las empresas imputadas, de acuerdo con lo señalado en las entrevistas y correos.

(iv) Se desarrollaron medidas adicionales destinadas a incrementar la efectividad de la conducta, como la abstención conjunta en los procesos de selección de gran envergadura. Esto último tuvo como objetivo que se convoque nuevamente a un proceso de selección, en donde pudiesen ser acogidos los valores de las cotizaciones presentadas de forma consensuada, condicionando en la práctica la participación de los centros al incremento del valor referencial establecido.

---

15 Asimismo, la Comisión determinó lo siguiente:

- Declarar que Plusvida, Nefro Continente, Renexa, Davita y Cenper no son responsables por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y AMC en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, entre los años 2010 y 2012, debido a la inexistencia de medios probatorios que acrediten su responsabilidad.

- Declarar que el señor Barrios no es responsable de haber participado de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada del precio para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso, entre los años 2010 y 2012, a nivel de Lima y Callao, en los términos señalados en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

(v) La presentación de denuncias y observaciones ante EsSalud y el OSCE por parte de algunos de los centros de hemodiálisis exigiendo el uso de sus cotizaciones, constituye un indicio adicional para evaluar la conducta materia de imputación, mas no un elemento trascendental para su materialización.

(vi) Debido a la gravedad de la infracción y a que el cálculo de la multa base supera ampliamente el monto máximo imponible, corresponde establecer una multa de 1,671.06 UIT para los centros de hemodiálisis investigados, 7.60 UIT para el señor De la Mata y 15.43 UIT para el señor Cesti.

13. El 9 de marzo de 2016, OM Dial presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[16]:

(i) En el presente caso, se ha probado la existencia de un acuerdo colusorio entre varios centros de hemodiálisis, la Adeceprih y las personas naturales involucradas. Sin embargo, no existe evidencia alguna que vincule a OM Dial con dicha conducta.

(ii) La decisión de participar o no en los procesos de selección investigados se ha debido a motivos meramente individuales, ajenos a los que puedan haber tenido los otros centros de hemodiálisis o la Adeceprih.

(iii) Si bien OM Dial compró las bases del Concurso Público, no se presentó a dicho proceso de selección debido a que le resultó imposible pagar la carta de garantía de fiel cumplimiento, la cual ascendía a S/ 867,400.00.

(iv) No se presentó a las AMC1 y AMC2, pues se encontraba renovando su maquinaria antigua, para no poner en riesgo a sus pacientes.

(v) El Comité Especial descartó a OM Dial como postor en la AMC3 luego de evaluar la carta fianza de garantía de seriedad de la oferta, observando que el banco emisor no consignó de forma específica que tal fianza correspondía a dicha convocatoria. El documento antes indicado fue devuelto por el Comité Especial, sin dejar constancia alguna de su presentación como postor.

16 Ver fojas 12194 a 12200 del Expediente.

(vi) En la AMC4, OM Dial se presentó como postor y se le otorgó la buena pro, suscribiendo el contrato 4600040719 de fecha 6 de diciembre de 2012.

(vii) Para que exista concertación debió haber alguna respuesta de conformidad con relación a los correos remitidos por la Adeceprih. Sin embargo, la Comisión no ha probado que OM Dial haya cursado alguna comunicación a las empresas asociadas en la Adeceprih, ni a dicha asociación o sus representantes.

(viii) La Comisión se habría negado a realizar la inspección de su local, donde pudo haber corroborado, entre otras cosas, el estado de su maquinaria.

(ix) La Comisión no tomó en cuenta que en las entrevistas realizadas a los centros de hemodiálisis, no se menciona la participación de OM Dial en la conducta imputada.

(x) Si bien participó en los procesos de menor envergadura pese a no haberlo hecho en las AMC1 y AMC2, ello se debió a que las condiciones sobre la antigüedad de las máquinas eran más flexibles.

14. El 14 de marzo de 2016, IMP presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[17]

(i) La Comisión no tomó en consideración que IMP no causó agravio al público consumidor del servicio de hemodiálisis. Por el contrario, los pacientes se vieron beneficiados al contar con equipamiento moderno, personal altamente calificado, mayor alcance del servicio (en el distrito de San Borja) y servicios adicionales a costos competitivos.

(ii) La Comisión basó sus conclusiones en 32 correos electrónicos, 7 entrevistas y 5 documentos, los cuales no prueban fehacientemente que el representante legal de IMP haya participado directamente o indirectamente en la conducta imputada. Tampoco se ha podido establecer que IMP haya manifestado una voluntad común a la de los demás centros.

(iii) La Comisión ha reconocido que IMP no se abstuvo en todos los procesos investigados. En efecto, IMP participó en 4 de las 6 convocatorias de gran envergadura, presentando cotizaciones que

[17] Ver fojas 12201 a 12207 del Expediente.

no se ajustaron al promedio de las cotizaciones de los centros imputados.

(iv) No puede establecerse una prohibición absoluta contra IMP pues: (a) no ha existido ni se ha probado la finalidad anticompetitiva de la conducta imputada; y, (b) no han existido efectos negativos para la competencia ni para el bienestar de los consumidores. Por el contrario, IMP ha contribuido a elevar la calidad del servicio de hemodiálisis, lo cual se comprueba por la fidelidad de los pacientes.

(v) La primera instancia consideró la prueba indiciaria como medio probatorio suficiente para acreditar la conducta anticompetitiva, desestimando el empleo de medios probatorios plenos que podrían generar convicción acerca de la comisión de un acto anticompetitivo. En este sentido, las pruebas indiciarias empleadas por la primera instancia en el presente caso no acreditan la participación real y efectiva de IMP en la ejecución de la conducta sancionada.

(vi) La Comisión no ha podido demostrar que IMP participó de la concertación de precios a través de comunicaciones de su gerente general mediante correos electrónicos. Asimismo, tampoco se encuentra acreditado que haya seguido las instrucciones de la Adeceprih, pues no presentó cotizaciones para la AMC1 y AMC4.

(vii) La Comisión debió haber considerado una probabilidad de detección de 100% en el cálculo de la multa. Resulta absurdo que haya empleado una probabilidad de detección de 60%, ya que fue EsSalud quien denunció la supuesta fijación concertada de precios.

(viii) La determinación de la multa no es coherente, pues se le ha impuesto una multa equivalente a los centros que sí participaron en todos los procesos de selección (tales como, Nordial y Renal Care), cuando en el presente caso IMP solo participó en 3 de los 5 procesos investigados. En este sentido, resulta contradictorio aplicar el mismo periodo de beneficio ilícito a todos los centros imputados.

(ix) La multa impuesta no puede exceder el 12% de las ventas o ingresos brutos anuales percibidos. Sin embargo, la Comisión aplicó una multa que excede dicho límite, deviniendo esta sanción en arbitraria, mal calculada e injusta.

15. El 16 de marzo de 2016, CD Jesús María presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[18] [19]:

    (i) Dicho centro de hemodiálisis cuenta con libertad para asociarse o pertenecer a una asociación y no por ello se debe asumir que lo hace para concertar aspectos contrarios a la libre competencia. Por el contrario, su participación es pasiva y se realiza con la finalidad de mantenerse informado de aspectos relacionados a su actividad económica.

    (ii) Si bien participó en el Concurso Público, este proceso fue declarado desierto. Esto resultó perjudicial, pues tuvo que pagar por una carta fianza que no fue utilizada y comprar maquinaria para adecuarse a los requerimientos exigidos por EsSalud.

    (iii) La Comisión no ha tomado en cuenta sus argumentos de defensa ni ha motivado debidamente por qué declaró responsable a CD Jesús María.

    (iv) El día en que se llevó a cabo el proceso de selección de la AMC 1 (17 de agosto de 2012), no pudo presentarse debido a que la Caja Huancayo no le otorgó a tiempo la carta fianza solicitada.

    (v) La estructura de costos fue calculada en base a sus prioridades estratégicas y operativas, y de acuerdo con la legislación vigente. La variación de la tarifa por sesión de hemodiálisis se debe al alza de precios de los insumos médicos (cuyas cotizaciones son en dólares), así como a la evolución de la remuneración mínima vital.

    (vi) Las cotizaciones por el servicio de hemodiálisis estuvieron acordes con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF (en adelante, RLCE), el cual establece que el valor referencial se debe calcular incluyendo los tributos, seguros, transporte, inspecciones, y de ser el caso, los costos laborales, entre otros conceptos que puedan incidir en el valor del servicio.

---

18 Ver fojas 12241 a 12247 del Expediente.

19 Mediante escrito del 12 de enero de 2017, CD Jesús María solicitó la revisión de su escrito de apelación, presentado el 16 de marzo de 2016, y adjuntó una declaración jurada en la que su gerente general, la señora Rebeca Brasil Belling Salas, indicó no haber firmado la Carta 18-06-ADM-CDJM.S.A.C. del 18 de mayo del 2011, enviada al Comité Especial del Concurso Público.

(vii) CD Jesús María no emitió correos electrónicos a la Adeceprih ni a ningún otro miembro, referidos a la concertación de cotizaciones, propuestas o similares.

(viii) La Carta 18-06-ADM-CDJM.S.A.C. del 18 de mayo del 2011, enviada al Comité Especial del Concurso Público carece de valor porque cuenta con una firma falsa. Por lo tanto, no existen medios probatorios que acrediten su participación en la conducta imputada.

(ix) La multa resulta desproporcionada, ya que CD Jesús María no participó de manera directa o indirecta en el presunto acuerdo de fijación de precios. Además, la multa no responde a un criterio razonable respecto a sus ingresos, siendo confiscatoria y poniendo a la empresa en riesgo de liquidación o quiebra.

16. El 17 de marzo de 2016, Ceer presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, mediante el cual expuso los siguientes argumentos[20]:

(i) No existió consenso entre Ceer y otros centros para presentar cotizaciones a EsSalud. Además, en ningún fragmento de las entrevistas se menciona el nombre de este centro.

(ii) Respecto de los correos electrónicos, solo se observa al emisor de la comunicación, no habiendo respuesta de alguno de los centros de hemodiálisis. Por lo tanto, no se puede probar que Ceer haya consensuado el valor de su cotización.

(iii) La Comisión incurre en un error al mencionar a la Adeceprih y considerar que a través de ésta se concertaban las cotizaciones, pues dicha asociación dejó de existir antes de que tuvieran lugar las convocatorias al Concurso Público, AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4.

(iv) En enero de 2009, un grupo de centros contrataron a la empresa internacional PricewaterhouseCoopers (en adelante, PwC), a fin de que realice un estudio real[21] acerca de los costos del servicio de hemodiálisis, con las especificaciones técnicas vigentes de EsSalud. No obstante, la Comisión de forma parcializada pretendería considerar este documento como una concertación entre los centros para presionar a EsSalud.

[20] Ver fojas 12218 a 12239 del Expediente.

[21] En dicho año recibieron el documento denominado “Estudio de Costos del Servicio de Hemodiálisis” en el que se realiza una comparación de costos con países extranjeros, y se establece que la tarifa por sesión de hemodiálisis ascendería a S/ 212.29.

(v) El Oficio Circular 0006-207-SIS del Seguro Integral de Salud (en adelante, SIS) estableció un monto de S/ 219.92 por el servicio de hemodiálisis con reúso, respecto a los hospitales del Ministerio de Salud (en adelante, Minsa). Sin embargo, este documento no fue tomado en cuenta por la Comisión.

(vi) Ceer presentó sus cotizaciones basadas en el estudio de costos y la tarifa propuesta por el Minsa. Siendo que dicha tarifa fue fijada sobre la base de los precios de otros proveedores de hemodiálisis, no corresponde calificar tal hecho como una práctica colusoria. Asimismo, hizo de conocimiento a EsSalud que el precio que establecía dicha entidad se encontraba por debajo del precio del mercado.

(vii) La Comisión no ha logrado acreditar de forma objetiva la participación de Ceer en la conducta imputada, pues no existen comunicaciones, correos, versiones o informes que conlleven a afirmar que dicho centro haya realizado coordinaciones, concertaciones o atendido las instrucciones de los representantes de la Adeceprih.

(viii) La Comisión ha liberado de responsabilidad en la AMC4 a IDT, INPA y otros, debido a que no presentaron sus cotizaciones para dicho proceso. Esta diferenciación constituye un trato parcializado y desigual respecto a los centros de hemodiálisis antes indicados, los cuales también fueron convocados a las reuniones de la Adeceprih y formaron parte de los correos electrónicos que esta asociación habría remitido para impartir instrucciones respecto de los montos a cotizar ante EsSalud y, sin embargo, fueron absueltos por la Comisión.

(ix) La Comisión no reconoce que EsSalud ostenta una posición de dominio en el mercado del servicio de hemodiálisis, debido a que: (a) fija unilateralmente el precio del servicio (a bajo costo respecto de otras instituciones del Estado); (b) exige condiciones de exclusividad a los proveedores; (c) exige más horas de sesión de hemodiálisis; (d) exige modificaciones en la arquitectura de los centros, entre otros. Al fijar precios bajos, la utilidad obtenida por los centros de hemodiálisis se reduce, poniendo en riesgo su funcionamiento.

(x) La abstención de Ceer de participar en el Concurso Público, se sustentó en los siguientes motivos: (a) EsSalud modificó las bases

del mismo, lo cual impedía cubrir los costos y gastos generados por las nuevas exigencias técnicas; (b) EsSalud exigía la exclusividad del servicio de hemodiálisis, lo que implicaba un mayor uso de materiales e insumos en el procedimiento, así como incrementar el personal de enfermería y médicos para cubrir la demanda de pacientes; (c) la carta fianza exigida en las bases resultaba demasiado onerosa, pues se requería un monto de S/ 867,000.00 para que la oferta sea aceptada; y, (d) la cotización del centro estaba por encima del valor referencial (S/ 171.44), por lo que su propuesta económica sería rechazada automáticamente en aplicación al artículo 33 de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE).

(xi) Ceer tampoco participó de la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, ya que no se dio ningún cambio en las bases de los procesos, las cuales resultaban totalmente irreales. Por este motivo, en la AMC4, Ceer comunicó a EsSalud que no participaría del proceso.

(xii) Las denuncias y observaciones ante el OSCE no pueden considerarse como indicios de concertación para obligar a EsSalud a incrementar el valor referencial, pues responden al ejercicio regular del derecho de petición.

(xiii) La Comisión ha impuesto una multa desproporcionada, en la medida que Ceer no ha incurrido en ninguna conducta colusoria. Además, no se ha demostrado la existencia de afectación alguna al mercado.

17. El 18 de marzo de 2016, el Centro Ventanilla presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[22]:

(i) Para efectuar una imputación de colusión o concertación, la Comisión debió analizar los siguientes factores: (a) existencia del pacto, (b) licitud o ilicitud del pacto; y, (c) terceros afectados. También es imprescindible que la autoridad efectúe un estudio del mercado supuestamente afectado, que permita determinar la existencia de actos colusorios.

(ii) La Comisión no ha considerado que todos los centros de hemodiálisis compiten entre sí, por lo que es material, física y jurídicamente imposible la concertación. Además, los centros de hemodiálisis no pueden imponer o presionar a EsSalud para que

[22] Ver fojas 12248 a 12272 del Expediente.

acepte un precio propuesto por ellos, pues tal entidad tiene la decisión final de aceptar o denegar dicho precio. En este sentido, EsSalud ostenta una posición de dominio, considerando además que los centros de hemodiálisis no cuentan con ninguna influencia en el mercado.

(iii) No existen actas, acuerdos o contratos que reflejen la existencia de algún acto colusorio. Los correos electrónicos resultan simples comunicaciones unilaterales de la Adeceprih, los cuales no han tenido respuesta alguna por parte de Centro Ventanilla que haga presumir la aceptación de las instrucciones dadas ni la existencia de un acuerdo o coordinación. Se debe tener presente que es un requisito de la concertación la comunicación recíproca, no existiendo pruebas de una supuesta colusión o concertación por parte de Centro Ventanilla con la Adeceprih y sus miembros.

(iv) Las preguntas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión en la entrevista realizada a Centro Ventanilla fueron ambiguas y no se refieren a todas las clínicas. Además, el entrevistado no es contador, apoderado o representante de Centro Ventanilla. Por lo tanto, esa entrevista carece de valor probatorio.

(v) La Comisión no realizó un análisis minucioso de los hechos y pruebas del caso ni consideró que ninguno de los denunciados menciona a Centro Ventanilla. Tampoco se tuvo en cuenta que cada centro de hemodiálisis tiene motivos particulares para no participar de los procesos de gran envergadura, los cuales no tienen por qué derivarse de una coordinación.

(vi) La imputación de cargos a Centro Ventanilla carece de medios probatorios que acrediten los supuestos actos colusorios. Por el contrario, existen pruebas de que Centro Ventanilla acató los precios establecidos por EsSalud (S/ 171.44), continuando con la prestación del servicio.

(vii) La justificación de no haber participado en el Concurso Público y en las AMC1, AMC2, AMC3, y AMC4 se encuentra en la carta del 17 de mayo del 2011 enviada al Jefe de División de Logística de EsSalud. Cualquier similitud de dicha carta con las justificaciones presentadas por otros centros de hemodiálisis, no implica que se haya realizado una práctica colusoria de fijación de precios. Por otra parte, es imposible que Centro Ventanilla haya realizado dicha conducta anticompetitiva en tanto no participó de los referidos procesos.

(viii) La multa de 61.75 UIT impuesta por la Comisión, ocasionará un desmedro económico que podría llevarla a la quiebra. Asimismo, dicha sanción resulta injusta, ya que se impuso en base a entrevistas y correos electrónicos en los que no se menciona específicamente a Centro Ventanilla.

18. El 18 de marzo de 2016, Renal Care presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[23]:

(i) La Comisión no ha tenido en cuenta que no se le notificaron las Cartas 347-2014/ST-CLC-INDECOPI a 399-2014/ST-CLC-INDECOPI.

(ii) No es posible aseverar la existencia de una conducta colusoria a partir de la existencia de indicios, debido a que no se ha encontrado una prueba directa que revele la existencia de un acuerdo de fijación de precios entre las empresas denunciadas. En este sentido, no existe certeza por parte de la autoridad sobre el hecho investigado, pues no se ha aplicado un razonamiento lógico y crítico para sancionar.

(iii) Para que se configure una concertación de precios se requiere la existencia de un beneficio económico, el cual no se ha obtenido en este caso, puesto que, hasta el año 2014 se ha mantenido constante el valor referencial de EsSalud.

(iv) Los correos electrónicos no pueden ser indicios suficientes ni razonables que demuestren que Renal Care haya acatado las instrucciones de la Adeceprih.

(v) La multa resulta injusta y excesiva, debido a que no se ha cometido falta alguna ni existe reincidencia.

19. El 22 de marzo de 2016, los centros de hemodiálisis Santa Ana, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Salud Renal, Pronefros, Centro Callao y el señor De la Mata, interpusieron en conjunto una apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[24]:

(i) La resolución apelada vulnera el principio de tipicidad al considerar el valor referencial como si fuese el precio final pagado por EsSalud.

[23] Ver fojas 12273 a 12279 del Expediente.

[24] Ver fojas 12287 a 12351 del Expediente.

En este sentido, se tipifica la conducta como una fijación concertada de precios por parte de los centros de hemodiálisis, cuando en realidad se trata de cotizaciones que son presentadas por los centros a efectos de que EsSalud determine el valor referencial, y no de los precios que finalmente serán pagados a los centros ganadores de la buena pro.

(ii) Es prerrogativa de EsSalud tener en cuenta o no dichas cotizaciones, sin que estas hayan tenido un carácter vinculante sobre la determinación de los precios pagados por EsSalud.

(iii) La Comisión atenta contra la seguridad jurídica, la libertad y la seguridad personal. No es lícito que la autoridad administrativa reglamente, integre o especifique una norma sancionadora aplicándola de forma extensiva, ya que estaría incurriendo en una interpretación discrecional de la misma. Este hecho genera incertidumbre en los administrados, pues implica que la autoridad podría actuar contra cualquier ciudadano aplicándole sanciones por hechos no previstos en las normas que tipifican las infracciones.

(iv) Sobre el derecho de la defensa y el debido proceso, la Comisión ha indicado sin sustento que, para que se configure la infracción, se debe verificar la existencia de: (a) la conducta imputada, y (b) las acciones adicionales. Según la Comisión, en el presente caso la conducta imputada consiste en la presentación de cotizaciones, mientras que las acciones adicionales se configuran a través de las abstenciones y denuncias realizadas por los centros de hemodiálisis. Este enfoque no guarda relación con la Resolución de Inicio ni con el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), pues no contemplan la realización de acciones adicionales como parte de la tipificación de la conducta anticompetitiva imputada.

(v) El señor De la Mata indicó que, en su caso en particular, la Comisión también vulneró el principio de tipicidad, debido a que calificó la conducta evaluada como una infracción contenida en los artículos 1, 2, 11.1 inciso a) y 11.2 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin especificar qué numerales dentro del artículo 2 se le aplicaron para efectuar dicha tipificación[25].

[25] Al respecto, agregó que según lo establecido por el entonces vigente artículo 230 numeral 4 de la Ley 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretaciones extensivas o analogías.

20. El 22 de marzo de 2016, Nordial presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[26]:

    (i) Las declaraciones derivadas de las entrevistas, tomadas como pruebas en el Informe Técnico, fueron brindadas por personas no vinculadas con Nordial. Por ello, no pueden ser consideradas como medios probatorios válidos y contundentes para involucrar a este centro en la conducta investigada. Además, en ninguna de las pruebas empleadas por la Comisión se hace mención a Nordial, así como tampoco existe evidencia de que algún representante de este centro haya asistido o participado de las reuniones a las cuales hace referencia la Comisión.

    (ii) En tanto ninguno de los correos enviados por la Adeceprih fue respondido por Nordial, estos no pueden ser usados como sustento o medios probatorios válidos.

21. El 22 de marzo de 2016, Clínica Grau presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, en el cual argumentó lo siguiente[27]:

    (i) Se debió contar con información respecto a las estructuras de costos del servicio de hemodiálisis que brindan otros hospitales de EsSalud (información presentada mediante el escrito de descargo), a efectos de constatar que el precio unitario por sesión de hemodiálisis utilizado por la misma entidad en dichos hospitales es mayor al valor referencial del presente caso. Al no haber actuado dicha prueba, a pesar de su solicitud, se ha vulnerado su derecho de defensa.

    (ii) Asimismo, lo anterior demostraría que el valor referencial se establece de manera arbitraria y no obedece a criterios técnicos.

    (iii) EsSalud concentra indebidamente todas las actividades de administración de los fondos prestadores del servicio de salud, ejerciendo una posición de dominio contraria a los principios del derecho de la competencia. Al ser el único administrador del servicio, conocía perfectamente los costos del mismo y los precios del mercado. Sin embargo, esta entidad se negó a pagar a los centros de hemodiálisis un precio real por el servicio prestado, fijando un valor referencial inferior al precio de mercado.

[26] Ver fojas 12367 a 12381 del Expediente.

[27] Ver fojas 12392 a 12457 del Expediente.

(iv) La tarifa por sesión de hemodiálisis sin reúso de filtro determinada por el Seguro Integral de Salud (SIS) asciende a S/ 314.47, la cual se encuentra muy por encima de los precios pagados por EsSalud. Esta circunstancia denota que, en el mercado de hemodiálisis, los centros no tienen injerencia sobre el precio del servicio, pues es determinado por cada entidad convocante y no por una presunta concertación de precios entre los centros competidores.

(v) La tarifa de S/ 314.47 fue determinada por el SIS sobre la base de una estructura de costos mejor sustentada. Por ende, las cotizaciones propuestas por los centros resultaban parecidas a dicha tarifa, lo cual no implica la existencia de conductas colusorias.

(vi) La primera instancia no tomó en cuenta los documentos donde se señala que Clínica Grau no contaba con la autorización respectiva de la autoridad sanitaria, lo que determinó que se abstuviese de participar en el Concurso Público.

(vii) No presentó copia de la carta fianza o del trámite realizado para su obtención, pues las cartas fianzas tienen un costo oneroso. Adicionalmente, la carta fianza no fue usada porque en anteriores oportunidades no se accedió al concurso para el cual fue solicitada.

(viii) La Comisión concluyó que Clínica Grau participó de la conducta infractora, sin contar con pruebas documentarias o indicios razonables.

(ix) La Comisión sustentó su decisión mediante correos electrónicos emitidos por la Adeceprih y entrevistas a determinados centros de hemodiálisis. Sobre el particular, se debe tomar en cuenta que los representantes de Clínica Grau no fueron entrevistados y que dicho centro no pertenece a la Adeceprih.

(x) No es cierto que el único medio de conocer el precio del competidor sea el intercambio de información, ya que se está hablando de precios que pueden ser obtenidos de manera pública.

(xi) La resolución apelada vulnera el debido proceso administrativo, debido a que no se ha contemplado el beneficio de la presunción de inocencia. Es más, el presente procedimiento ha sido de corte inquisitivo, pues Clínica Grau ha tenido que demostrar que no realizó la conducta anticompetitiva imputada, pese a que las acusaciones o cargos efectuados dentro de un proceso sancionador deben ser

plenamente acreditados por la autoridad. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de la resolución apelada.

(xii) La sanción ha sido determinada de manera inadecuada, siendo excesiva y confiscatoria. Para su cálculo debió considerarse los ingresos totales netos, pues el servicio fue efectivamente realizado y se incurrieron en costos para llevarlo a cabo.

22. El 22 de marzo de 2016, el Centro Cono Norte presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[28]:

(i) La conducta realizada por Centro Cono Norte es legal y no coincide con la tipificación de la conducta imputada. Ello, pues los proveedores del Estado no pueden fijar, de modo directo ni indirecto, los precios de los bienes o servicios respectivos, salvo en casos particulares.

(ii) Las empresas dedicadas a este negocio han enfrentado precios muy bajos y el abuso de la posición de dominio de EsSalud como único comprador.

(iii) En el año 2009 las empresas de hemodiálisis contrataron a PwC para elaborar una estructura de costos única y determinar razonablemente el valor referencial del servicio de hemodiálisis. EsSalud sugirió contar con ese estudio, dado que le permitiría entender mejor por qué los centros sostenían que los precios empleados eran bajos.

(iv) El estudio antes indicado concluyó que el precio de mercado era aproximadamente S/ 219.29 por sesión. Sin embargo, EsSalud nunca equiparó el valor referencial al precio señalado por PwC.

(v) La Comisión no ha encontrado prueba alguna acerca de la supuesta concertación de precios, sino que únicamente se basó en el paralelismo de cotizaciones presentadas por los centros y la existencia de reuniones entre ellos, sin tomar en cuenta que la similitud entre las diversas cotizaciones se debe a las siguientes condiciones del mercado: (a) se trata de un servicio altamente estandarizado; (b) los proveedores son homogéneos; y, (c) la competencia se basa en ofrecer un precio similar al predeterminado por un tercero.

[28] Ver fojas 12352 a 12366 del Expediente.

(vi) Tomando en cuenta este contexto, la Comisión debió revisar no solo las cotizaciones del periodo en que se produjo la supuesta concertación, sino las correspondientes a los periodos anteriores y posteriores, a efectos de desestimar que el paralelismo de precios se origine en una presunta práctica colusoria.

(vii) La Comisión no ha demostrado que en las reuniones llevadas a cabo por los centros de hemodiálisis se pactara algún acuerdo de fijación de precios. Solamente señaló que hubo varias reuniones a las que asistieron algunos centros de hemodiálisis y que fueron muy cercanas en el tiempo a las convocatorias realizadas por EsSalud.

(viii) Según el RLCE entonces vigente, no es ilegal que las empresas conozcan la estructura de costos de cada una o incluso intercambien información sobre este aspecto, considerando que se trata de un servicio homogéneo (con los mismos insumos y proveedores, en el que no existen secretos comerciales, fórmulas o data individualizable para cada proveedor). El hecho de que dichas empresas intercambien información, no implica que la finalidad de ello sea la uniformización de las cotizaciones a ser presentadas en los procesos de selección.

(ix) Se ha vulnerado el derecho al debido proceso al negarse la declaración testimonial del señor Hernán Romero. En la declaración jurada de este señor, se aprecia claramente que fue el propio EsSalud quien solicitó que exista una cotización unificada.

(x) Aún en el supuesto de que corresponda aplicar una multa, esta ha sido establecida de manera irracional, pues la Comisión: (a) tomó como base el precio fijado por EsSalud como si fuera el precio de mercado; (b) no consideró las normas vigentes en el momento que se realizaron los hechos supuestamente ilegales, que permitían ofertar hasta un 110% del valor referencial; y, (c) calificó la conducta como muy grave sin que haya tenido efecto alguno en el mercado.

23. El 22 de marzo de 2016, el señor Cesti presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, indicando lo siguiente[29]:

(i) Respecto a las supuestas infracciones imputadas, se adhiere a los argumentos de apelación esbozados por la empresa a la cual representa (Centro Cono Norte).

[29] Ver fojas 12382 a 12387 del Expediente.

(ii) Existe un trato diferenciado e injustificado entre él (a quien se le impuso una multa de 15.43 UIT) y el señor De la Mata (al cual se le aplicó una multa significativamente menor, de 7.60 UIT). Asimismo, si se le imputó responsabilidad en la comisión de la supuesta infracción por su posición "dirigencial" en la Adeceprih, lo correcto hubiera sido que se gradúe la sanción en función de su participación en dicha conducta.

(iii) Existe una causal de nulidad en el criterio utilizado para calcular la multa, ya que la Comisión aplicó el 20% de la multa correspondiente a las empresas que representan él y el señor De la Mata. Lo anterior carece de sentido, pues lo que se busca es sancionar la participación de la persona natural como supuesto gestor de conductas anticompetitivas y no como representante de una empresa infractora.

(iv) La Comisión ha variado su posición respecto a sus propios precedentes y ha omitido fundamentar este cambio al momento de decidir la sanción para las personas naturales. De este modo, incurre en una causal de nulidad, pues determinó sin mayor fundamento la aplicación del 20% de la multa impuesta a las empresas representadas por dichas personas naturales.

24. El 23 de marzo de 2016, los centros de hemodiálisis San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa presentaron recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[30]:

(i) Los centros no han participado de ninguna práctica colusoria horizontal.

(ii) Los indicios utilizados por la Comisión no son suficientes para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, el cual no ha sido igualmente aplicado para todas las empresas investigadas[31]. Por otra parte, tampoco se ha analizado correctamente el concepto de paralelismo de precios que, de existir, podría deberse a distintas razones.

(iii) La Comisión se ha basado en entrevistas realizadas a distintas empresas imputadas, entre las cuales no se encuentran los centros de hemodiálisis San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana,

30 Ver fojas 12463 a 12824 del Expediente.

31 Esto, considerando que los argumentos utilizados por estos centros han sido los mismos que los empleados por las empresas que han sido excluidas en el procedimiento.

Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa. Además, valoró correos electrónicos que no han sido emitidos por estos centros ni hacen alusión a los mismos.

(iv) En el informe oral, los referidos centros contaron con la representación del apoderado de Nefro Continente, empresa que fue excluida de la realización de las supuestas prácticas colusorias. En este sentido, los centros de hemodiálisis San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa también debieron ser eximidos de responsabilidad, puesto que sus argumentos fueron los mismos que los de Nefro Continente.

(v) Las eventuales coordinaciones realizadas estuvieron referidas únicamente a la información sobre el costo de algunos insumos y bienes; siendo que los representantes de la Adeceprih manifestaron que un representante de EsSalud les había hecho llegar una solicitud para que dicha asociación presente una estructura de costos única.

(vi) Los centros no han brindado entrevistas de donde se desprenda que se coludieron o fueron partícipes directos de una cotización común para ser presentada a EsSalud.

(vii) Es indispensable que se distinga entre una estructura de costos y una cotización. Esto permitiría demostrar que los centros San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa, no participaron en la elaboración de alguna cotización coordinada, sino que únicamente brindaron a la Adeceprih información básica y general sobre sus estructuras de costos, las mismas que resultan insuficientes para que se plantee una cotización única.

(viii) Las coordinaciones sobre costos no son prueba o indicio suficiente para demostrar una conducta colusoria cometida por los centros investigados.

(ix) Si bien la Comisión tomó en cuenta para motivar su pronunciamiento: (a) las convocatorias de la Adeceprih a las reuniones con los centros de hemodiálisis; (b) las instrucciones de la Adeceprih dadas a los mencionados centros de hemodiálisis por medio de correos o reuniones; y, (c) la presentación de cotizaciones por parte de los centros de hemodiálisis; lo cierto es que los medios probatorios respectivos únicamente acreditan la ocurrencia de tales hechos, mas no el presunto acto colusorio imputado en este caso.

(x) El simple paralelismo de precios no implica la existencia de una práctica concertada, no habiendo en el presente caso un medio de prueba, un correo, entrevista o carta que indique que las supuestas instrucciones hayan sido dadas específicamente a cada uno de los mencionados centros de hemodiálisis, ni que fuesen acatadas por ellos.

(xi) A diferencia de lo determinado por la Comisión, las razones que explican el paralelismo de precios son las siguientes:

- EsSalud ostentaba posición de dominio (monopsonio) en el mercado de hemodiálisis, generando distorsiones en dicho mercado.
- Existían fuentes públicas que indicaban que el precio competitivo se encontraba muy por encima del fijado por EsSalud, por lo que el paralelismo de precios es predecible.
- Esta situación, sumada al aumento de los costos de insumos utilizados por los centros de hemodiálisis, explican no solo el paralelismo de precios sino también la tendencia similar de sus cotizaciones.

(xii) Sobre las abstenciones coordinadas por los centros, está demostrado que EsSalud venía ejerciendo un abuso de poder de mercado, lo cual se sustenta en la gran diferencia entre el precio ofrecido por EsSalud y el precio ofrecido por otras entidades y redes asistenciales.

(xiii) Por su parte, Cenesa sustentó los motivos de su abstención de los procesos de selección, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Las máquinas de hemodiálisis estaban próximas a cumplir los 7 años de uso, lo cual excedía la antigüedad máxima requerida por EsSalud.
- Ante ello, solicitó un crédito bancario para renovar toda la maquinaria, hecho que le impidió presentar cotizaciones en marzo de 2010. Cabe indicar que el único financiamiento que obtuvo fue para la renovación de máquinas de hemodiálisis y no para la emisión de la carta fianza como indica la Comisión.
- Hubo demoras en la tramitación de la carta fianza que impidieron su participación en el Concurso Público y la AMC1.
- El gerente general tenía un hijo médico nefrólogo trabajando en EsSalud, lo cual imposibilitaba a Cenesa de participar en el Concurso Público y la AMC1.

- En la AMC2, no se presentó porque se encontraba estructurando con la empresa IGSA Medican Services Perú S.A. (en adelante IGSA), una iniciativa privada que fue presentada a EsSalud en el año 2013.
- Cenesa tenía intereses en conflicto con la Adeceprih y no mantenía una buena relación con los directivos de dicha asociación, debido a los ataques recibidos por parte del presidente de dicha asociación, a causa de la referida iniciativa privada.

(xiv) La Comisión ha vulnerado el principio de tipicidad, ya que resulta imposible fijar precios en una licitación.

(xv) No ha existido un daño real ni potencial para la libre competencia, pues en la práctica nunca hubo desabastecimiento en la prestación del servicio. En tal sentido, la multa calculada por Indecopi carece de sustento.

(xvi) No ha habido un beneficio ilícito obtenido, por lo que no se puede calificar la presunta conducta como grave o muy grave.

(xvii) En el cálculo del beneficio esperado, la Comisión no tomó en cuenta que en los concursos de gran envergadura se solicitaba una carta fianza de fiel cumplimiento y de seriedad de oferta.

(xviii) La Comisión tampoco consideró que los centros investigados son *mypes* (micro y pequeñas empresas), por lo que las multas impuestas los colocan en una situación económicamente vulnerable.

25. El 23 de marzo de 2016, INPA presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, argumentando lo siguiente[32]:

(i) La Comisión vulnera el principio de tipicidad, incurriendo en causal de nulidad, debido a que la práctica colusoria que se le atribuye tiene como elemento determinante la fijación concertada de precios; sin embargo, los centros de hemodiálisis no son quienes establecen el valor referencial del servicio.

(ii) Los correos electrónicos no han sido redactados ni enviados por INPA, sino por la Adeceprih. Asimismo, la asistencia a las sesiones de dicha asociación se hizo como miembro de la misma.

[32] Ver fojas 12591 a 12609 del Expediente.

(iii) INPA participó en la AMC2, sin poder presentar su propuesta por falta del documento de poder vigente de su representante legal vigente, por lo que fueron descalificados.

(iv) Las observaciones y denuncias ante el OSCE no pueden considerarse como indicios de concertación para obligar a EsSalud a incrementar el valor referencial, ya que estas acciones responden al ejercicio regular del derecho de petición.

(v) La Comisión no ha analizado en su real dimensión la relación de dependencia de los centros de hemodiálisis con EsSalud, ya que dicha entidad es la única adquiriente de los servicios de hemodiálisis, representando un monopsonio en el mercado investigado.

(vi) La resolución final transgrede el principio de razonabilidad en la imposición de la sanción, debido a la manera en la que han sido aplicados los criterios de graduación.

26. El 23 de marzo de 2016, Interdial Norte presentó un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, señalando que[33]:

(i) No ha cuestionado el valor referencial propuesto por EsSalud ni mucho menos ha exigido su modificación, ni forma parte de ninguna asociación.

(ii) La Comisión decidió sin prueba alguna sancionar a Interdial Norte por una infracción que no ha cometido.

(iii) Ninguna de las pruebas de la Comisión es comprobable o acreditable, pues se tratan de pruebas indiciarias.

(iv) La Adeceprih puede enviar correos a quien considere, y los receptores pueden contestarlos si lo estiman pertinente. En este sentido, Interdial Norte no contestó ningún correo.

27. El 23 de marzo de 2016, los centros Santo Tomás e IDT presentaron un recurso de apelación contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, sobre la base de los mismos argumentos esbozados por Interdial Norte[34].

28. El 11 de mayo de 2016, los centros Zarate, San Camilo, Cenesa, Santa Ana, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI y San Ignacio

[33] Ver fojas 12388 a 12391 del Expediente.

[34] Ver fojas 12459 a 12462 del Expediente.

presentaron escritos de manera individual, conteniendo argumentos complementarios a sus recursos de apelación interpuestos contra la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI.

29. El 30 de diciembre de 2016, EsSalud presentó su absolución a las apelaciones, señalando que se encontraba de acuerdo con lo resuelto por la primera instancia.

30. El 12 de enero de 2017, CD Jesús María presentó un escrito adicional, reiterando que la Carta 18-06-ADM-CDJM.S.A.C. del 18 de mayo del 2011 carecería de valor probatorio debido a que cuenta con una firma falsa. Asimismo, adjuntó una declaración jurada de su gerente general reafirmando lo antes indicado.

31. El 13 de enero de 2017, CD Cono Norte presentó un nuevo escrito, en cual indicó que se encontraba de acuerdo con los argumentos expuestos por los demás centros de hemodiálisis en sus escritos de apelación, y adjuntó una copia del informe sobre el estudio de costos del servicio de hemodiálisis elaborado por la empresa PwC.

32. En esa misma fecha, Santa Ana Santa Ana, San Juan Masías, Centro Zárate, Benedicto XVI, Santa Elena, San Ignacio y Cenesa presentaron un escrito de manera individual, reiterando los argumentos contenidos en sus respectivos recursos de apelación.

33. Mediante escrito del 16 de enero de 2017, INPA reiteró los argumentos esgrimidos en su apelación y solicitó que se declare la nulidad o se revoque la resolución impugnada.

34. El 16 de enero de 2017, Ceer presentó un escrito reiterando sus argumentos de apelación y solicitando que se tenga presente las posiciones coincidentes con los argumentos de apelación interpuestos por los otros centros de hemodiálisis.

35. A través del escrito del 16 de enero de 2017, IMP señaló que se encontraba de acuerdo con los alegatos presentados por el resto de centros de hemodiálisis en sus respectivas apelaciones.

36. Mediante escrito del 17 de enero de 2017, OM Dial reiteró sus argumentos de apelación.

37. El 17 de febrero de 2017, INPA presentó un escrito solicitando el uso de la palabra.

38. Mediante escrito del 3 de abril de 2017, el Centro Callao comunicó el fallecimiento de su representante, el señor De la Mata[35].

39. El 15 de diciembre de 2017, Clínica Grau presentó un nuevo escrito, reiterando los argumentos de su apelación.

40. A través del escrito presentado el 15 de diciembre de 2017, CD Jesús María adjuntó un informe pericial, a fin de sustentar que la firma contenida en la Carta 18-06-ADM-CDJM.S.A.C. del 18 de mayo del 2011 sería falsa.

41. El 20 de diciembre de 2017 tuvo lugar la audiencia de informe oral, con la participación de los representantes de EsSalud, San Ignacio, la sucesión procesal del señor De la Mata, Cenesa, Santa Ana, Santa Ena, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Camilo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, CD Jesús María, San Juan Masías, Salud Renal, INPA, Clínica Grau, Centro Zárate, Benedicto XVI, Santa Elena, Pronefros y Centro Callao, quienes reiteraron los argumentos expuestos durante la tramitación del procedimiento.[36] Adicionalmente, el representante de Clínica Grau indicó lo siguiente:

    (i) A partir de la modificación de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General a través del Decreto Legislativo 1272, la responsabilidad administrativa ya no es objetiva, sino que debe acreditarse la existencia de una intencionalidad por parte del infractor. Sin embargo, la resolución impugnada se ha basado únicamente en indicios.

    (ii) En la nota al pie 79 del Informe Técnico de la Secretaria Técnica de la Comisión se señaló textualmente que *"Debido a que EsSalud no posee en su archivo físico una muestra relevante de las cotizaciones presentadas en este periodo, no es posible verificar el elemento referido a la fecha de presentación de las cotizaciones".* Es decir, la entidad encargada de organizar las licitaciones investigadas no contaba con las cotizaciones a través de las cuales se habría determinado su responsabilidad en la conducta imputada.

    (iii) EsSalud habría denunciado a los centros de hemodiálisis debido a su incapacidad de tercerizar de forma eficiente la prestación del servicio en cuestión y como consecuencia de los cuestionamientos planteados por la Contraloría General de la República al respecto.

---

35 Ver foja 12988 a 13301 del Expediente.

36 Cabe señalar que el representante de Santa Ena, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Centro Salud Renal, Pronefros, Centro Callao y de la sucesión procesal del señor De la Mata señaló lo siguiente "*(…) es más, en los correos se menciona concertación; es cierto, pero de cotizaciones no de precios (…) mas no ha habido concertación de precios, ha habido concertación de cotización."*

42. El 29 de diciembre de 2017, el señor Cesti presentó un escrito reiterando los argumentos de su apelación.

43. El 8 de enero de 2018, Santa Ena, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Salud Renal, Pronefros, Centro Callao y la sucesión procesal del señor De la Mata presentaron un nuevo escrito, reiterando los argumentos de su recurso de apelación.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

44. Luego de revisar el expediente, a criterio de la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) del Tribunal del Indecopi, deberán determinarse los siguientes puntos controvertidos:

(i) Si los centros de hemodiálisis sancionados por la Comisión incurrieron o no en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en las AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros, en Lima y Callao, entre los años 2010 y 2012.

(ii) De ser el caso, si corresponde confirmar las sanciones impuestas a los referidos centros de hemodiálisis.

(iii) Si los señores De la Mata y Cesti son responsables o no de haber participado en el planeamiento, realización o ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada de precios para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros, entre los años 2010, 2011 y 2012, en Lima y Callao.

(iv) De ser el caso, si corresponde imponer sanciones a las personas naturales antes señaladas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 La protección a la libre competencia y la proscripción de las concertaciones

45. En la mayoría de los mercados en los que existen condiciones de competencia, los precios, la cantidad y calidad de productos y/o servicios ofrecidos se determinan por la libre interacción de la oferta y la demanda.

La competencia incentiva a los agentes económicos a ofrecer la mejor calidad posible al menor precio posible —es decir, a desarrollar una mayor eficiencia económica— para obtener la preferencia de los consumidores.

46. Atendiendo a esa premisa, la libre competencia constituye un bien jurídico tutelado a nivel constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú reconoce a la libre competencia como un principio esencial de la economía social de mercado:

> ***Artículo 61.-*** *El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

47. De conformidad con lo expuesto, el Estado tiene la obligación de combatir las conductas anticompetitivas, puesto que el proceso competitivo es la mejor forma de asegurar el bienestar para los consumidores y la sociedad en su conjunto.

48. Los agentes económicos no pueden limitar la competencia mediante concertaciones ni abusar de su posición en el mercado.

49. Este principio constitucional, además, es desarrollado a nivel legal por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que prohíbe y sanciona las denominadas prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio. El artículo 1 de la referida Ley establece lo siguiente:

> ***Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-***
> *La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.*

50. De esta forma, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas confirma que la finalidad de la política de competencia es garantizar y preservar el proceso competitivo entre las empresas con el objeto de procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores, permitiendo aproximarnos a una mejor asignación de los recursos en la economía.

51. Con relación a las concertaciones entre oferentes en licitaciones públicas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en

adelante, OCDE[37]) ha señalado que ello puede significar una importante afectación a la competencia y a los contribuyentes[38]:

> *"El **proceso competitivo** puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La **manipulación de licitaciones** (…) desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo. (…)"*
>
> (Énfasis añadido)

52. En tal sentido, la Sala ha sancionado a diversos agentes económicos por la comisión de prácticas colusorias horizontales, tales como:

(i) En el procedimiento iniciado de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Messer Gases del Perú S.A. y Aga S.A., mediante Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, se determinó que las empresas denunciadas incurrieron en una infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo 701, consistente en la realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado, en los procesos de selección convocados por EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004.

(ii) En el procedimiento iniciado de oficio contra Alba Transportes S.R.L., Unión de Transportistas de Carga – Región Ancash Zona Sierra, determinados miembros de dicho gremio y diversas personas naturales, mediante Resolución 2424-2013/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2013, se estableció que la Unión de Transportistas de Carga – Región Ancash Zona Sierra, algunos de los miembros que la conformaron y los señores Felicitas Ana Huerta Rondán, Chantal Juan Ramírez Tuya, Elvira Asunción Toledo Chauca,

---

[37] Actualmente, la OCDE agrupa a 35 países miembros, siendo su misión promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Fuente: https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

[38] *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. OCDE, febrero 2009, p. 1 y 14. Disponible en: http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

Antonio Ramírez Tuya, Elizabeth Huerta Poma y Valentín Ramírez Tuya incurrieron en la realización de prácticas colusorias horizontales en las modalidades de acuerdo para la fijación concertada de precios, desde el 8 de noviembre de 2004 hasta el 21 de mayo de 2009, y reparto concertado de clientes desde el 15 de diciembre de 2004 hasta el 21 de mayo de 2009, en el mercado de transporte de carga desde Lima hacia el Callejón de Huaylas y viceversa.

(iii) En el procedimiento iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros, Rímac Seguros y Reaseguros S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros, Mapfre Perú Compañia de Seguros y Reaseguros, Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Invita Seguros de Vida, Manuel Evaristo Portugal Mariátegui, Richard Mauricci Garrido, Diego Espárrago Sánchez, Luis Ricardo Salcedo Marsano, Alfredo del Carmen Cogorno Castro, Bruno Orlandini Álvarez-Calderón, Cesar Rafael Barúa Vásquez de Velasco, Rodolfo Antonio Gordillo Tordoya y Pedro Flecha Zalba, mediante Resolución 856-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, se determinó que las personas jurídicas y naturales imputadas en la investigación fueron responsables por la realización de una práctica concertada, consistente en la fijación de primas y deducibles mínimos correspondientes a los segmentos de seguros básico y completo de vehículos particulares.

53. Conforme a lo señalado, aquellos acuerdos o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto coordinar la conducta o actividades de los participantes en el mercado, podrán ser considerados anticompetitivos y, por tanto, pasibles de sanción bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Lo anterior, en la medida en que dichas prácticas reducen los niveles de competencia y, de esta manera, tienen un impacto directo en el funcionamiento eficiente de mercados que, en casos como el que es objeto de evaluación en el presente procedimiento, pueden estar vinculados a la protección de la vida y la salud de las personas.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

III.2 Sobre la supuesta vulneración del principio de tipicidad

54. Durante la tramitación del presente procedimiento, los centros de hemodiálisis[39] han alegado que la conducta materia de análisis no constituiría una infracción comprendida bajo los alcances del inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En tal sentido, dichos imputados señalan que las imputaciones efectuadas en el presente procedimiento fueron contrarias al principio de tipicidad, por lo que la Resolución de Inicio así como las actuaciones posteriores realizadas por la Comisión y su Secretaría Técnica, serían nulas.

55. Sobre el particular, los denunciados han señalado lo siguiente:

(i) Es imposible fijar precios en el marco de una licitación pública, concurso público o cualquier proceso seguido bajo la Ley de Contrataciones del Estado, pues sería la Entidad contratante y no los participantes o postores, quien establecería el valor referencial correspondiente a los mismos[40].

(ii) Las cotizaciones presentadas a EsSalud no tienen carácter vinculante para la determinación del valor referencial en cuestión, siendo que este último únicamente constituye un parámetro para que los postores presenten sus ofertas. Por ende, ni las cotizaciones ni el valor referencial podrían ser equiparadas a un precio[41].

(iii) Al imputarles la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, por haber coordinado la presentación de cotizaciones en el marco de los procesos de selección convocados por EsSalud, se habría realizado una interpretación extensiva del inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en contravención al referido principio de tipicidad.

---

39 Entre ellos, INPA, San Marcelo, Villa María, CM Jesús María, Santa Ena, Centro Caminos del Inca, Centro Callao, San Camilo, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI, Cenesa, Santa Ana, San Ignacio y Centro Cono Norte.

40 Al respecto, los centros de hemodiálisis San Marcelo, Villa María, CM Jesús María, Santa Ena, Centro Caminos del Inca y Centro Callao, señalan que EsSalud al momento de determinar el valor referencial, tenía la libertad de utilizar diferentes fuentes, sin que las cotizaciones presentadas tuvieran un carácter vinculante. Por su parte, los centros San Camilo, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI, Cenesa, Santa Ana, San Ignacio y Centro Cono Norte, alegan que es imposible fijar precios en el marco de una licitación pública, concurso público o cualquier proceso bajo el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, pues el precio es establecido por la Entidad contratante y no por los participantes o postores.

41 En tal sentido, INPA alegó que en la resolución apelada la Comisión equipara erróneamente las cotizaciones remitidas por los centros con el término precio.

(iv) La primera instancia recurrió a una analogía, al crear una nueva infracción que no estaría prevista en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y que se configuraría a través de hechos que no se subsumen en el tipo imputado, esto es: la presentación coordinada de cotizaciones en los procesos de selección en cuestión, las posteriores abstenciones, así como las acciones legales presentadas en el marco de los mismos.

56. Con la finalidad de evaluar si en el presente caso se ha vulnerado el principio de tipicidad, a continuación, se precisarán los alcances del mencionado principio, así como del tipo infractor establecido por el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, posteriormente, se describirá cómo se determinan los precios en el marco de las contrataciones públicas. Finalmente, corresponderá constatar si es que la conducta imputada y sancionada en el presente procedimiento efectivamente se subsume en el tipo infractor en cuestión.

III.2.1 Sobre el principio de tipicidad

57. El ejercicio del poder punitivo del Estado se encuentra sujeto a un conjunto de principios que constituyen garantías a favor de los administrados y que, por lo tanto, lo dotan de legitimidad.

58. Entre dichos principios se encuentra el de tipicidad, que ha sido definido por el Tribunal Constitucional como "*(…) una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal"*[42].

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

[42] Ver el fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA /TC del 24 de agosto de 2010.

59. De conformidad con lo dicho, el principio de tipicidad tiene por objetivo brindar predictibilidad a los administrados acerca de las posibles consecuencias jurídicas de realizar determinados actos, y de esta forma se encuentren en la capacidad de conocer las actuaciones que puede emprender la autoridad competente para controlar, sancionar o revertir una conducta.

60. Este relevante principio es transversal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, por lo que su aplicación no se circunscribe únicamente al fuero penal. Efectivamente, el TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que, de acuerdo con el principio de tipicidad, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía[43].

61. La mencionada disposición contiene un triple mandato que debe ser observado tanto en el proceso de emisión de aquellas normas que prevén sanciones como al momento de su aplicación a casos concretos por parte de las autoridades administrativas correspondientes[44]:

    (i) La reserva de ley en la tipificación de conductas infractoras,

---

43 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.
(…)

Cabe señalar que la versión anterior de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, también recogía dicho principio, en los siguientes términos:

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
4. Tipicidad.- *Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*
(…)

44 Al respecto, véase: MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014. p. 766.

(ii) la suficiencia en la previsión de infracciones, y,
(iii) la interdicción de la interpretación analógica o extensiva en la determinación de las conductas sancionables.

62. Por consiguiente, para que la tipificación de una infracción sea válida, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en el tipo legalmente previsto, que contenga claramente los elementos objetivos y, de ser el caso, subjetivos de la conducta.[45]

63. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina advierte que la rigidez de la tipificación no debe llegar al extremo de negar absolutamente un margen de apreciación por parte de la autoridad, con el objeto de que esta pueda adaptar los tipos abstractos a las circunstancias del caso concreto, pero sin que se recurra a la interpretación extensiva o a la analogía, en cuyo caso se estaría forzando los tipos para cubrir supuestos de hecho no previstos[46].

64. Cabe señalar que, en el caso de la analogía, el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para una situación determinada y lo aplica a otra que es distinta pero semejante a la prevista, creándose una nueva norma jurídica[47]. De manera similar, en el caso de la interpretación extensiva se amplían los efectos de una norma a casos no previstos por ella, pero sin que se llegue a crear una nueva norma jurídica[48].

III.2.2 Sobre los acuerdos de fijación de precios como modalidad de práctica colusoria horizontal

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

45 La autoridad, por tanto, vulneraría el principio de tipicidad si subsumiera una conducta en un tipo determinado y la descripción normativa del ilícito en cuestión contuviera algún elemento objetivo o subjetivo no producido en el caso concreto, pues le está prohibida la interpretación analógica o extensiva en la determinación de las conductas sancionables. Al respecto, véase: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. P. 767.

46 NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Quinta Edición. Madrid: Tecnos, 2012. P. 317.

47 RUBIO CORREA, Marcial. El Título Preliminar del Código Civil. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. P. 81.

48 TORRES VASQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Lima: Palestra Editores, 1999. Pp. 614 a 616.

65. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[49].

66. Estas conductas son aquellas realizadas de forma coordinada[50] por los agentes económicos que participan en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes[51], con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores[52].

67. Como resultado de ello, podría producirse un incremento de precios o una reducción de la producción, de manera artificial y al margen de los mecanismos naturales del mercado, lo que trae como consecuencia una limitación de las opciones del consumidor, una asignación ineficiente de recursos o incluso una combinación de las anteriores.

68. El artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contempla además un listado de corte enunciativo, en el cual se alude a determinadas conductas que, por su naturaleza o efectos en el mercado, pueden configurar una práctica colusoria horizontal. Así, el artículo 11.1 inciso a) de dicha norma incluye dentro de tales prácticas a "*la fijación concertada, de* ***forma directa o indirecta****, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".*

69. Como puede apreciarse, el tipo infractor contenido en la norma antes señalada no solo prohíbe los supuestos de fijación directa de los precios, sino también la fijación indirecta de los mismos.

---

49 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
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 (…)

50 De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, las prácticas colusorias se pueden materializar no solo a través de acuerdos directos entre los competidores, sino también mediante otros mecanismos como recomendaciones, decisiones o incluso prácticas concertadas.

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

52 En el mismo sentido, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe los acuerdos entre empresas, así como las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, siendo nulos de pleno derecho.

70. Un supuesto de fijación directa se producirá cuando el acuerdo, recomendación, decisión o práctica materia de evaluación tiene como consecuencia inmediata el establecimiento de un precio concertado (determinado o determinable) entre los agentes económicos involucrados. Un ejemplo de esta clase de conductas, es el caso de un cártel detectado en el mercado de transporte urbano al interior de la ciudad de Huaraz, donde los transportistas decidieron elevar el precio de los pasajes en dicha ciudad, estableciendo expresamente un incremento especifico en el precio final del servicio[53].

71. De otro lado, la fijación indirecta de precios puede comprender una diversidad de supuestos prohibidos, cuyo objeto o efecto sea incidir de manera mediata en el precio de un bien o servicio determinado. Por ejemplo, si diversas empresas competidoras acuerdan establecer un mismo margen de beneficios por la venta de un determinado producto o la uniformización de sus políticas de descuentos. En estos casos, si bien los agentes involucrados no consensúan directamente el precio que finalmente cobrarán en el mercado, resulta evidente que mediante tales actos, se encuentran coordinando parámetros comunes en la formación de precios y, por lo tanto, dichas conductas califican dentro del tipo infractor bajo comentario.

72. En línea con lo expuesto, autores como Cabanellas de las Cuevas -comentando la jurisprudencia norteamericana- precisan la definición de acuerdos de fijación de precios distinguiendo entre los acuerdos que determinan directamente el precio vigente en el mercado (fijación directa) de aquellos otros que inciden en el precio existente en el mercado (fijación indirecta):

> *"La fijación concertada de precios es una típica infracción per se bajo la legislación antitrust de los Estado Unidos. La prohibición abarca no solamente a aquellos actos en que los precios a ser cobrados por las partes resultan explícitamente determinados por el acuerdo correspondiente,* ***sino también los supuestos en que se actúa concertadamente con el propósito o efecto de afectar los precios****.*
>
> *Así, en el caso Socony-Vacuum,* ***un conjunto de empresas participaba de un programa conjunto destinado a estabilizar los precios de la gasolina en un mercado, particularmente mediante la compra de la oferta excedente que allí se colocara****. A tal efecto, los distintos miembros del acuerdo tenían asignados determinados productores independientes, cuya oferta no vendida debían comprar, evitando así su acceso al mercado. La*

[53] En la Resolución 0756-2013/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la sanción impuesta a dichas empresas por incrementar de manera conjunta el precio de los servicios de colectivo y taxi, a valores de S/ 0.70 y S/ 2.50, respectivamente.

> *Corte Suprema estadounidense observó que el acuerdo y las conductas de él resultantes no eran sino medios para elevar los precios pagados por usuarios y consumidores.*
> *(…)*
> *Observó, asimismo, que* ***la prohibición contra la fijación de precios se dirigía no solamente contra aquellas acciones concertadas que lo establecieran de manera uniforme e inflexible, sino también respecto de los acuerdos dirigidos a elevar o disminuir los precios, cualquiera que fuere el mecanismo adoptado****. "Hay una fijación de precios porque hay un acuerdo respecto de ellos", dice la Corte, aunque el acuerdo consista simplemente en establecer un piso relativamente indefinido para las fluctuaciones de aquéllos. Elevar, disminuir, fijar, establecer o vincular los precios a otras variables son, conforme al fallo analizado, infracciones per se contra la Ley Sherman."*[54]
>
> (Énfasis agregado)

73. Lo antes señalado no ha sido ajeno a este Colegiado, el cual anteriormente ya ha evaluado y sancionado en el marco del artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la realización de prácticas colusorias que, de manera indirecta, incidieron en el precio que el Estado pagaría en el marco de la contratación pública de determinados servicios.

74. Así lo ha hecho, por ejemplo, a través de la Resolución 0508-2017/SDC-INDECOPI, por la cual se confirmó las sanciones impuestas al Colegio de Ingenieros del Perú y la Asociación Peruana de Consultoría por haber impuesto y difundido a sus asociados determinados rangos y valores mínimos a fin de elevar las tarifas de personal y gastos generales de los valores referenciales aplicables en los concursos públicos convocados por Provías Nacional para la contratación de servicios de consultoría de ingeniería y consultoría de obras, debido a que lo anterior constituía una decisión sobre precios, prohibida por el tipo infractor en cuestión.

75. Por consiguiente, en atención al tipo infractor descrito por el artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Sala tiene el deber de reprimir toda forma de concertación de precios; lo cual involucra tanto la determinación coordinada de un precio, como todas aquellas otras conductas colusorias que influyen o puedan influir sobre la determinación del precio de los bienes o servicios en el mercado.

[54] CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia. Buenos Aires: Heliasta, 2005, Tomo I, pp. 408 – 409

76. De esta manera, la configuración de la conducta implicará determinar si existió o no independencia en la actuación de los agentes económicos involucrados en la formación del precio en cuestión y si la coordinación entre ellos habría resultado suficiente para influir en los precios resultantes.

77. Con relación al análisis de las conductas colusorias, los artículos 11.2 y 11.3 establecen las reglas aplicables para las diversas modalidades previstas en el referido artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, entre las cuales figura la fijación de precios, descrita en el inciso a) de dicho dispositivo legal.

78. Las conductas consignadas en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, califican como prohibiciones absolutas y, de conformidad con el artículo 8 de la mencionada norma, únicamente se requerirá demostrar la existencia de la conducta -y no de sus efectos- para que se configure la infracción (es decir, se analizan sobre la base de la regla *per se*)[55]. Lo anterior se sustenta, además, en la existencia de amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado, lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta[56].

79. En ese sentido, aquellos acuerdos intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, referidos a elementos particularmente relevantes para la competencia entre agentes económicos -esto es, sus precios, producción, clientes y posturas en licitaciones-, serán analizados como prohibiciones absolutas. Por consiguiente, esta clase de restricciones son sancionables sin perjuicio de sus efectos concretos sobre el mercado o el éxito relativo de la conducta.

---

55 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
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 11.- Prácticas colusorias horizontales.-
(Texto vigente a la fecha de los hechos imputados)
(…)
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.
(…)

56 Al respecto, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 señala lo siguiente:

80. En atención a lo expuesto, los acuerdos entre competidores que tengan por objeto fijar - de manera directa o indirecta - el precio correspondiente a un determinado bien o servicio, se encuentran comprendidos dentro del tipo infractor previsto en el artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y son sancionables al margen de que se llegue a materializar o no dicho efecto anticompetitivo.

III.2.3 Sobre la determinación del precio en los procesos de selección seguidos bajo la Ley de Contrataciones del Estado

81. El artículo 2 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento[57], establecía que dicha norma tenía por objeto *"(…) maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad (…)"*[58]

82. El objetivo de la mencionada ley se encontraba referido expresamente a que, al adquirir bienes o contratar la prestación de servicios, el Estado lo haga bajo las mejores condiciones de precio y calidad disponibles en el mercado, de manera que se utilicen de la forma más eficiente los recursos públicos empleados para dicho fin.

"Dentro del conjunto de conductas anticompetitivas existen algunas modalidades de infracción que son consideradas por diversos ordenamientos jurídicos como inherentemente anticompetitivas. Para aquellos casos, dichos ordenamientos prevén la verificación de la realización de la conducta como elemento suficiente para determinar la existencia de infracción, lo que se recoge en el artículo 8 del Decreto Legislativo como una "prohibición absoluta", representando una regla clara de prohibición respecto de conductas profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular. Esta regla es conocida a nivel mundial como la regla per se.
(…)
Al lidiar con conductas que no poseen ningún efecto positivo sobre la competencia, el Decreto Legislativo prefiere tener para ellas un tratamiento de prohibición absoluta, dado que bajo dicho esquema se generan diversos beneficios para la sociedad, tales como:

(i) La regla per se posee carácter lógico al perseguir prácticas que, de acuerdo a sus características y a la experiencia jurisprudencial, únicamente tienen como objeto o efecto restringir la competencia, causando perjuicios a los consumidores.

(…) "

57 Cabe indicar que, a través de la Ley 30225, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 11 de julio de 2014, se aprobó una nueva Ley de Contrataciones del Estado, que derogó el referido Decreto Legislativo 1017.

58 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 2.- Objeto
El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma.

83. Por otra parte, el **"precio"** ha sido definido como el monto de dinero a ser entregado para poder adquirir un determinado bien o servicio. En la medida que la cantidad que las personas están dispuestas a pagar por un bien o servicio representa su valor, el precio es también una medida del valor. De esta manera, los precios actúan como un mecanismo de información respecto de la fortaleza de la demanda por los diferentes bienes y servicios transados en el mercado, de manera que sus productores y/u ofertantes puedan responder adecuadamente a la misma[59].

84. Ahora bien, el artículo 27 de la entonces vigente la Ley de Contrataciones del Estado establecía que el valor referencial debía ser determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, de acuerdo con los criterios señalados en su reglamento[60].

85. El RLCE (aplicable al presente caso) precisaba que, a efectos de establecer el valor referencial, el mencionado estudio de mercado debía tomar en cuenta, entre otros, los presupuestos y cotizaciones actualizados de aquellas personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades materia de la convocatoria, debiendo emplearse como mínimo dos (2) fuentes. Asimismo, se podían considerar los precios históricos y estructuras de costos, entre otros elementos, en caso tal información estuviese disponible[61].

---

59 Traducción libre de: *"**Price,** the amount of money that has to be paid to acquire a given product. Insofar as the amount people are prepared to pay for a product represents its value, price is also a measure of value. It follows from the definition just stated that prices perform an economic function of major significance. So long as they are not artificially controlled, prices provide an economic mechanism by which goods and services are distributed among the large number of people desiring them. They also act as indicators of the strength of demand for different products and enable producers to respond accordingly."* Ver en: https://www.britannica.com/topic/price-economics Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

60 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 27.- Valor Referencial
(…)
El Valor Referencial será determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, efectuado en función del análisis de los niveles de comercialización, a partir de las especificaciones técnicas o términos de referencia y los costos estimados en el Plan Anual de Contrataciones, de acuerdo a los criterios señalados en el Reglamento. Cuando se trate de proyectos de inversión, el valor referencial se establecerá de acuerdo al monto de inversión consignado en el estudio de preinversión que sustenta la declaración de viabilidad.
(…)

61 **DECRETO SUPREMO 184-2008-EF. REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1017, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado
Sobre la base de las características técnicas definidas por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:
1. El valor referencial;
(…)
A efectos de establecer el valor referencial, el estudio tomará en cuenta, cuando exista la información y corresponda, entre otros, los siguientes elementos: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo

86. Complementariamente, es pertinente indicar que este valor referencial debía incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente; así como cualquier otro concepto aplicable y que pudiese incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar[62].

87. Por otro lado, de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado entonces vigente, en todos los procesos de selección únicamente serían consideradas como ofertas económicas válidas aquellas que estuviesen por debajo del valor referencial, precisando que las que excedían dicho valor se tendrían por no presentadas[63].

88. En atención a lo expuesto, se concluye que, cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento, el valor referencial representaba el precio máximo que el Estado estaba dispuesto a pagar por los bienes o servicios a ser adquiridos bajo los procedimientos regulados por la entonces vigente LCE. Por consiguiente, a fin de que dichos bienes y/o servicios sean adquiridos bajo las mejores condiciones de precio disponibles, su valor referencial debía ser determinado a través de un estudio de mercado que tome en cuenta los presupuestos y cotizaciones actualizados de personas naturales o jurídicas que los produjeran o comercializaran.

fabricantes cuando corresponda, a través de portales y/o páginas Web, catálogos, entre otros, debiendo emplearse como mínimo dos (2) fuentes. También tomará en cuenta cuando la información esté disponible: precios históricos, estructuras de costos, alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales, así como también la vigencia tecnológica del objeto de la contratación de las Entidades.

62 **DECRETO SUPREMO 184-2008-EF. REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1017, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 13.- Valor referencial.-
El valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 27 de la Ley, como resultado del estudio a que se refiere el artículo anterior.
El valor referencial se calculará incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar. Las cotizaciones de los proveedores deberán incluir los mencionados componentes.

63 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 33.- Validez de las propuestas
En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas 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.
(…)

89. A mayor abundamiento, cabe mencionar que el artículo 27 del Decreto Supremo 350-2015-EF, Reglamento de la Ley 30225 (nueva Ley de Contrataciones del Estado, que derogó el Decreto Legislativo 1017), a la fecha, consigna expresamente que el valor referencial constituye el precio de la contratación, ratificando lo antes indicado[64].

III.2.4 Análisis del caso concreto

90. En el presente caso, a través de la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a los centros de hemodiálisis, y a los señores Cesti y De la Mata, la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en las AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4 para la prestación de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012, infracción tipificada en el artículo 1 y en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

91. De acuerdo con lo alegado por el órgano instructor de la primera instancia, existían indicios razonables de que los centros de hemodiálisis y los señores Cesti y De la Mata habrían adoptado un acuerdo para buscar un incremento en el valor referencial de los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud[65], a través de la presentación a dicha entidad de cotizaciones con valores concertados, y la realización de medidas complementarias[66].

---

64 **DECRETO SUPREMO 350-2015-EF. REGLAMENTO DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 27.- Contenido mínimo de los documentos del procedimiento
(…)
27.2. Las solicitudes de expresión de interés del procedimiento de selección de consultores individuales deben contener:
(…)
c) El valor referencial, que constituye el precio de la contratación;
(…).

65 Cabe indicar que las AMC Derivadas convocadas también califican como procesos de selección de gran envergadura, de conformidad con el artículo 32 del Decreto Legislativo 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado vigente cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento y que establece que *"(…) En el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía. El proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de selección declarado desierto, debe contar con las mismas formalidades del proceso principal (…)".*

66 Dichas medidas complementarias habrían consistido en (i) abstenerse concertadamente de participar en los procesos de selección de gran envergadura; y, (ii) realizar denuncias exigiendo la utilización de las cotizaciones que habrían concertado para la determinación del valor referencial.

92. En sus recursos de apelación, los imputados argumentaron que en el presente procedimiento se habría vulnerado el principio de tipicidad, toda vez que se habría efectuado una interpretación extensiva de la infracción prevista en artículo 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al equipararse el valor referencial -que únicamente constituiría un parámetro para que los postores presenten sus ofertas- al concepto de precio.

93. Sobre el particular, de acuerdo con lo desarrollado precedentemente, cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis, el valor referencial representaba el precio máximo que el Estado estaba dispuesto a pagar por los bienes o servicios a ser adquiridos en el marco de los procedimientos de contratación pública regulados por la LCE.

94. En ese sentido, debido a que, en el marco de las contrataciones públicas en cuestión, la determinación del precio se efectúa en función del valor referencial correspondiente; la calificación de aquellos acuerdos entre competidores dirigidos a influir en el nivel de dicho valor referencial como un supuesto de fijación indirecta de precios no constituye una "interpretación extensiva" del tipo infractor previsto en el artículo 11.1. inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

95. Esta forma de configuración de la conducta, responde a las particularidades propias del mercado de las contrataciones públicas. Ello es así, pues en caso los postores pretendiesen –individual o conjuntamente– que los precios de contratación en las respectivas licitaciones se incrementen, la manera de alcanzar tal objetivo sería la elevación del valor referencial, debido a que, si simplemente decidieran presentar posturas por sumas más elevadas, serían descalificados del proceso de selección.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

96. Los denunciados también han argumentado que sería imposible concertar precios en el marco de una licitación pública, pues es la autoridad quien finalmente establece el valor referencial correspondiente a la misma, por lo que los hechos cuestionados no podrían dar lugar a la configuración de la infracción imputada.

97. Según se ha indicado, si bien el valor referencial de los referidos procesos de selección finalmente es establecido por la autoridad administrativa, lo anterior no excluye la posibilidad de que, por las características de dichos concursos y las reglas legales que les son aplicables, los agentes económicos ofertantes puedan adoptar algún acuerdo que tenga por objeto y/o efecto elevar dicho valor referencial.

98. Sobre el particular, según se ha precisado, el valor referencial debe ser determinado por la autoridad competente a través de un estudio de mercado que tome en cuenta –entre otros elementos-presupuestos y cotizaciones actualizados de personas naturales o jurídicas que produzcan o comercialicen los servicios a ser contratados.

99. Esta regla encuentra sustento en el hecho de que el objetivo del referido estudio consiste justamente en que la autoridad administrativa convocante fije el valor referencial aplicable de acuerdo con valores de "mercado" -esto es, derivados de la libre interacción entre la oferta y la demanda-, por lo que los referidos presupuestos y cotizaciones deberían de responder a decisiones descentralizadas e unilaterales de los potenciales ofertantes, sobre la base de la estructura de costos de cada uno de ellos[67] y no en función a acuerdos adoptados entre dichos agentes económicos.

100. A mayor abundamiento, la OSCE ha precisado que, en el estudio de posibilidades que ofrece el mercado para la determinación del valor referencial (llevado a cabo por las entidades públicas en los procesos de contrataciones), las cotizaciones tienen como finalidad que los proveedores indiquen cuál es el monto al cual ascendería la contratación que la entidad convocante desea efectuar[68]:

---

67 ***2.2 ¿En qué consiste una cotización?***
Los productores, para tomar la decisión de producir o no, realizan una cotización del bien o servicio a proveer. Este proceso consiste en el análisis y construcción de la estructura de costos, desde la elaboración del bien hasta el precio definitivo que pagará el usuario final[3].
(…) (Nota al pie no incluida).
Ver OSCE. Bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio está influido por ésta ¿Cuáles son o cómo delimitarlos? Agosto de 2010, p. 6. Disponible en: http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/cotizacion_internacional_final.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

68 OSCE. Cómo vender con éxito al Estado. CAPÍTULO 1: Importancia e incidencia del estudio de posibilidades que ofrece el mercado y del resumen ejecutivo en los procesos de contrataciones a cargo de las Entidades

"*(…)*
4. Cotizaciones
Esta fuente se refiere a aquellas consultas y/o solicitudes de información que las Entidades públicas formulan a los diferentes proveedores del Estado. Las cotizaciones tienen como finalidad que los proveedores puedan indicar cuál es el monto al cual ascendería la contratación que la Entidad desea llevar a cabo.
(…)
La Entidad tiene la obligación de entregar a los proveedores la información de las características técnicas mínimas del bien o servicio a contratar. Es sobre la base del contenido de dicho documento que el proveedor va a tener conocimiento de cómo debe llevar a cabo su prestación y cómo calcular el monto que se le deberá reconocer por sus bienes y/o servicios a cotizar.
(…)
A manera de resumen, el público en general y los proveedores deben considerar cómo la Entidad les ha solicitado la cotización, para evaluar la posibilidad de realizar un cuestionamiento a la determinación del valor referencial, pues de ello depende los precios obtenidos en calidad de cotizaciones o presupuestos.
(…)"

(Subrayado añadido)

101. En ese sentido, contrariamente a lo alegado por los denunciados, sí resulta posible que, en el marco de un concurso público y valiéndose de su participación en el procedimiento previsto para la fijación de los valores referenciales aplicables, los potenciales ofertantes lleven a cabo acciones concertadas dirigidas a influir en la formación del mencionado valor referencial y, lograr un incremento en el precio correspondiente a los productos y/o servicios a ser contratados por el Estado.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

públicas, p. 16 a 19. Disponible en: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m3_prov.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

102. A mayor abundamiento, cabe señalar que, en caso de que EsSalud no hubiera detectado las presuntas irregularidades en las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis, habría podido considerar los montos contenidos en dichos documentos para la determinación del valor referencial correspondiente, de conformidad con lo establecido por el marco legal en materia de contrataciones públicas que en ese momento se encontraba vigente. En consecuencia, las conductas investigadas e imputadas en el presente procedimiento sí resultaban aptas para fijar indirectamente los precios por los que se contratarían los servicios de hemodiálisis en cuestión.

103. Asimismo, en la medida que la conducta imputada sería un acuerdo horizontal intermarca que no resulta complementario o accesorio respecto de otro acuerdo lícito, de conformidad con el artículo 11.2 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, constituye una prohibición absoluta. Por tanto, dicha conducta se encuentra proscrita por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivos, al margen de que se haya llegado a materializar o no el efecto anticompetitivo pretendido.

104. Siendo así, el hecho de que EsSalud no haya empleado las referidas cotizaciones para determinar el valor referencial aplicable -o que esta entidad además pudiese emplear otras fuentes para su determinación- no es un elemento que elimine el carácter antijurídico de la conducta imputada.

105. Los apelantes también alegaron que la normativa en materia de libre competencia habría previsto un tipo especial para las prácticas colusorias horizontales realizadas en el marco de un concurso público, el cual no habría sido objeto de análisis en el presente procedimiento, infringiéndose el principio de tipicidad. Asimismo, las administrados indicaron que la primera instancia habría recurrido a una analogía, creando una nueva infracción que se configuraría a través de hechos que no se subsumirían en el tipo imputado -esto es, la presentación coordinada de cotizaciones en los procesos de selección en cuestión, las posteriores abstenciones, así como las acciones legales interpuestas en el marco de los mismos-.

106. Sobre el particular, el inciso j) del artículo 11.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se refiere a las prácticas colusorias horizontales dirigidas a *“concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos”*.

107. Al respecto, esta Sala considera que estaríamos frente al tipo infractor descrito en el inciso j) del artículo 11.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por ejemplo, en caso de que se verificase que el objeto o efecto del acuerdo es la coordinación de ofertas, posturas o propuestas para que –dentro de los parámetros de las licitaciones o concursos públicos respectivos– los agentes económicos participantes pudiesen repartirse las adjudicaciones o evitar competir por precios en tales procesos.

108. Sin embargo, en el presente procedimiento, la conducta evaluada consiste en una presunta concertación destinada a incrementar el valor referencial en sí mismo, lo cual como se ha señalado, implica una forma indirecta de fijar el precio de tales servicios en el mercado en mención, a través de la presentación de cotizaciones con valores presuntamente acordados por los centros de hemodiálisis.

109. Contrariamente a lo alegado por las empresas imputadas, la presunta infracción cuestionada constituye una fijación de precios, tipificada en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y no califica como un acuerdo sobre las ofertas o posturas a ser presentadas por los centros de hemodiálisis ni como una concertación dirigida a que dichos agentes económicos simplemente se abstengan de participar - lo cual sería el supuesto contenido en el inciso j) del artículo 11.1. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas -.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

110. Adicionalmente, si bien los denunciados alegan que la primera instancia habría recurrido a la analogía y sancionado conductas que no se subsumirían en el tipo imputado, se debe reiterar que lo imputado y sancionado en el presente procedimiento consiste en una fijación indirecta de precios, esto es, un acuerdo para incrementar el valor referencial correspondiente a los concursos públicos convocados para la contratación del servicio de hemodiálisis con reúso, a través de la presentación de cotizaciones con valores concertados. Este supuesto infractor se encuentra recogido en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y de acuerdo con el artículo 11.2 de dicha norma, está sujeto a las reglas de la prohibición absoluta.

111. Si bien es cierto la primera instancia señaló que los centros de hemodiálisis: (i) se abstuvieron concertadamente de participar en los referidos concursos y, adicionalmente (ii) presentaron denuncias para exigir el uso de dichas cotizaciones; ha sido clara en precisar que dichas actuaciones califican como medidas complementarias desplegadas por los denunciados para lograr su propósito de fijación indirecta de precios[69].

112. Siendo así, las referencias efectuadas respecto de las abstenciones coordinadas y de las denuncias presentadas por los centros de hemodiálisis, de ninguna manera enervan que la conducta imputada y sancionada en este caso consista en una fijación indirecta de precios. Por ende, se debe descartar que la primera instancia haya recurrido a una analogía y creado una nueva infracción que no estaría prevista en el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

---

69 **RESOLUCIÓN 015-2014/ST-CLC-INDECOPI DEL 24 DE OCTUBRE DE 2014**
"(…)
i. Existen indicios razonables de que los Centros de Hemodiálisis Investigados habrían realizado una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, consistente en influenciar concertadamente un incremento en el valor referencial de los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud, a través de la presentación a dicha entidad de cotizaciones con valores concertados, ***y en realizar concertadamente medidas complementarias para compeler a EsSalud a acatar los valores concertados de las cotizaciones de los Centros de Hemodiálisis Investigados para determinar su valor referencial****, consistentes en (i) abstenerse concertadamente de participar en los procesos de selección de gran envergadura; y, (ii) realizar denuncias exigiendo la utilización de las cotizaciones que habrían concertado para la determinación del valor referencial desarrollado por los Centros de Hemodiálisis.(…)"* (Énfasis y subrayado añadidos).

RESOLUCIÓN 019-2016/CLC-INDECOPI DEL 10 DE FEBRERO DE 2016
"(…)
167. En ese sentido, según la Secretaría Técnica, a través de esta conducta colusoria se habría pretendido fijar el precio pagado a los Centros, mediante la presentación de cotizaciones[62] a EsSalud con valores concertados.

168. En esta situación, ***la Secretaría Técnica identificó que los Centros investigados realizaron una serie de acciones adicionales para dar mayor efectividad a su conducta colusoria****, compeliendo a EsSalud a acatar los valores de sus cotizaciones mediante las siguientes acciones: (i) la abstención conjunta en los procesos de selección de gran envergadura; y, (ii) la presentación de denuncias y observaciones ante EsSalud y OSCE. Así por medio de estas medidas habrían pretendido alcanzar el efecto de su conducta. (…)"* (Énfasis y subrayado añadidos, nota al pie no incluida).

III.2.5 Otros argumentos referidos a la supuesta infracción del principio de tipicidad

113. Los denunciados también alegaron que, en la Resolución de Inicio del procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión no habría especificado cuál de los supuestos contemplados en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se les estaría imputando como infracción, ni habría calificado las infracciones administrativas que los hechos imputados podían constituir. Esta situación afectaría el principio de tipicidad y, consecuentemente, vulneraría su derecho de defensa.

114. Sin embargo, de la revisión de la Resolución de Inicio se desprende que la Secretaría Técnica de la Comisión cumplió con indicar de manera expresa cuál era la infracción en la que presuntamente habrían incurrido los centros de hemodiálisis:

> **RESOLUCIÓN 015-2014/ST-CLC-INDECOPI DEL 24 DE OCTUBRE DE 2014:**
> *"SEGUNDO: Iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra (…) **por la presunta realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios**, destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convocatoria, en el mercado de servicios de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012.*
>
> ***Esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11.1, literal a), del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas** y se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, de conformidad con el artículo 11. 2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas."*
>
> (Énfasis y subrayado añadidos)

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

115. Como puede observarse, en dicha resolución el órgano instructor de la primera instancia cumplió con indicar de forma clara cuál era la conducta imputada y que se encontraba tipificada por el inciso a) del artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

116. Asimismo, la mención al artículo 11.2 de dicha norma tuvo por objeto precisar que la conducta presuntamente infractora en cuestión se encontraba sujeta a la regla de evaluación derivada de la prohibición absoluta. Al respecto, cabe señalar que los artículos 11.2 y 11.3 de la ley en mención no contienen tipos infractores adicionales, sino que recogen las modalidades descritas enunciativamente en el artículo 11.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para precisar cuáles se encuentran sujetos a la prohibición absoluta y cuáles a la prohibición relativa[70], según sea el caso.

117. Por tanto, en atención a que se describió la conducta imputada y evaluada, se indicó el tipo infractor en la cual ésta se subsumiría, así como la regla de evaluación aplicable al mismo, no se aprecia contravención alguna al principio de tipicidad por parte de la primera instancia ni que se haya colocado a los imputados en una situación de indefensión.

118. Finalmente, los centros de hemodiálisis también argumentaron que, en el presente procedimiento, se habrían variado los cargos imputados. Ello sería así, pues el procedimiento se inició en mérito a un presunto acuerdo sobre precios y durante su tramitación se habría ampliado dicha imputación, al señalarse que este acuerdo estaría referido a la presentación de cotizaciones, la abstención de participación en los concursos investigados y la interposición coordinada de denuncias y observaciones.

119. Conforme a lo indicado previamente, tanto la Comisión como su Secretaría Técnica fueron claras al señalar la conducta imputada y sancionada, la cual no ha sido alterada a lo largo del procedimiento. Esta se refiere al acuerdo destinado a incrementar el valor referencial correspondiente a los procesos de selección convocados para la contratación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros, a través de la presentación de cotizaciones con valores concertados.

[70] Ver nota al pie 55.

120. En este caso, las actuaciones de los centros de hemodiálisis consistentes en abstenerse de participar en los referidos concursos y presentar denuncias para exigir el uso de las cotizaciones antes señaladas, solo fueron evaluadas como acciones ejecutadas por los administrados para reforzar la conducta imputada (fijación de precios), mas no como nuevas conductas sancionables o en calidad de "ampliación" de la imputación realizada[71]. Por ende, no podría entenderse que ha habido una variación en la imputación realizada, considerando que inclusive, en la resolución de imputación de cargos también se hizo mención a estas medidas complementarias.

III.3 Sobre la supuesta aplicación indebida de la prueba indiciaria

121. En sus apelaciones, los centros de hemodiálisis[72] han alegado que la Comisión únicamente se habría basado en indicios y presunciones para sancionarlas, dejando de lado los medios probatorios plenos y, por tanto, habría vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

122. Estas empresas indicaron que la aplicación de la prueba indiciaria debe ser razonable y seguir determinados criterios, de forma que no se afecte el derecho constitucional al debido procedimiento, lo que no habría sucedido en este caso. Sobre el particular, los centros de hemodiálisis han señalado que las pruebas indiciarias analizadas por la primera instancia no se encontraban debidamente sustentadas y, además, no acreditarían su participación en el acuerdo sobre precios imputado, ni para concertar los valores de las cotizaciones presentadas en las licitaciones convocadas por EsSalud, ni para abstenerse de participar en las mismas.

123. De acuerdo con los imputados[73], los correos electrónicos remitidos por la Adeceprih y las entrevistas realizadas a los representantes de algunos de los centros de hemodiálisis investigados no constituyen un indicio que permita atribuirles responsabilidad respecto de la infracción imputada, ya que no les serían vinculantes.

---

71 Ver nota al pie 66.

72 IMP, Clínica Grau, Santa Elena, San Camilo, San Juan Masías, Benedicto XVI, Santa Ana, San Ignacio, Zárate y Nordial.

73 OM Dial, IMP, CD Jesús María, Ceer, Renal Care, Nordial, Clínica Grau, Centro Cono Norte, San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

Al respecto, Centro Ventanilla ha señalado que: (i) las preguntas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión en la entrevista fueron ambiguas y no se referían a todas las clínicas; y, (ii) la persona entrevistada no era contador, apoderado, o representante de su empresa. Por lo tanto, esa entrevista carecería de valor probatorio para determinar que dicho centro participó en prácticas colusorias.

124. Algunos de los centros de hemodiálisis[74] han señalado que las entrevistas carecerían de valor probatorio, pues únicamente contendrían las declaraciones de los representantes de otras empresas y, además, en las mismas no se los identificaría expresamente ni se individualizaría a los involucrados en el supuesto acuerdo anticompetitivo evaluado.

125. Asimismo, han argumentado que se encuentran incluidos en el correo electrónico remitido por la Adeceprih debido a que su correo electrónico sería de dominio público. Más aún, han afirmado que sería ilegal darle categoría de prueba indiciaria a la remisión de un correo electrónico múltiple, considerando que la referida asociación sería libre de enviar comunicaciones a quien considere pertinente y que, en todo caso, dichos correos no fueron remitidos ni respondidos por los imputados[75], [76].

126. Con relación a la supuesta inaplicación indebida de la prueba indiciaria por parte de la primera instancia, los apelantes también han alegado que la Comisión no habría cumplido con valorar los contraindicios presentados durante la tramitación del presente procedimiento.

127. Los centros de hemodiálisis[77] manifestaron que el paralelismo en las cotizaciones no acreditaría la existencia de una colusión, en la medida en que no habría pruebas que permitirían verificar la existencia de coordinaciones detrás de dicho paralelismo ni la emisión de instrucciones dirigidas a tales centros en particular o su acatamiento. Además, arguyeron de que, sobre el particular, en anteriores pronunciamientos la Comisión y la Sala han descartado que el paralelismo por sí mismo acredite la existencia de una colusión, por lo que, al apartarse de tal criterio en el presente caso, se estarían vulnerando los principios de predictibilidad y uniformidad.

---

74 OM Dial, IMP, Ceer, San Camilo, Clínica Grau, Centro Ventanilla, Renal Care, Nordial y Centro Cono Norte

75 OM Dial, IMP, Centro Ventanilla y Nordial

76 Asimismo, algunos centros de hemodiálisis han señalado que no serían miembros formales de la Adeceprih y que dicha asociación figuraría como disuelta desde el año 2008 en los Registros Públicos. Por su parte, CD Jesús María ha alegado que cuenta con la libertad de asociarse o pertenecer a una asociación y que no se debe asumir que por ello haya concertado precios.

De otro lado, han argumentado que las declaraciones de su representante en el informe oral únicamente se habrían referido al intercambio de información sobre costos, y no a la realización del acuerdo imputado.

77 San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Clínica Grau, Centro Cono Norte, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

128. Finalmente, en la medida que las empresas absueltas por la Comisión también fueron incluidas en los correos electrónicos remitidos por la Adeceprih, los apelantes consideran que resultaría evidente que el criterio determinante para imputar responsabilidad a los centros sancionados, fue el paralelismo en las cotizaciones presentadas.

129. Dada la relevancia de la aplicación de la prueba indiciaria en el presente caso y considerando los reiterados argumentos efectuados por los denunciados sobre el particular, resulta necesario efectuar, en primer lugar, un breve desarrollo de dicha figura a fin de comprender mejor su aplicación para la presente controversia.

III.3.1 Relevancia de la aplicación de la prueba indiciaria como medio de prueba

130. Como consecuencia de la mayor frecuencia, profundización y complejidad en la interacción de los agentes del mercado, se han desarrollado a lo largo de las últimas décadas, mecanismos más céleres para el cumplimiento y ejecución de las transacciones y acuerdos comerciales; lo cual a su vez determina una disminución de los costos de transacción. No obstante, dichos mecanismos también pueden ser empleados para encubrir conductas destinadas a restringir o distorsionar el proceso competitivo[78].

131. Bajo este marco, la utilización de la prueba indiciaria adquiere cada vez mayor trascendencia, mostrando un desarrollo e importancia progresiva y medular. De esta manera, la prueba indiciaria ha pasado de ser empleada de forma residual, a erigirse en la actualidad como uno de los recursos probatorios fundamentales con los que cuenta el Estado o los particulares, para la detección y sanción de conductas ilícitas o la resolución de conflictos, según corresponda.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

[78] Como ha señalado esta Sala en anteriores pronunciamientos (por ejemplo, ver la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013), la valoración de la prueba indiciaria como factor que colabora a la acreditación de una situación activadora de responsabilidad civil, administrativa o penal, constituye uno de los aspectos más importantes de la teoría de la prueba en la actualidad.

132. En suma, la prueba indiciaria representa uno de los mecanismos empleados por el derecho para responder a la labor de esclarecer conductas infractoras que permanentemente varían y que muchas veces se encuentran cuidadosamente planificadas a fin de evadir las nuevas regulaciones legales[79]. De este modo, el derecho sancionador tiene en la prueba indiciaria una de sus mayores herramientas, dirigidas a garantizar la real obtención de certeza material que permita a la autoridad concluir sobre la responsabilidad o no de los administrados respecto a las conductas presuntamente infractoras materia de investigación y evaluación.

III.3.2 La prueba indiciaria dentro de la clasificación general de la prueba y su aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores

133. La prueba, de acuerdo a la relación del hecho con el objeto que se busca probar, puede clasificarse en directa e indirecta. La prueba directa es aquella que tiene un nexo inmediato en su factor demostrativo, mientras que la prueba indirecta se constituye en la prueba racional por excelencia, y demanda una cadena de desarrollo lógico o un juicio de inferencia.

134. Cabe indicar que tanto la prueba directa como la indirecta representan medios de prueba 'plenos' y reales, y es obligación del juzgador su uso racional ante un escenario en el cual se requiera la probanza de hechos o circunstancias que fluyen del estudio de un expediente judicial o administrativo.

135. Con relación a la denominada prueba directa e indirecta, Jorge Kielmanovich, señala lo siguiente[80]:

> *"Los medios de prueba pueden clasificarse, atendiendo a la relación del hecho con el objeto, en prueba directa e indirecta. En la prueba directa, el hecho percibido coincide con el hecho objeto o fuente de la prueba. Así, por ejemplo, en el reconocimiento judicial para constatar la existencia de ruidos molestos, el hecho percibido (el ruido molesto) es el mismo hecho llamado a ser materia de la prueba. En otras palabras, se trataría de la percepción inmediata del hecho principal de la pretensión o la defensa, sin ningún otro hecho (cosa o persona) que "intermedie" o se interponga para su representación en el proceso (…) En cambio, en la prueba indirecta el hecho percibido, lato sensu, no coincide con el hecho objeto de la prueba; el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho objeto de la prueba."*

[79] El perfeccionamiento en la tipificación de las conductas ilícitas no solo permite tener una mejor regulación sino también supone que los agentes infractores, a partir del análisis y aplicación que se haga del marco normativo, desarrollen conductas con un mayor grado de sofisticación a fin de impedir su detección.

[80] KIELMANOVICH, Jorge. "*Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*". Tercera Edición. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires: 2004. P. 32 y 33.

136. Citando a Devis Echeandía, Kielmanovich explica que en este sentido[81]:

> "(…) *son pruebas indirectas la confesión, los testimonios, los dictámenes de peritos, los documentos e* ***indicios****, pues el juez sólo percibe la narración de la parte o el testigo, la relación del perito, el escrito o los hechos indiciarios y de esa percepción induce la existencia o inexistencia del hecho por probar*".
>
> (Subrayado y énfasis añadido)

137. Como se puede apreciar de las citas antes expuestas, dentro de las denominadas pruebas indirectas, se encuentra la prueba indiciaria. En tal sentido, el desarrollo conceptual sobre su aplicación, pasa por subrayar su carácter probatorio pleno, eficaz y consistente.

138. El reconocimiento del carácter probatorio de la prueba indiciaria ha sido establecido en los artículos 275 y 276 del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente a los procedimientos administrativos[82], los cuales señalan expresamente lo siguiente:

> *"**CÓDIGO PROCESAL CIVIL***
> ***Artículo 275.-** Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos.*
>
> ***Artículo 276.-** El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia."*

---

81 Ibidem.

82 **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
Primera Disposición Final
Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes
1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

(…)

139. En tal sentido, se aprecia que nuestro ordenamiento procesal reconoce que los sucedáneos de los medios probatorios (en este caso, los indicios), podrán complementar un medio de prueba o sustituirlo. Es precisamente dicha labor de sustitución la que grafica la validez plena del indicio como elemento probatorio, lo cual tiene un correlato en la doctrina[83].

140. Por su parte, a través del artículo 276 del Código Procesal Civil, se reconoce que una pluralidad de indicios puede conducir a una certeza, a partir del análisis lógico que se realiza sobre la existencia y vinculación de todos ellos en relación con el hecho o conducta cuya existencia busca acreditarse.

141. Ahora bien, respecto al concepto de indicio recogido por la doctrina, Devis Echandía señala que[84]:

> "(…) *cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se le da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica – crítica*."

142. Uno de los elementos indispensables para la configuración de una prueba indiciaria es la existencia de una pluralidad de hechos acreditados que, por una inferencia lógica, apunten a probar una misma conducta imputada. A partir de este análisis, es posible lograr la convicción sobre la realización de determinadas conductas o sobre la configuración de un hecho concreto; por lo que será el examen global de los indicios lo que configure la prueba indiciaria y enerve la presunción de licitud en el caso del procedimiento administrativo sancionador.

---

83 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "*Teoría General de la Prueba Judicial".* Quinta Edición. Editorial Temis S.A. 2002. P. 589.

84 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. P. 588. También véase DELLEPIANE, Antonio. *"Nueva Teoría de la Prueba"*. Décima Edición. Editorial Temis S.A. 2011. Pg. 61. "*(…) todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido, ¿Cómo es que, mediante un hecho comprobado, podemos llegar a conocer otro que ignoramos y que ni ha sido percibido por nosotros ni ha caído bajo la percepción de un testigo que nos lo cuenta, ni ha sido consignado en documento escrito alguno, ni nos ha sido revelado por su autor?. Merced a una operación de la mente, como acabamos a adelantarlo; merced a inferencia, que, para conseguir tal fin, se apoya en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas."*

143. Por su parte, las normas que regulan los procedimientos administrativos (entre los que se encuentran los procedimientos administrativos sancionadores) contienen determinadas disposiciones que refuerzan este reconocimiento de la prueba indiciaria, como elemento legítimamente utilizable por la Administración para detectar y sancionar contravenciones a las normas imperativas a su cargo. Así, el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, reconoce el principio de verdad material, bajo los siguientes términos:

> *"**DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL***
> ***Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo***
> *1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*
> *(…)*
> *1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas."*
> (Subrayado agregado)

144. Como se puede apreciar, se reconoce la existencia de un margen de acción razonable en el ejercicio de la actuación probatoria desarrollada en la tramitación de un procedimiento administrativo, a efectos de que la autoridad pueda obtener certeza sobre la materia discutida. En tal sentido, se tendrán como válidos todos los medios probatorios autorizados por ley.

145. Esta disposición tiene por finalidad resguardar precisamente el interés general que subyace a la tramitación de un procedimiento administrativo y que no se agota únicamente en la esfera de derechos y obligaciones de las partes, sino que trasciende a la colectividad, en el marco de lo señalado por el artículo III del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[85].

[85] **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
Artículo III.- Finalidad
La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

146. Complementariamente, el artículo 175 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General destaca que se podrán recoger todos los medios de prueba que resulten necesarios, conforme se observa a continuación:

> *"**DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL***
> ***Artículo 175.- Medios de prueba.-***
> *Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa."*
>
> (Subrayado agregado)

147. En consecuencia, la prueba indiciaria tiene un respaldo legal plenamente aplicable a la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores, tanto por lo dispuesto por las normas generales que regulan el procedimiento administrativo, como por la aplicación supletoria de las reglas procesales establecidas en el Código Procesal Civil.

III.3.3 Configuración de la prueba indiciaria dentro de los procedimientos administrativos sancionadores

148. Con relación a las características de la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador, Magro Servet menciona -a partir de los comentarios realizados a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre un caso relacionado con la sanción administrativa mediante valoración indiciaria[86]- lo siguiente[87]:

> *"Es evidente que la doctrina jurisprudencial debe marcar unos presupuestos de admisión de la prueba indiciaria, ya que en los casos de prueba directa la cuestión se reconduce a la valoración que pueda realizar el tribunal de la prueba concreta que se haya practicado en el plenario, pero en el caso de la indiciaria la viabilidad de su valoración va acompañada de unos requisitos de índole formal y material que deben concurrir para que el tribunal pueda recoger estos indicios en su sentencia como basamento de la declaración de responsabilidad en este caso administrativa sancionadora.*
>
> *C) Presupuestos básicos para la admisión de la prueba indiciaria en el Derecho administrativo sancionador*

[86] Sentencia 63/2007, del 27 de marzo de 2007.

[87] MAGRO SERVET, Vicente. "*Admisión de la prueba indiciaria en la responsabilidad por infracciones de tráfico*". Disponible en: http://www.larioja.org/upload/documents/680386_DLL_N_6784-2007.Admision_de_la_prueba_indiciaria.pdf . Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

> *Los presupuestos exigidos para que en el Derecho administrativo sancionador pueda aplicarse la prueba indiciaria que con tanta frecuencia se utiliza en el Derecho penal son los siguientes:*
>
> *a) La acreditación de los hechos base o indicios.*
> (…)
> *b) El razonamiento explícito de la convicción de la autoría.*
> (…)
> *c) La pluralidad de los indicios.*
> (…)
> *d) La concomitancia e interrelación entre los indicios y el hecho objeto de acreditación.*
> (…)
> *e) La aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia. El proceso deductivo."*

149. De esta forma, también en el caso del Derecho Administrativo Sancionador, la acreditación de la existencia de una pluralidad de indicios constituye un factor central en la configuración de la prueba indiciaria.

150. La determinación de los indicios debe ser clara para que posteriormente su apreciación conjunta pueda dar lugar a juicios de inferencia y deducción lógica a efectos de la obtención de la certeza derivada de la prueba indiciaria. Por ende, si bien los tribunales han permitido la obtención de certeza de un hecho desconocido a partir de un análisis general del material indiciario, ello no significa que la acreditación de la existencia misma de los indicios pueda ser asumida a partir de la inferencia o el análisis lógico.

151. Es preciso señalar que el pleno reconocimiento del procedimiento administrativo sancionador y del proceso penal como representaciones del sistema punitivo del Estado[88], conduce a admitir la aplicación conjunta de algunas características de la prueba indiciaria, como lo es la acreditación de la existencia de indicios, su pluralidad, el proceso deductivo y juicio de inferencia, entre otras. Sin embargo, no es menos cierto que la prueba indiciaria tiene matices en su aplicación tanto en el procedimiento penal como en el procedimiento administrativo.

---

88 "*De acuerdo a la mayoría de la doctrina especializada en la materia, en la actualidad el fundamento de la potestad sancionadora de la Administración Pública residiría en la pertenencia de dicha rama del Derecho Administrativo a un único ius puniendi o Derecho Punitivo del Estado, de lo que se derivaría, además su consecuente vinculación al Derecho Penal (…) la configuración de una conducta como infracción administrativa o delito (así como la correspondiente aplicación de una sanción administrativa o penal, según sea el caso), dependerá de la entidad y trascendencia de la conducta ilícita que se pretenda castigar, de modo tal que, por regla general se considera que las contravenciones menores (o "ilícitos bagatela", como los denomina la doctrina europea) deben ser objeto de punición mediante sanciones administrativas*."
PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "*Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador en el marco de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General"*. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley Nº 27444*. Primera Edición. Lima: Ara Editores. 2003. P. 507.

152. En el proceso penal la prueba indiciaria debe estar compuesta por indicios que permitan superar el principio de presunción de inocencia constitucionalmente reconocido en el inciso e) del artículo 24 de la Constitución Política del Perú, como derecho fundamental de la persona[89].

153. Por su parte, en el procedimiento administrativo sancionador, la prueba indiciaria debe tener una carga probatoria que permita superar el principio de presunción de licitud contemplado en el numeral 9 del artículo 246 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[90].

154. De este modo, si bien las garantías involucradas en la aplicación de la prueba indiciaria en sede penal y administrativa sancionadora no son las mismas, comparten la misma lógica enfocada a la necesidad de obtener un grado demostrativo de certeza que desvirtúe una condición preestablecida existente en el sujeto investigado: se le presume inocente o que ha actuado de manera lícita, en tanto no se acredite lo contrario.

155. En tal sentido, se deberá valorar la prueba indiciaria contemplando sus características comunes aplicables tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, pero sin obviar las diferentes garantías involucradas en ambos casos, pues el quebrantamiento de la presunción de inocencia importará la aplicación de una sanción penal sustancialmente más grave que la consecuencia jurídica que el ordenamiento jurídico establece en caso de constatarse una infracción administrativa, sustentada en la desestimación de la presunción de licitud que primigeniamente ostentan los administrados.

156. La doctrina ha tenido presente que las garantías y principios del proceso penal en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no pueden ser objeto de una aplicación literal, sino que deben adaptarse a sus especiales peculiaridades[91].

---

89 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(…)
24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
(…)
e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

90 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

91 GOMEZ TOMILLO, Tomás y SANZ RUBIALES, Iñigo. Op. Cit. P. 109 a 114.

157. Lo antes expuesto, no impide que el administrado pueda ejercer su derecho a la contraprueba con la finalidad de cuestionar u objetar la acreditación de los indicios que pretenden ser empleados como premisas de análisis, ni afecta la coherencia lógica del razonamiento derivado de la evaluación conjunta de los indicios existentes que realice el órgano instructor o que proponga alguna de las partes involucradas en el procedimiento.

158. De conformidad con el reconocimiento probatorio pleno que posee la prueba indiciaria, resulta evidente que los contraindicios que presenten los administrados deberán ser evaluados de forma cuidadosa por la autoridad, a fin de verificar si en efecto ostentan un nivel de consistencia y solidez suficiente como para desvirtuar la eficacia de dicho medio de prueba.

159. En consecuencia, para la correcta aplicación de la prueba indiciara resulta necesario que confluyan los siguientes elementos:

    (i) Pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados.
    (ii) Razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad.
    (iii) Desvirtuar los contraindicios ofrecidos por los investigados, de manera que sea posible sostener que la única explicación posible a los hechos acreditados sea la hipótesis planteada por la autoridad.

III.3.4 Particularidades de la aplicación de la prueba indiciaria para la evaluación de infracciones a las normas que tutelan la libre competencia

160. En vista de los niveles de sofisticación utilizados para la adopción de acuerdos anticompetitivos, la constatación de conductas colusorias constituye uno de los escenarios de investigación más complejos en materia de libre competencia. Por tanto, la probanza de la existencia de un acuerdo anticompetitivo demandará que la autoridad utilice los mecanismos de detección más amplios que permite el Derecho Administrativo Sancionador[92].

[92] *"(…) el tratamiento legal que reciben los carteles de competidores es muy drástico, siendo sancionados de forma automática una que se ha logrado demostrar su existencia. Ante ello, como podrá suponerse, las empresas que optan por participar en una concertación suelen cuidarse de no dejar rastros de su actuación ilegal o eliminan toda forma de prueba que pueda demostrar su responsabilidad. En consecuencia, el mayor reto que enfrentan las autoridades protectoras de la Competencia en su labor de persecución de prácticas concertadas es probar su existencia."*

QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. "*Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido".* Publicado en: Revista de Derecho Administrativo N° 10. Editada por la Asociación Círculo de Derecho Administrativo. P. 15.

161. Tal como ha sido desarrollado, la prueba indiciaria se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento, por lo cual puede ser empleada válidamente en el análisis de conductas colusorias, en caso sea requerida en un determinado caso por razones de necesidad probatoria.

162. A lo anterior, se debe agregar que pueden existir diversas circunstancias aptas para facilitar la adopción de acuerdos colusorios sin elevados costos de transacción para los agentes involucrados, o bajo mecanismos no documentales. Por ejemplo, la presencia de una demanda atomizada de los productos o servicios o la existencia de una oferta sumamente concentrada, permitirá a los agentes realizar coordinaciones o acuerdos de manera directa (mediante reuniones presenciales o comunicaciones verbales), sin mayores vestigios que den cuenta sobre dichas conductas.

163. El objetivo de la prueba indiciaria en la evaluación de conductas anticompetitivas y, específicamente para el análisis de los acuerdos colusorios, radica en permitir una adecuada valoración acerca de la efectiva realización de tales acuerdos, utilizando para ello un razonamiento lógico deductivo derivado de una pluralidad de factores que el juzgador ha analizado y que denotan un comportamiento colusorio entre los agentes.

164. Dichos factores serán analizados a partir de la posibilidad material de la realización de los acuerdos ilícitos y el examen que realice el juzgador sobre la adopción de los mismos deberá regirse por fundamentos económicamente racionales y que se encuentren presentes en las decisiones empresariales de los agentes en el mercado.

165. Dentro de las pruebas o evidencias circunstanciales de la existencia de un acuerdo colusorio, la Sala ha señalado que pueden distinguirse dos tipos: las comunicaciones y los indicios económicos[93].

    (i) *Comunicaciones:* Las comunicaciones entre investigados son una típica evidencia circunstancial utilizada en los procedimientos de investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia. De esta manera, será posible evidenciar un acercamiento entre las empresas investigadas, lo cual sería un elemento que –conjuntamente con otras circunstancias concomitantes - podría permitir constatar la existencia de algún acuerdo.

[93] Al respecto ver la Resolución 048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008, emitida en el marco del Expediente 005-2004/CLC, seguido por el señor Federico León y León León contra Ucisa S.A., Industria Textil Piura S.A., Compañía Industrial Textil Credisa Trutex S.A.A. y Tiendas Unidas S.A. Asimismo, ver la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013, emitida en el marco del Expediente 002-2008/CLC, seguido de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A..

(ii) *Evidencia económica:* La evidencia económica es uno de los principales indicios que utilizan las autoridades de competencia para la investigación y sanción de acuerdos anticompetitivos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunos hechos pueden tener más de una explicación plausible.

La evidencia económica usualmente empleada en una investigación por prácticas restrictivas de la competencia es el paralelismo. Es decir, la existencia de una actuación similar entre empresas competidoras, lo cual puede reflejarse, por ejemplo, a través de una evolución idéntica de precios o de decisiones similares entre competidores.

166. Con relación al paralelismo, cabe mencionar que por sí solo no acredita la existencia de un acuerdo colusorio, puesto que podrían existir explicaciones alternativas que acrediten que tal comportamiento obedece a una respuesta unilateral a cambios en el mercado. En tal sentido, el paralelismo de precios podrá sustentar la existencia de un acuerdo colusorio, en tanto dicha hipótesis constituya la única explicación lógica.

167. Otras conductas o datos sobre el desarrollo de la industria también pueden constituir indicios sobre la existencia de un cartel, por ejemplo, beneficios supra-competitivos, participaciones de mercado estables o infracciones anteriores a la legislación de defensa de la competencia.

168. Adicionalmente, será posible colegir la existencia de una práctica anticompetitiva en caso de que la autoridad evidencie un fenómeno irracional, que no podría ser explicado razonablemente sino bajo la hipótesis de una concertación. Este fenómeno puede ser extraído del propio mercado (como la uniformidad de precios), o puede consistir en una actuación de los agentes del mercado, lo que es conocido a nivel doctrinario como las acciones contrarias al propio interés (por ejemplo, una política de precios supra-competitivos que no tendría sustento dadas las condiciones del mercado).

169. Finalmente, resulta ilustrativa la posición del Poder Judicial español, el cual señala la especial consideración que debe otorgársele a la prueba indiciaria para la sanción de las conductas anticompetitivas:

> "(…) *Hay que resaltar que estas pruebas* [pruebas indiciarias] *tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi*

a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."[94]

(Subrayado agregado)

III.3.5 La aplicación de la prueba indiciaria en los casos de libre competencia: experiencia jurisprudencial nacional y extranjera

170. La Corte Suprema de Justicia de la República ha sido clara al reconocer el empleo de la prueba indiciaria como parte de los métodos probatorios utilizados en la detección de presuntas conductas anticompetitivas, conforme se observa de la sentencia de fecha 18 de octubre de 1999 (expediente AV. 98-96), recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 1104-96-INDECOPI/TRI[95]:

> "(…) *los indicios señalados en las resoluciones impugnadas (...), como el paralelismo de precios, paralelismo de políticas de descuento, la fusión de dos importantes empresas del sector, la verificación de las actas de la Empresa Teal; las de Molinos Valencia, así como el informe de Molino Italia, y del reporte de Molinera Inca, son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas; el razonamiento lógico rodea al juzgador y le permite derivar de la prueba indiciaria la certeza de lo que realmente ocurre; el que no existan 'contraindicios' que no puedan descartarse razonablemente* (...)".

171. Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia de la República, a partir de la sanción impuesta a las empresas Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios en procesos de selección convocados por Petróleos del Perú S.A. (Resolución 255-97-TDC/INDECOPI), reconoció la aplicación de la prueba indiciaria para el análisis de este tipo de acuerdos anticompetitivos. En el mencionado pronunciamiento, el Poder Judicial consideró que pese a no existir un documento que revele un acuerdo expreso suscrito por las investigadas, sí se produjeron conductas que en conjunto revelaban la presencia de un acuerdo anticompetitivo.[96]

---

94 Sentencia 4403/2012, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 6, de fecha 25 de octubre de 2012.

95 Cabe señalar que dicha resolución se encontraba relacionada a una investigación iniciada de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra diversas empresas productoras de harina de trigo, por concertación de precios.

96 Sentencia de fecha 08 de junio de 2000 expedida en el expediente AV. 71-98 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución 255-97-TDC/INDECOPI, la cual señalaba lo siguiente:

"(…) si bien la Resolución de Primera Instancia [había indicado] que no [tenía] prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el acuerdo (...), efectivamente la demandada ofertó en igual

172. A nivel internacional, el Tribunal Constitucional español ha sido claro al ratificar la validez de la prueba indiciaria para los casos de conductas anticompetitivas, destacando que los documentos que puedan aportar las empresas investigadas en este tipo de casos, a efectos de desvirtuar el juicio lógico derivado de la prueba indiciaria, deberán estar encaminados a demostrar la inexistencia de un acuerdo anticompetitivo y no a sustentar aspectos económicos que no incidan en la posibilidad de la existencia de un acuerdo de este tipo[97]:

173. Por otra parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España subraya la importancia de la aplicación de la prueba indiciaria, tomando en consideración las características del mercado investigado, en un caso de acuerdo de repartición de mercado:

> *"Y es que los indicios que puede exteriorizar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia deben interpretarse y valorarse teniendo en cuenta las características del mercado en que aparecen. El de los servicios de conservación de ascensores en Burgos y su provincia favorece la concertación entre los ofertantes al estar la oferta concentrada en un número pequeño de empresas que se enfrentan con una demanda atomizada (…). Los indicios de que se ha estado practicando el acuerdo de repartirse el mercado, o de mantener el reparto ya hecho, incluso en ausencia de otras pruebas que podrían haberse practicado estima el Tribunal que son suficientes para declarar la existencia de la práctica*."[98]

---

precio que su competidora a la empresa Petroperú S.A., en las últimas tres licitaciones durante el periodo de octubre de 1995 a marzo de 1996, reduciendo por otro lado sus propuestas de ventas en similar cantidad, no habiendo prueba que acredite en modo alguno los motivos de la reducción ni de la coincidencia en el precio, tanto más que según el cuadro cuya copia corre a fojas doscientos dos, se acredita que la actora ofertó el mismo producto a otras empresas por una cantidad menor a la propuesta la Empresa del Estado Petroperú, igual situación se ve reflejada en las ventas realizadas por la Empresa Envases Metálicos, de lo que se infiere que no es correcta la tesis de que la identidad del producto explicaría la identidad en el precio (...)"

97 Ver la Sentencia 175/2012, de 15 de octubre de 2012, emitida con motivo del Recurso de amparo 2675-2009. Promovido por Buque Bus España, S.A., interpuesto contra las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, que confirmaron la sanción impuesta por concertación de precios con otras empresas navieras:

"No obsta a esta conclusión que el órgano sancionador, limitándose a la información que las navieras le entregaron a solicitud suya, no hubiera desenvuelto ninguna otra actividad indagatoria dirigida a obtener pruebas directas de la concertación de precios, pues dichas actividades de instrucción, particularmente las que la parte sugiere (solicitar documentación contable, colaboración o información de terceros, interrogatorio de empleados de las empresas, solicitud de un estudio pericial sobre posibles explicaciones alternativas), no parecían aptas para aportar datos relevantes sobre la existencia de una actuación encaminada a la concertación (reuniones, acuerdos expresos), sino sobre los propios hechos base (la efectiva evolución de los precios durante el período de tiempo examinado) que están ya sobradamente acreditados y que no son disputados por la actora, o sobre la explicación alternativa, que está ya suficientemente argumentada por las partes. Por todo ello, al ser pruebas inútiles, su falta de práctica no afecta a la virtualidad de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia."

98 Resolución del 18 de mayo de 1992 recaída en el Expediente 267/90 expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia de España. P. 14.

174. La doctrina norteamericana también subraya que los tribunales de justicia de dicho país se encuentran familiarizados con el análisis indiciario y la realización del juicio de inferencia, propio de la obtención de certeza derivada de la prueba indiciaria:

> *"Mientras que evidentemente existen límites fuera de los cuales este ejercicio se convierte en especulativo, las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica normalmente permiten hacer inferencias sobre la base de indicios únicamente. Se trata de un proceso empírico que implica un razonamiento inductivo: inferencia basada en la acumulación del mismo tipo de hechos. Este proceso no es susceptible de un análisis sofisticado. Por consiguiente, para las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica, un hallazgo o hecho puede basarse enteramente en indicios, a menos que salga a la luz alguna hipótesis inconsistente con estos hechos."*[99]

175. En suma, existe consenso jurisprudencial nacional e internacional con relación a la necesaria aplicación de la prueba indiciaria en el marco de las investigaciones sobre casos de acuerdos colusorios que distorsionen la competencia. Así, dichos tribunales han coincidido en que la certeza sobre la comisión de una conducta infractora debe evaluarse en función a una pluralidad de aspectos que en conjunto determinen su existencia, sin que sea necesaria una prueba directa que compruebe la misma.

III.3.6 La importancia de la prueba indiciaria para la detección de acuerdos colusorios en el marco de procesos de contratación pública

176. De acuerdo con la OCDE, existen dificultades en la detección y sanción de conductas anticompetitivas derivadas de concertaciones ilícitas, dado que no siempre es posible obtener pruebas directas sobre tales conductas, por lo cual adquiere importancia significativa la aplicación y análisis de la prueba indiciaria.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

[99] Traducción libre de: "*While there are clearly limits beyond which the exercise becomes speculative, the US Courts by contrast are usually fairly liberal in allowing inferences to be drawn from circumstantial evidence considered in its entirety. This is an empirical process involving inductive reasoning: inference based on the cumulation of persistent data. It is not really one susceptible of sophisticated analysis. So for the US courts, a finding of fact may be based entirely on circumstantial evidence, unless some hypothesis inconsistent with these facts can reasonably be predicated on that evidence (…)*". BARRISTER, Julian Mathic. "*Attitudes to Anti-Trust Enforcement in the EU and US: Dodging the Traffic Warden, or Respecting the Law*". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1995_044_en.html. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

177. En el mes de febrero de 2009, la OCDE publicó el documento titulado *"Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas"*[100], en donde resaltó la complejidad de la detección de los acuerdos colusorios cometidos en el marco de procesos de contratación pública y destacó la importancia de los indicios a fin de poder investigar y sancionar dichas prácticas anticompetitivas, indicando lo siguiente:

> *"Los acuerdos de colusión para la manipulación de licitaciones pueden ser muy difíciles de detectar, pues normalmente se negocian en secreto. Sin embargo, en las industrias donde la colusión es común, los proveedores y los compradores podrían estar al tanto de añejas conspiraciones para manipular ofertas en licitaciones. En la mayoría de las industrias resulta necesario buscar evidencia, tales como patrones extraños de presentación de ofertas o de precios o algo que el proveedor diga o haga. Manténgase en guardia a lo largo de todo el proceso de adquisición, al igual que durante su investigación preliminar del mercado.*
> *(…)*
> *Ciertos patrones y prácticas de licitación parecen no corresponder a un mercado competitivo y apuntan hacia la posibilidad de que exista manipulación. Busque patrones poco usuales en las formas en las que las empresas licitan y la frecuencia con la que ganan o pierden ofertas de adquisición. También la subcontratación y las prácticas de proyectos conjuntos no reveladas pueden plantear sospechas."*
>
> (Subrayado agregado)

178. En similar sentido, la Generalitat de Catalunya[101] ha señalado lo siguiente:

> *"Los acuerdos consistentes en alguna de las formas de colusión en la LP suelen ser muy difíciles de detectar ya que, en muchas ocasiones, las empresas que los realizan son conscientes de que son contrarios a las normas de competencia y toman las medidas que consideran oportunas para mantener sus pactos ocultos.*
>
> *En consecuencia, resulta conveniente que los diversos organismos que participan en la contratación pública en Catalunya realicen un esfuerzo para detectar si existe algún elemento, durante o después de la adjudicación, que pueda constituir un indicio de la existencia de alguna de las conductas colusorias descritas en el presente documento".*
>
> (Subrayado agregado)

---

100 Disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf. P. 15. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

101 Generalitat de Catalunya. "*Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública".* P. 23.

179. Asimismo, en diversos países en América Latina y España se han desarrollado lineamientos dirigidos a las autoridades de competencia y a las entidades estatales que realizan procesos de licitación, para que identifiquen determinados patrones de conducta por parte de empresas concursantes que puedan resultar evidencias de acuerdos colusorios:

(i) En México, la OCDE emitió el documento titulado *"Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas del IMSS"*[102].

(ii) En Chile, la Fiscalía Nacional Económica publicó el documento *"Compras públicas y libre competencia"*[103].

(iii) En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio emitió su *"Guía práctica para combatir la colusión en licitaciones"*[104].

(iv) En España, la Comisión Nacional de la Competencia publicó su *"Guía sobre Contratación Pública y Competencia"*[105].

Disponible en: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/guia_prev_det_colusio_contractacio_publica_esp.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

[102] El IMSS es el Instituto Mexicano de Seguridad Social. Disponible en: http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf. P. 20. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018. En tal sentido, en este documento se señaló lo siguiente:

"(…) aparte de quitarles recursos a terceros (y en definitiva a los contribuyentes en el caso de compras públicas), estas prácticas desalientan la entrada de rivales, disminuyen la confianza pública en el proceso competitivo y socavan los beneficios de un mercado competitivo.
(…) Estas medidas, (…) promoverán la competencia en las compras públicas y permitirán que el IMSS obtenga una mejor relación calidad-por el dinero de sus adquisiciones en beneficio de sus cuentahabientes y, a la larga, de los contribuyentes mexicanos."

[103] Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/Material-de-Promocion-1-Compras-publicas-Abr2011.pdf. P. 2. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018. En tal sentido, en dicho documento se mencionó lo siguiente: *"(…) Considerando lo anterior, la FNE ha elaborado este nuevo material de promoción, el cual está dirigido de manera principal (aunque no exclusiva) precisamente a compradores del sector público. Nuestro propósito es poner a disposición de estos agentes pautas generales que, a nuestro juicio, apoyan el cumplimiento del D.L. N° 211 y minimizan los riesgos a la competencia derivados de sus actuaciones. En la elaboración de este material hemos puesto especial atención a la importancia de las compras públicas para la economía nacional y a la invaluable contribución que, dado su rol, pueden desempeñar todos los encargados de las compras públicas en la promoción de la competencia en sus respectivos mercados."*

[104] Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf. P. 9. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018. Al respecto, debe señalarse que en dicho documento se señaló lo siguiente: *"La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. (…)".*

[105] Disponible en: https://www.cnmc.es/file/123708/download. P. 4. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018. En tal sentido, en dicho documento se mencionó lo siguiente: *"(..) La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que*

180. Estos documentos han sido elaborados partiendo de la premisa de que resulta complejo encontrar medios probatorios que acrediten expresamente la celebración de un acuerdo colusorio.

181. De lo expuesto se desprende que, a nivel internacional, se ha reconocido la necesidad del uso de la prueba indiciaria para la evaluación y detección de carteles en el marco de procesos de contratación pública. Lo anterior, en la medida en que dichas prácticas reducen los niveles de competencia y, de esta manera, tienen un impacto en: (i) el correcto funcionamiento del mercado evaluado, que en este caso, está vinculado a la protección de la vida y la salud de las personas; y, (ii) la eficiente asignación de los recursos del erario público.

III.3.7 Aplicación al caso concreto

182. Los apelantes han alegado que la Comisión únicamente se habría basado en indicios y presunciones para sancionarlos, dejando de lado los medios probatorios plenos y, por tanto, habría vulnerado su derecho a la presunción de licitud.

183. Conforme a lo señalado, la prueba indiciaria posee un reconocimiento probatorio por parte de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, en particular en el marco de las investigaciones sobre casos de acuerdos colusorios que distorsionen la competencia. Por consiguiente, una evaluación conjunta y debidamente realizada de los indicios existentes dentro de un procedimiento, puede constituir una herramienta idónea para desbaratar la presunción de licitud en el caso de los procedimientos administrativos sancionadores relativos a dicha materia. En atención a lo anterior, se debe descartar lo alegado por los imputados sobre este punto.

184. Por otra parte, los centros de hemodiálisis también señalaron que la primera instancia habría hecho un uso inadecuado de la prueba indiciaria, lo que afectaría su derecho al debido procedimiento. A su criterio, los indicios empleados no habrían sido debidamente sustentados y, además, no acreditarían la existencia del acuerdo imputado ni su participación en el mismo, puesto que:

contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. La promoción de la competencia en esta área de actividad es consistente con los principios que informan la propia normativa sobre contratación pública, a saber: la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa".

(i) En las entrevistas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión no se individualiza a los centros de hemodiálisis que habrían participado del acuerdo en cuestión. Asimismo, de acuerdo con un grupo de los denunciados, dichas entrevistas fueron realizadas a los representantes de otros de los centros, por lo que no les serían vinculantes.

(ii) Los correos electrónicos remitidos por la Adeceprih no constituyen un indicio válido respecto de su participación en dicho acuerdo, ya que habrían sido incluidos en los mismos por ser sus direcciones electrónicas de dominio público y no los habrían respondido. Cabe mencionar además que algunos de los centros de hemodiálisis alegaron que no formarían parte de la referida asociación, la cual, en todo caso, no existiría desde el año 2008.

(iii) En el informe oral únicamente se reconoció el intercambio de información entre los centros de hemodiálisis y no la existencia del acuerdo imputado.

185. Conforme a lo expuesto, uno de los elementos indispensables para la configuración de una prueba indiciaria es la existencia de una pluralidad de hechos acreditados (indicios) que, por una inferencia lógica, apunten a probar una misma conducta. A partir de este análisis, será posible lograr la convicción sobre la realización de determinadas conductas o configuración de un hecho concreto.

186. En ese sentido, resulta evidente que los indicios referidos por los imputados -esto es, las entrevistas, correos electrónicos y declaraciones efectuadas en el informe oral-, por sí mismos y evaluados aisladamente, no resultan suficientes para acreditar de forma directa la existencia del acuerdo imputado ni la participación de los imputados en el mismo.

187. En consecuencia, es sobre la base de una valoración conjunta de todos los indicios existentes, que la autoridad administrativa podrá dar o no por probada la realización de la conducta imputada. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de validar la conclusión que se obtenga de dicho análisis integral, resulta necesario que la autoridad verifique tanto la veracidad como el alcance de las premisas que se desprendan de cada uno de los indicios valorados.

188. Sobre el particular, de la revisión de la resolución apelada se observa que, en este caso, la Comisión consideró los siguientes elementos[106]:

[106] Ver el acápite 6.3 de la resolución apelada.

(i) Las entrevistas y correos electrónicos revelarían la existencia de una estrategia desarrollada por los centros dirigida a consensuar, mediante reuniones y coordinaciones, los valores a presentar ante los requerimientos de cotización realizados por EsSalud, con el objetivo de que esta entidad incremente el valor referencial establecido para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

(ii) Los alegatos al Informe Técnico y declaraciones en el informe oral ratificarían la existencia de un consenso para el establecimiento de una estructura de costos común.

(iii) Una serie de correos detallan la realización de las referidas reuniones en fechas determinadas, siendo cada una de ellas convocada tras la recepción del requerimiento de cotización de EsSalud.

(iv) Los correos electrónicos y los fragmentos citados de las entrevistas darían cuenta que las reuniones o instrucciones constatadas se llevaban a cabo en el marco de los requerimientos de cotización realizados por EsSalud que precedieron al Concurso Público y a la AMC Derivada en sus distintas convocatorias (AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4).

(v) Las entrevistas y correos electrónicos revelarían la adopción de acuerdos entre los diversos centros de hemodiálisis en reuniones realizadas tras la convocatoria de los procesos de selección de gran envergadura, para abstenerse de participar en los mismos

(vi) Los correos electrónicos refieren que la abstención conjunta de estos centros de hemodiálisis se habría realizado a efectos de convencer a EsSalud de que no participarían en los procesos de selección debido al nivel de la tarifa establecida, pretendiendo lograr un incremento del precio pagado por la realización del servicio de hemodiálisis.

(vii) Un grupo de correos contendría indicaciones canalizadas por medio de la Adeceprih, a efectos de que cada centro de hemodiálisis indique como motivo de abstención a los procesos de selección de gran envergadura, la presencia de un bajo precio referencial.

(viii) Algunos centros investigados habrían presentado, por intermedio del señor Barrios, una serie de escritos conteniendo denuncias y observaciones en el marco de los procesos de selección de gran envergadura, manifestando la obligatoriedad del uso de sus cotizaciones e indicando que de mantener este “erróneo valor referencial”, los centros de hemodiálisis seguirían absteniéndose.

189. A criterio de la Comisión, de la revisión de dichos indicios, se apreciaría que existieron reuniones entre los diversos centros de hemodiálisis, en las que se consensuaron montos (estructuras de costos comunes y valores de cotización promedios), a partir de los cuales cada empresa presentaría los valores de las cotizaciones que EsSalud requería antes de cada proceso de selección, con el objetivo de que se incrementara el valor referencial a ser establecido.

190. Adicionalmente, se desprendería que la abstención masiva de los centros de hemodiálisis investigados a los procesos de selección de gran envergadura, así como la presentación de denuncias y observaciones en el marco de los respectivos procesos de selección, constituirían actuaciones adicionales dirigidas a la consecución del referido objetivo.

191. Por consiguiente, la primera instancia consideró que las cotizaciones homogéneas, las abstenciones conjuntas y la presentación de acciones legales, permitían corroborar las afirmaciones vertidas en las entrevistas realizadas y las acciones referidas en los correos electrónicos analizados.

192. Conforme puede apreciarse, la Comisión no llegó a la conclusión de que existió un consenso entre los centros de hemodiálisis debido a las declaraciones vertidas en las entrevistas, al contenido de los correos electrónicos remitidos por la Adeceprih o a las afirmaciones realizadas en los alegatos efectuados al informe de la Secretaría Técnica de la Comisión y en el informe oral por parte del representante de algunas de los denunciados, considerados individualmente, sino mediante una valoración conjunta de dichos indicios.

193. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que los argumentos de los apelantes -en el sentido de que las entrevistas, correos electrónicos y declaraciones en el informe oral no acreditarían la existencia de la conducta imputada- no están vinculados a la determinación de la validez de los indicios empleados por la Comisión antes mencionados. En efecto, si bien esta Sala reconoce que la valoración individual de los medios probatorios cuestionados únicamente acredita el acaecimiento de determinados hechos en particular, tal situación no impide que todos ellos, de forma conjunta y razonada, puedan sustentar la existencia de la infracción imputada.

194. Sobre el particular, el hecho de que las declaraciones efectuadas en el marco de las entrevistas, referidas a la existencia de coordinaciones entre los centros de hemodiálisis para la presentación de las cotizaciones, únicamente correspondan a los representantes o trabajadores de algunos de los centros de hemodiálisis, no pone en cuestión la veracidad o pertinencia de dichas declaraciones y, por tanto, no les resta mérito probatorio.

195. Si bien en las referidas entrevistas no se ha mencionado de forma individual a cada uno de los centros que habrían participado de dichas coordinaciones, ello no impide que estas puedan ser valoradas conjuntamente con el resto de indicios que obran en el expediente y, de esta manera, corroboren o desvirtúen las premisas que se inferirían a partir de los mismos.

196. Además, cabe precisar que, en el presente procedimiento, la conducta sancionable no radica en la pertenencia de los centros de hemodiálisis a la Adeceprih, y por ende, el carácter ilícito de la infracción imputada no se encuentra condicionado a su existencia formal como persona jurídica. En ese sentido, al margen de que algunos de los centros no hayan sido miembros regulares de la Adeceprih, o que ésta figurase como disuelta en los Registros Públicos desde el año 2008[107], lo que corresponde verificar es si los correos electrónicos enviados en nombre de dicha asociación, así como las coordinaciones realizadas en ellos, en efecto constituyen un indicio que denote la participación de los denunciados en la práctica colusoria horizontal imputada.

197. Adicionalmente, el hecho de que los centros de hemodiálisis hayan o no respondido a dichas comunicaciones, solo constituye otro elemento a ser valorado con el resto de medios probatorios que obran en el expediente, a fin de determinar la existencia del acto anticompetitivo investigado.

198. Con relación a las declaraciones del representante de algunos de los centros de hemodiálisis en el informe oral, se debe resaltar que aun cuando lo manifestado solamente haya aludido a un presunto intercambio de información sobre costos y no signifique un reconocimiento pleno de la conducta imputada, igualmente constituye un indicio que, valorado de forma conjunta con las entrevistas, los correos electrónicos y las afirmaciones realizadas por las partes en el expediente, puede coadyuvar a la verificación del acto infractor en cuestión.

[107] Cabe señalar que Ceer no ha presentado la copia de la partida registral en la que dicha asociación aparecería como disuelta, sino una copia de su Ficha RUC. Ver foja 7537 del Expediente.

199. El RLCE entonces vigente establecía que el valor referencial se determinaba a partir de un "estudio de posibilidades que ofrece el mercado", para lo cual se debía considerar, entre otras fuentes, presupuestos, cotizaciones y estructuras de costos provenientes de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria[108]. Sin embargo, dicha norma no contenía disposición alguna que indicara o habilitara a los agentes económicos a intercambiar información respecto de sus estructuras de costos para poder participar o presentar sus cotizaciones y presupuestos, ni mucho menos, indicaba que las empresas involucradas pudiesen concertar los valores correspondientes a los mismos.

200. En ese sentido, se debe descartar el argumento de Centro Cono Norte, por el cual pretende indicar que su actuación estaría amparada en el RLCE, el cual –a su criterio– determina que no sería ilegal que las empresas conozcan la estructura de costos de cada una o incluso intercambien información sobre este aspecto.

201. Respecto de lo alegado por un grupo de centros[109], en el sentido de que las coordinaciones sobre costos no son prueba o indicio suficiente para demostrar la existencia de una conducta colusoria, se debe reiterar que, si bien dichas coordinaciones no acreditan por sí mismas la configuración de la práctica imputada, constituyen uno de los indicios que deberá ser valorado por esta instancia.

202. De la revisión de la resolución apelada también se desprende que, con el objeto de determinar los alcances de la participación individual de cada uno de los centros involucrados en la presunta concertación, la Comisión se basó en indicios adicionales a los antes señalados, como son:

---

108 **DECRETO SUPREMO 184-2008-EF. REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1017, LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO**
Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado
Sobre la base de las características técnicas definidas por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:
1. El valor referencial;
(…)
A efectos de establecer el valor referencial, el estudio tomará en cuenta, cuando exista la información y corresponda, entre otros, los siguientes elementos: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes cuando corresponda, a través de portales y/o páginas Web, catálogos, entre otros, debiendo emplearse como mínimo dos (2) fuentes. También tomará en cuenta cuando la información esté disponible: precios históricos, estructuras de costos, alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales, así como también la vigencia tecnológica del objeto de la contratación de las Entidades.
(…)

109 San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

(i) Los valores de las cotizaciones presentadas por cada centro, pues reflejarían el acatamiento de las coordinaciones realizadas (reuniones e instrucciones) y, por ende, su pertenencia al consenso evaluado.

(ii) El hecho de que los denunciados hayan presentado cotizaciones ante EsSalud en un mínimo de dos oportunidades. Esta situación permitiría observar la reiteración en el accionar individual realizado por cada centro de hemodiálisis, configurando un elemento adicional que genere convicción respecto de su conducta.

203. Asimismo, la Comisión también consideró las abstenciones para corroborar la participación individual de cada uno de los centros. Con dicha finalidad, la primera instancia revisó las Actas de Buena Pro y Declaración de Desierto correspondientes a los procesos de selección de gran envergadura investigados[110].

204. En vista de la pluralidad de los elementos probatorios existentes en este caso (y que han sido mencionados en los párrafos precedentes), si bien existieron centros de hemodiálisis[111] que no se habrían abstenido de participar en algunos de los cinco procesos investigados (Concurso Público y sus cuatro AMC), esta Sala considera que dicha circunstancia no determina que se encuentren exentos de responsabilidad por la conducta imputada, siempre que los demás medios probatorios permitan constatar que también formaron parte en el acuerdo anticompetitivo e inclusive, desplegaron conductas que revelen su participación en la práctica colusoria.

205. De otro lado, contrariamente a lo señalado por los imputados, la Comisión sí cumplió con descartar los contraindicios alegados por los diferentes centros durante el trámite del procedimiento. Sobre el particular, a través de la resolución apelada, se puede observar que la primera instancia desestimó:

(i) Las justificaciones referidas a costos formuladas por los centros de hemodiálisis, como una explicación alternativa al paralelismo en las cotizaciones presentadas[112].

---

110 En el caso del Concurso Público y la AMC1 y AMC4, se abstuvieron la totalidad de los centros imputados que presentaron cotizaciones, en la AMC2 se abstuvieron 31 de los 33 centros imputados que cotizaron en la misma y, por último, en la AMC3 se abstuvieron 27 de los 28 centros imputados que cotizaron en dicho proceso de selección. Ver numeral 286 de la resolución apelada.

111 Al respecto, IMP ha señalado que la Comisión ha reconocido que no se abstuvo en todos los procesos investigados y que, en efecto, participó en 4 de las 6 convocatorias de gran envergadura, presentando cotizaciones que no se ajustaron al promedio de las cotizaciones de los centros imputados.

112 Ver el acápite 6.4.5 de la resolución apelada.

(ii) Los argumentos generales y particulares planteados por cada uno de los centros respecto de los motivos que justificarían sus abstenciones en los procesos de selección en los que presentaron cotizaciones[113].

206. La Comisión además sometió las conclusiones obtenidas a un análisis contra-fáctico, descartando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de las pruebas e indicios detectados y concluyendo que el fenómeno de mercado detectado solo podía explicarse razonablemente por la existencia de una práctica restrictiva de la competencia[114].

207. En apelación, los denunciados han alegado que en anteriores pronunciamientos la Comisión y la Sala ya han descartado que el paralelismo por sí mismo acredite la existencia de una colusión, por lo que, al apartarse de tal criterio, en el presente caso se estarían vulnerando los principios de predictibilidad y uniformidad. Finalmente, argumentan que, debido a que las empresas absueltas por la Comisión también fueron incluidas en los correos electrónicos remitidos por la Adeceprih, resultaría evidente que el criterio determinante para imputarles responsabilidad ha sido el paralelismo en las cotizaciones presentadas.

208. Conforme a lo indicado, la primera instancia descartó la participación de un grupo de centros de hemodiálisis en la conducta imputada, así como respecto de algunas convocatorias, sobre la base de los criterios señalados en los numerales 202 y 203 de la presente resolución, y no por la mera existencia de paralelismo en las cotizaciones presentadas a EsSalud.

209. En esta línea, el paralelismo entre las cotizaciones presentadas por los diferentes centros de hemodiálisis en cada una de las convocatorias investigadas únicamente constituyó un punto de partida para que, luego de efectuar una valoración conjunta de una serie de pruebas adicionales, se pueda corroborar la existencia de la conducta imputada; y no la prueba determinante para imputarles responsabilidad por la práctica concertada sancionada.

113 Ver el acápite 6.7 de la resolución apelada.

114 Ver el acápite 6.12 de la resolución apelada.

210. Al respecto, la Comisión señaló que los valores de las cotizaciones presentadas por los centros investigados permitirían ratificar su participación en la conducta sancionada, pues denotarían el cumplimiento de las instrucciones contenidas en los correos electrónicos analizados y mostrarían una evolución de dichos valores que solo se justificaría por las coordinaciones realizadas[115].

211. Clínica Grau y Ceer han señalado que el paralelismo en las cotizaciones se explicaría por documentos elaborados por el SIS, en los que se establecieron determinados niveles de tarifas para la prestación del servicio de hemodiálisis.

212. No obstante, el hecho de que los documentos del SIS puedan haber sido empleados para estimar los valores de dichas cotizaciones, no desvirtúa que las cotizaciones antes indicadas hayan podido ser establecidas en mérito a una conducta concertada entre competidores (los centros de hemodiálisis), siendo esto lo sancionable, al margen de los instrumentos o parámetros que se empleen para establecer el precio respectivo.

213. En resumen, esta Sala ha podido corroborar que, en el presente procedimiento, en la prueba indiciaria empleada por la Comisión confluyeron todos los elementos requeridos para su aplicación:

    (i) Se valoró una pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados.
    (ii) Se siguió un razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad.
    (iii) Se desvirtuaron los contraindicios ofrecidos por los investigados, concluyéndose (a criterio de la primera instancia) que la única explicación posible a los hechos acreditados consistía en la realización de la hipótesis planteada por la autoridad.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

115 Ver el acápite 6.4.3 de la resolución apelada.

214. Una vez determinada la validez del uso de la prueba indiciaria, así como de los indicios corroborados en el presente procedimiento, corresponde analizar el caso en concreto. Sobre el particular, se procederá a describir el mercado, los agentes económicos involucrados en la presunta infracción, así como las circunstancias aplicables al caso, y, posteriormente, se realizará una evaluación conjunta de las pruebas que obran en el expediente, a fin de determinar si permiten inferir de forma lógica la existencia de la conducta imputada.

215. Finalmente, se analizarán los contraindicios presentados, para determinar si estos pueden desvirtuar las premisas empleadas y, por ende, las conclusiones arribadas.

III.4 Descripción del mercado investigado y los procesos de contratación pública materia de evaluación

216. La conducta investigada se encuentra asociada a las convocatorias públicas por parte de EsSalud para la contratación -a través del CNSR- de servicios de hemodiálisis[116] con reúso de filtros, en centros privados especializados en Lima y Callao, a pacientes con enfermedad renal crónica en su fase más avanzada o terminal (ERCT)[117], entre los años 2010 y 2012.

217. El servicio de hemodiálisis permite a través de un dializador y una máquina de hemodiálisis, efectuar el proceso de sustitución de la acción del riñón del paciente, que se encuentra con ERCT[118]. El tiempo normal de cada sesión de hemodiálisis es de 3 a 4 horas y se realiza 3 veces por semana[119].

---

116 Como se ha señalado en la nota al pie 2 de la presente resolución, de las tres (3) terapias de reemplazo renal para los pacientes con ERCT (terapia de hemodiálisis, terapia de diálisis peritoneal y transplante renal), el CNSR brinda la terapia de hemodiálisis.

117 Según un artículo publicado por miembros de la Sociedad Chilena de Nefrología, la ERCT corresponde a la última etapa de la enfermedad renal crónica. Los pacientes que alcanzan dicha etapa reciben tratamientos de reemplazo o sustitución de la función renal, porque se pone en riesgo su supervivencia en el muy corto plazo. Cada etapa de la enfermedad se determina en función a la Velocidad de Filtración Glomerular (VFG), definida como: *"el volumen de plasma depurado de una sustancia ideal por unidad de tiempo (expresada en ml/minuto). La sustancia ideal es la que filtra libremente a través del glomérulo y no se secreta ni reabsorbe en el túbulo renal".* FLORES, Juan; ALVO, Miriam; BORJA, Hernán; MORALES, Jorge; VEGA, Jorge; ZÚNIGA, Carlos; MÜLLER, Hans y MÜNZENMAYER, Jorge. Enfermedad renal crónica: Clasificación, identificación, manejo y complicaciones. Suplemento de la Sociedad Chilena de Nefrología. Revista Médica de Chile 2010, 137: 137-177, p.143. Disponible en: http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v137n1/art26.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

118 Mediante un circuito extracorpóreo (fuera del cuerpo) se hace pasar la sangre del paciente por un filtro denominado dializador, eliminando el agua y las sustancias retenidas con la finalidad de regular el equilibrio ácido-básico de la sangre. Ver: http://www.essalud.gob.pe/centro-nacional-de-salud-renal/. Fecha de última visita 26 de marzo de 2018.

119 Ver: http://www.essalud.gob.pe/empresarial/salud/boltecnol20.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

218. Para dar atención a los pacientes con ERCT, EsSalud cuenta con el CNSR[120], que integra la Red de Prestaciones de Salud de Alta Complejidad del III Nivel de Atención, a través del cual brinda, por ejemplo, prestaciones de hemodiálisis a los asegurados y derechohabientes con ERCT que son referidos por las Redes Asistenciales de Lima[121].

219. Si bien EsSalud presta el servicio de hemodiálisis a sus asegurados a través de sus redes asistenciales, ante el incremento de los pacientes con ERCT en los últimos años, dicha entidad procedió a tercerizar parte de la atención, a través de los centros de hemodiálisis[122]. Dichos centros son empresas conformadas por agentes privados, los cuales celebran contratos con EsSalud para brindar el servicio de hemodiálisis a pacientes con ERCT, en el marco de la LCE[123].

220. Para mostrar la participación de los diversos agentes en la prestación del servicio de hemodiálisis a los pacientes de EsSalud, se tomará como referencia el año 2012. Esto se debe al hecho de que, dentro del período investigado, se tiene más información de dicho año, por lo que resulta pertinente tomarlo como referente para ilustrar la estructura del mercado; sin perjuicio del análisis que se efectuará en función a la conducta de los centros de hemodiálisis apelantes a lo largo de los años en los cuales se llevaron a cabo los procesos de selección respectivos.

221. En el año 2012, la cobertura de este servicio en Lima Metropolitana se distribuía entre 54 centros privados de hemodiálisis que abastecían el 59.9% del número de pacientes de EsSalud y las 3 redes asistenciales de dicha entidad (la red Rebagliati Tipo A, la red Almenara Tipo A y la red Sabogal Tipo A) que brindaban el 40.1% restante.

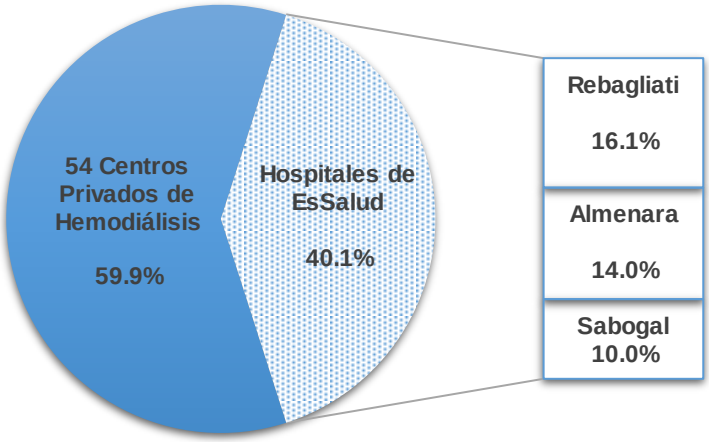
120 Ver Reglamento de Organización y Funciones del Centro Nacional de Salud Renal aprobado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 426-PE-ESSALUD-2007.

121 Las redes asistenciales de EsSalud están conformadas por hospitales, policlínicos, postas y centros médicos. En Lima, EsSalud presenta 3 redes asistenciales: la red Rebagliati Tipo A, la red Almenara Tipo A y la red Sabogal Tipo A.

122 Según el CNSR, el número de pacientes atendidos por los centros de hemodiálisis pasó de 5,282 en el 2010 a 5,542 en el 2012. Ver fojas 261 y 262 del Expediente.

123 Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a la fecha de los hechos materia del presente procedimiento. Cabe señalar que dicha norma posteriormente fue derogada por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. A su vez, esta última ley fue modificada por el Decreto Legislativo 1341, el cual se mantiene vigente desde el 3 de abril de 2017.

Gráfico 1
Participación en la prestación del servicio de hemodiálisis a favor de pacientes de EsSalud durante el año 2012
(Porcentaje de cantidad de pacientes)



Fuente: CNSR-EsSalud
Elaboración: ST-SDC

222. En este contexto, cabe anotar que la demanda por el referido servicio de hemodiálisis, siendo de alta complejidad y de cuya atención depende la vida y la salud de los pacientes, es inelástica respecto del precio[124]. Por ende, de existir un incremento en las cotizaciones de los centros de hemodiálisis, justificado o sustentado en decisiones unilaterales de los ofertantes, la demanda no se vería afectada.[125]

223. Por otra parte, durante el periodo 2010-2012, las modalidades de contratación de los procesos de selección efectuados por EsSalud para el servicio de hemodiálisis, bajo el marco normativo de las contrataciones

[124] Al respecto, ver las notas al pie 271 y 24 de la Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, las cuales señalan lo siguiente:

- Nota al pie 271: "*Una demanda inelástica es aquella cuyas cantidades se mantienen relativamente inalterables ante un incremento en los precios*".
- Nota al pie 24: *"(…) a nivel doctrinal se considera que la presencia de una demanda inelástica es un incentivo para la realización de conductas anticompetitivas, pues asegura mayores ingresos para los implicados, ya que la cantidad demandada no se ve afectada de manera significativa por cambios en precios. Por lo tanto, enfrentar una demanda inelástica es un escenario propicio para la realización de una práctica colusoria pues, ante incrementos en el precio, las cantidades demandadas no disminuyen, lo que representa mayores ingresos para los involucrados"*.

[125] Ver: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962005000100009. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

públicas entonces vigente[126], fueron[127]:

- **Concurso público**: Es convocado para la contratación de servicios de toda naturaleza, de conformidad con los artículos 15 y 16 de la entonces vigente LCE. En el supuesto que un concurso público sea declarado desierto, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía derivado[128], el cual deberá contar con las mismas formalidades del proceso principal.

- **Adjudicación de menor cuantía**: Se aplica a las contrataciones cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de concurso público[129]. Según el artículo 19 del RLCE, se podrá convocar en un solo

126 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 15.- Mecanismos de contratación.-
Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que defina el Reglamento.
En el Reglamento se determinará las características, requisitos, procedimientos, metodologías, modalidades, plazos, excepciones y sistemas aplicables a cada proceso de selección.

127 Cabe señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la LCE, el mecanismo de licitación pública no es aplicable al presente caso debido a que se trata de convocatorias para la contratación de servicios de hemodiálisis y no para la contratación de bienes, suministros y obras.

DECRETO LEGISLATIVO 1017. 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. El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza.
(…)

128 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 32.- Proceso de selección desierto.-
El Comité Especial otorga la Buena Pro en una licitación pública, concurso público o adjudicación directa aún en los casos en los que se declare como válida una única oferta.
El proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta; y, parcialmente desierto cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente
La declaración de desierto de un proceso de selección obliga a la Entidad a formular un informe que evalúe las causas que motivaron dicha declaratoria, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente, bajo responsabilidad.
En el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía.
El proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de selección declarado desierto, debe contar con las mismas formalidades del proceso principal.
Para otorgar la Buena Pro en los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Subasta Inversa se requerirá la existencia de dos (2) ofertas válidas como mínimo; de lo contrario, el proceso se declarará como desierto.

129 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 18.- Adjudicación de menor cuantía.-
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 público.
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.
En las adjudicaciones de menor cuantía, las contrataciones se realizarán obligatoriamente en forma electrónica a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), con las excepciones que establezca el Reglamento.

proceso la contratación de servicios con montos individuales superiores a 3 UIT[130]. Asimismo, cabe señalar que esta modalidad también es empleada en el supuesto de que un concurso público sea declarado desierto[131].

- **Adjudicación directa:** Se convoca para la contratación de servicios 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.[132]

224. A efectos del presente caso, resulta pertinente diferenciar las referidas modalidades de contratación, a partir de la utilización de 2 clasificaciones: (i) procesos de selección de gran envergadura, comprendiendo a los concursos públicos y las adjudicaciones de menor cuantía derivadas de estos (en los casos donde los referidos concursos públicos sean declarados desiertos); y, (ii) procesos de selección de menor envergadura, comprendiendo a las adjudicaciones de menor cuantía (no derivadas de concursos públicos declarados desiertos) y las adjudicaciones directas.

225. En este contexto, EsSalud realizó la contratación de servicios de hemodiálisis, a través del **Concurso Público y AMC Derivada de dicho concurso** (debido a que el Concurso Público fue declarado desierto), de

Asimismo, el Reglamento de la presente norma, establecerá la forma en que se aplicarán progresiva y obligatoriamente las contrataciones electrónicas a los procesos de licitación pública, concurso público y adjudicación directa en sus distintas modalidades.

130 **DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Artículo 19.- Tipos de procesos de selección.-**
(…)
4. Adjudicación de Menor Cuantía, que se convoca para:
(…)
Mediante el proceso de selección según relación de ítems, la Entidad, teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar en un solo proceso la contratación de bienes, servicios u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales no inferiores a tres (3) UIT. A cada caso les serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal, con las excepciones previstas en el presente Reglamento, respetándose el objeto y monto de cada ítem.
(…)

131 Ver nota al pie 128.

132 **DECRETO SUPREMO N° 184-2008-EF. REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO. Artículo 19.- Tipos de procesos de selección.-**
(…)
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.
(…)

conformidad con los artículos 15 y 16 de la entonces vigente LCE, que establecen que los concursos públicos se convocan para la contratación de servicios de toda naturaleza.

226. Ahora bien, teniendo en consideración que la presente resolución tiene por objeto dilucidar si los centros de hemodiálisis realizaron prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinadas a incrementar el valor referencial del servicio de hemodiálisis con reúso de los procesos investigados, resulta pertinente delimitar qué debe entenderse por "estudio de posibilidades que ofrece el mercado" y "valor referencial", conforme a lo establecido en la LCE y su Reglamento (RLCE) entonces vigentes.

227. Al respecto, cabe señalar que el Concurso Público y sus AMC derivadas contaron con las siguientes fases[133], en las cuales se determinan y modifican los valores referenciales: (i) Fase de Programación y Actos Preparatorios; y (ii) Fase de Selección.

228. En primer lugar, la **Fase de Programación y Actos Preparatorios** comprende: (i) la definición de necesidades y la aprobación del respectivo Plan Anual de Contrataciones[134]; (ii) la realización de un estudio de posibilidades que ofrece el mercado, contenido en el Expediente de Contratación; (iii) la designación del Comité Especial encargado de llevar a cabo la contratación; y, (iv) la elaboración y aprobación de las Bases del proceso de selección.[135]

229. Sobre el estudio de posibilidades que ofrece el mercado contenido en el Expediente de Contratación, el artículo 12 del RLCE establecía lo siguiente:

> *"**Artículo 12.- Estudio de posibilidades que ofrece el mercado***
>
> *Sobre la base de las características técnicas definidas por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente:*

133 Las actuaciones que se llevan a cabo durante los concursos públicos se pueden agrupar en las siguientes etapas: (i) Programación y Actos Preparatorios; (ii) Proceso de Selección; y; (iii) Ejecución Contractual. Al respecto, ver: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/m3_cap1a.pdf. P. 5 y 6. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

134 El Plan Anual de Contrataciones es un documento de gestión que cada Entidad elabora, en el cual se deberán prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como de los montos estimados y tipos de procesos de selección previstos. Ver: http://portal.osce.gob.pe/osce/content/fase-de-programaci%C3%B3n-y-actos-preparatorios. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

135 Ver: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/m3_cap1a.pdf. P. 5. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

> *1. **El valor referencial**;*
> *(…)*
> *A efectos de establecer el valor referencial, el estudio tomará en cuenta, cuando exista la información y corresponda, entre otros, los siguientes elementos: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes cuando corresponda, a través de portales y/o páginas Web, catálogos, entre otros, debiendo emplearse como mínimo dos (2) fuentes. También tomará en cuenta cuando la información esté disponible: precios históricos, estructuras de costos, alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales, así como también la vigencia tecnológica del objeto de la contratación de las Entidades."*
>
> (Subrayado añadido)

230. Cabe indicar que lo expuesto en el numeral anterior, encuentra sustento en el artículo 27 de la LCE, vigente cuando tuvieron lugar los hechos materia de imputación en el presente procedimiento, que señalaba lo siguiente:

> *"**Artículo 27.- Valor referencial***
>
> *El órgano encargado de las contrataciones en cada Entidad determinará el Valor Referencial de contratación con el fin de establecer el tipo de proceso de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios.*
>
> *El Valor Referencial será determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, efectuado en función del análisis de los niveles de comercialización, a partir de las especificaciones técnicas o términos de referencia y los costos estimados en el Plan Anual de Contrataciones, de acuerdo a los criterios señalados en el Reglamento (…)"*
>
> (Subrayado añadido)

231. Adicionalmente, dicho artículo establecía que el valor referencial tenía carácter público[136] y que siempre debía ser informado al Seace.

232. En ese mismo sentido, el artículo 13 del RLCE, vigente cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento, señalaba lo siguiente:

[136] Solo de manera excepcional, la Entidad determinará que éste tenga carácter reservado, mediante decisión debidamente sustentada, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Ver artículo 27 de la LCE.

*"**Artículo 13.- Valor referencial***

El valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo a los establecido en el artículo 27 de la Ley.
(…)

Cuando el valor referencial es observado por los participantes, el Comité Especial deberá poner en conocimiento del órgano encargado de las contrataciones para su opinión y, si fuera el caso, para que apruebe un nuevo valor referencial, verificando que se cuente con la disponibilidad presupuestal y poniendo en conocimiento de tal hecho al funcionario que aprobó el Expediente de Contratación. En caso el nuevo valor referencial implique la modificación del tipo de proceso de selección convocado este será declarado nulo".

(Subrayado añadido)

233. En consecuencia, de la revisión de la LCE y su Reglamento (RLCE) entonces vigentes, se desprende que el valor referencial es el monto determinado por el órgano encargado de las contrataciones y se calcula sobre la base de un estudio de posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado. Adicionalmente, el valor referencial permite establecer el tipo de proceso de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestarios necesarios.

234. Es por ello, que la normativa establecía que el Expediente de Contratación elaborado por la entidad convocante, debía contener el estudio de posibilidades que ofrece el mercado a fin de determinar el valor referencial que se incluiría en las Bases del proceso de selección; empleando como mínimo dos fuentes de información, provenientes de personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades materia de la convocatoria, portales y/o páginas web, catálogos, entre otros. Esta información podrá comprender: (i) presupuestos y cotizaciones actualizados; (ii) precios históricos; (iii) estructuras de costos; entre otros.

235. En segundo lugar, según el artículo 22 del RLCE, la **Fase de Selección** considera las siguientes etapas: (i) la convocatoria al concurso; (ii) el registro de participantes; (iii) la presentación y absolución de consultas; (iv) la presentación y absolución de observaciones; (v) la integración de las bases; (vi) la presentación de las propuestas, (vii) la evaluación y calificación de las propuestas; y, (viii) el otorgamiento de la Buena Pro[137]. En

[137] **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 22.- Etapas de los Procesos de Selección
Los procesos de selección contendrán las etapas siguientes, salvo las excepciones establecidas en el presente artículo:
1. Convocatoria.
2. Registro de participantes.

el mismo artículo, se precisa que para los procesos de AMC de bienes y servicios no se incluirían las etapas (iii), (iv) y (v).

236. Respecto a la etapa de presentación y absolución de observaciones, el entonces vigente artículo 28 de la LCE indicaba: (i) los mecanismos para que los participantes de las convocatorias presenten observaciones a las Bases del concurso público, cuestionando los montos de alguno de los conceptos incluidos en los componentes de los valores referenciales; y, (ii) que las respuestas a las observaciones debían ser fundamentadas y sustentadas, siendo comunicadas de manera oportuna y simultánea a todos los participantes, considerándose como parte integrante de las Bases[138].

237. Por ende, si las observaciones a los valores referenciales realizadas por los participantes eran aceptadas por la entidad convocante, esta debía modificar dichos valores tomando en cuenta los montos indicados en la absolución de las observaciones, los cuales a partir de ese momento, se encontrarían contenidos en las bases integradas. Seguidamente, los postores podrían presentar sus propuestas de acuerdo con las condiciones establecidas en las mencionadas bases integradas, correspondiendo al Comité Especial realizar la evaluación y calificación respectiva para el otorgamiento de la Buena Pro.

238. En la medida que la Fase de Selección comprende las etapas antes descritas, en particular la de "presentación y absolución de observaciones",

---

3. Formulación y absolución de consultas.
4. Formulación y absolución de observaciones.
5. Integración de las Bases.
6. Presentación de propuestas.
7. Calificación y evaluación de propuestas.
8. Otorgamiento de la Buena Pro.

Cabe señalar que dicha norma ha sido derogada por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1017 se encontraba vigente cuando tuvieron lugar los hechos materia de análisis en el presente procedimiento, correspondiendo que los mismos se analicen a la luz de dicha norma.

138 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 28.- Consultas y Observaciones a las Bases
(…)
A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

Las respuestas a las consultas y observaciones deben ser fundamentadas y sustentadas y se comunicarán, de manera oportuna y simultánea, a todos los participantes a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerándose como parte integrante de las Bases.
(…)

Es importante precisar que posteriormente dicha norma fue derogada por la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

así como la de "integración de las bases", y considerando lo señalado por el artículo 13 del RLCE, se desprende que la normativa pertinente consideraba la posibilidad de que el Comité Especial de un proceso de selección apruebe un nuevo valor de referencia en virtud de las observaciones de los participantes.

239. Respecto de la contratación del servicio de hemodiálisis, se debe precisar que dentro del periodo investigado entre los años 2010 y 2012 se emplearon tanto procesos de menor envergadura como procesos de gran envergadura. En tal sentido, a continuación, se detallan las contrataciones realizadas por parte de EsSalud.

III.4.1 Evolución de las contrataciones del servicio de hemodiálisis entre 2010 y 2012

240. En el año 2010, según información recabada del OSCE por la Comisión, EsSalud convocó 451 adjudicaciones de menor cuantía (en adelante, AMC), que ascendieron a un valor de S/ 199,860.00 cada una, siendo el valor referencial establecido por sesión de hemodiálisis de S/ 172.89, considerando cada AMC la prestación de 1,156 sesiones para ejecutarse en periodos menores a 60 días. Sobre el particular, cabe indicar que 61 AMC se convocaron por segunda vez, 15 por tercera vez, 5 por cuarta vez y 1 por quinta vez; habiéndose adjudicado todas ellas a los centros de hemodiálisis que operaban en Lima y Callao[139].

241. De otro lado, en dicho año EsSalud inició la contratación del servicio de hemodiálisis a través de adjudicaciones directas, habiéndose registrado un número de 360 en el mes de febrero y 750 en el mes de marzo, haciendo un total de 1,110 adjudicaciones directas en el año 2010[140].

242. En el año 2011, EsSalud convocó 1,589 AMC con un valor promedio de S/ 39,900.00 por cada AMC, siendo el valor referencial de S/ 171.44 por sesión de hemodiálisis, y considerando un número de 230 sesiones. Al respecto, los montos de estas AMC fueron inferiores a las convocadas en el año 2010, debido a que EsSalud en el año 2011 pasó a formar parte del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (en adelante, Fonafe).

---

139 Información proporcionada por EsSalud a la Secretaría Técnica de la Comisión en respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 096-2013/ST-CLC-INDECOPI. Ver fojas 247 a 280 del Expediente. Dicha información ha sido corroborada por la Sala a través del portal web del Seace. Ver: http://prodapp2.seace.gob.pe/seacebus-uiwd-pub/buscadorPublico/buscadorPublico.xhtml#. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

140 Ver foja 288 del Expediente.

243. Paralelamente a las 1,589 AMC realizadas en 2011, ese mismo año EsSalud incrementó sustancialmente sus adjudicaciones directas para la contratación del servicio de hemodiálisis, habiéndose registrado un total de 136,886 de este tipo de contrataciones, siendo los meses de agosto y diciembre los que registraron el mayor número de ellas con 32,683 y 34,549, respectivamente.

244. En el año 2012, EsSalud cambió la modalidad de contratación del servicio de hemodiálisis, siendo las adjudicaciones directas la única forma de contratación, dejando de contratar por medio de AMC como lo había hecho en años anteriores. Así, el número de adjudicaciones directas ascendió a 425,566, habiéndose registrado las mayores contrataciones entre los meses de mayo y diciembre de 2012, con un número de 45 mil adjudicaciones directas en promedio mensual, siendo el valor referencial de S/ 171.44 por sesión de hemodiálisis.

III.4.2 Los procesos de selección materia de investigación efectuados para contratar el servicio de hemodiálisis con reúso de filtro en Lima y Callao por 12 meses

245. Con el objeto de atender a la totalidad de pacientes que requieren el tratamiento de hemodiálisis, el 21 de diciembre de 2010, EsSalud a través del CNSR, convocó el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR para la contratación de dicho servicio en Lima y Callao por un período de 12 meses. El valor referencial para contratar fue de S/ 86,739,950.34, siendo el valor referencial por sesión de S/ 172.89.

246. En este concurso tuvieron la oportunidad de participar todos los centros de hemodiálisis de Lima y Callao. Sin embargo, el 19 de abril de 2011 fue declarado desierto al 100% por el Comité Especial, debido a que no se presentaron los referidos centros de hemodiálisis.

247. El 12 de agosto de 2011, EsSalud convocó a la AMC 1190-2011-ESSALUD/CNSR (AMC1), derivada del Concurso Público declarado desierto en el año 2010. En dicha oportunidad, se consignaron 11 ítems[141], los cuales fueron determinados por EsSalud para Lima y Callao, siendo el período de contratación de 12 meses. Asimismo, el valor total a contratar fue de S/ 86,012,476.64, con un valor referencial por sesión de hemodiálisis de S/ 171.44[142].

---

141 EsSalud desagregó el total de prestaciones del servicio de hemodiálisis requeridas en 11 ítems, denominándolos de la siguiente forma: Centro Callao, Lima Ciudad I, Lima Ciudad II, Lima Ciudad III, Lima Ciudad IV, Lima Ciudad V, Lima Ciudad VI, Lima Ciudad VII, Lima Sur I, Lima Sur II y Lima Este.

142 Debido a la reducción del IGV de 19% a 18% en marzo de 2011, el valor referencial para las AMC convocadas por EsSalud se redujeron de S/ 172.89 a S/ 171.44.

248. En el indicado proceso también tuvieron la oportunidad de participar todos los centros de hemodiálisis de Lima y Callao. Sin embargo, el 27 de setiembre de 2011 fue declarado desierto para 10 de los 11 ítems, siendo parcial la adjudicación del único ítem donde se otorgó la buena pro[143]. De este modo, solo se logró la adjudicación del 2.8% del valor total a contratar.

249. El 2 de diciembre de 2011, EsSalud efectuó la segunda convocatoria de la AMC 1190-2011-ESSALUD/CNSR (AMC2), la cual consideró los mismos 11 ítems, para un período de 12 meses. El valor total de dicha convocatoria ascendió a S/ 83,605,459.04, siendo el valor referencial por sesión de hemodiálisis de S/ 171.44. En este nuevo proceso, los centros tampoco participaron, lo cual motivó que el 19 de diciembre de 2011, se declare desierto al 100%.

250. El 3 de agosto de 2012, EsSalud llevó a cabo la tercera convocatoria de la AMC 1190-2012/ESSALUD/CNSR (AMC3), por un valor total de S/ 85,361,056.64, y al igual que las anteriores, contempló 11 ítems, siendo el valor referencial por sesión de hemodiálisis de S/ 175.04. En este caso, el 27 de agosto de 2011 se declararon desiertos 7 de los 11 ítems convocados y los 4 restantes fueron adjudicados de manera parcial[144]. De este modo, solo se logró la adjudicación del 14.4% del valor total a contratar.

251. Como consecuencia de la declaratoria de desierto de la AMC3, el 24 de octubre de 2012, EsSalud procedió a realizar la cuarta convocatoria de la AMC 1190-2012/ESSALUD/CNSR (AMC4), por un valor total de S/ 73,065,634.44, que contempló los mismos 11 ítems, siendo el valor referencial por sesión de hemodiálisis de S/ 175.04. En este caso, el 22 de noviembre de 2012 se declararon desiertos 7 de los 11 ítems convocados, mientras que 1 ítem fue adjudicado totalmente y los 3 ítems restantes fueron adjudicados de manera parcial.[145] En consecuencia, se pudo adjudicar únicamente el 14.6% del valor total a contratar.

252. A fin de ilustrar lo antes expuesto, el Gráfico 2 consigna las etapas de todos los procesos de selección de gran envergadura convocados para la

---

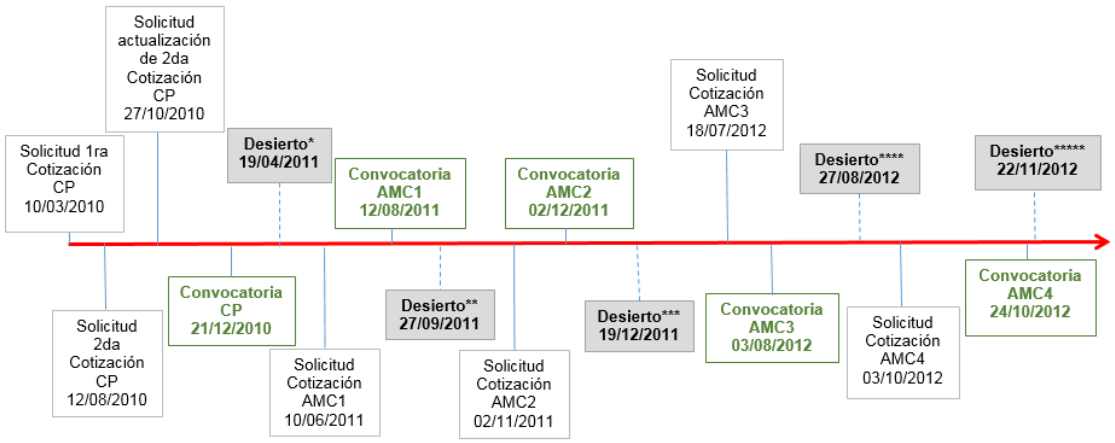
143 El ítem 10 tuvo un valor total de S/ 7,780,804.40 y fue adjudicado al Centro Médico Santa Patricia S.A.C. por S/ 2,407,017.60. Es decir, se adjudicó el 31% del valor total de dicho ítem.

144 En el ítem 2 se adjudicó el 54% del valor convocado; en el ítem 3, el 31% del valor convocado; en el ítem 7, el 43% del valor convocado; y, en el ítem 10, el 45% del valor convocado. Fuente: Información presentada por las partes (ver fojas 9557 a 9558 del Expediente) y verificada por la Sala a través del portal web del Seace. Ver: http://prodapp2.seace.gob.pe/seacebus-uiwd-pub/fichaSeleccion/fichaSeleccion.xhtml?ptoRetorno=LOCAL. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

145 En el ítem 1 se adjudicó el 17% del valor convocado; en el ítem 2, el 100% del valor convocado; en el ítem 4, el 25% del valor convocado; y, en el ítem 5, el 39% del valor convocado. Fuente: Información presentada por las partes (ver fojas 9502 a 9503 del Expediente) y verificada por la Sala a través del portal web del Seace. Ver: http://prodapp2.seace.gob.pe/seacebus-uiwd-pub/fichaSeleccion/fichaSeleccion.xhtml?ptoRetorno=LOCAL. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

prestación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtro durante el periodo 2010–2012. Cabe precisar que, conforme se desarrollará más adelante, todas las convocatorias fueron precedidas por solicitudes de cotizaciones por parte de EsSalud, a efectos de determinar el valor referencial mediante el estudio de posibilidades que ofrece el mercado y finalizaron con la declaratoria de desierto total o parcial de los procesos[146].

Gráfico 2
Flujograma de los procesos investigados, 2010-2012



CP: Concurso Público.
* Quedó desierto en 100%
** Quedó desierto en 97.2%
*** Quedó desierto en 100%
**** Quedó desierto en 85.6%
***** Quedó desierto en 85.4%
Fuente: OSCE y EsSalud (foja 1141 del Expediente)
Elaboración: ST-SDC

III.5 Análisis de la conducta investigada

253. La Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento sancionador contra diversos centros de hemodiálisis y determinadas personas naturales por la presunta realización de un acuerdo de fijación de precios en el mercado de contratación pública del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, con ocasión del Concurso Público y la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4. Según el mencionado órgano instructor, a través de esta conducta colusoria se habría pretendido influenciar en el valor referencial

146 En los casos de declaratoria de desierto parcial, estas fueron bastante significativas debido a que el mayor porcentaje adjudicado fue apenas del 14.6% del valor total a contratar.

determinado por EsSalud, mediante la presentación de cotizaciones[147] con valores concertados.

254. En este contexto, Secretaría Técnica de la Comisión agregó que los centros investigados habrían llevado a cabo las siguientes acciones adicionales para dar mayor efectividad a su conducta colusoria, a fin de compeler a EsSalud a acatar los valores de sus cotizaciones: (i) la abstención conjunta en los procesos de selección de gran envergadura; y, (ii) la presentación de denuncias y observaciones ante EsSalud y OSCE.

255. De este modo, los imputados habrían presentado ante EsSalud cotizaciones con valores consensuados, brindando información del mercado distinta a la existente en un escenario competitivo. En tal sentido, la utilización de esta información por parte de EsSalud habría implicado el incremento del límite superior para la presentación de propuestas económicas (valor referencial), permitiendo a los centros de hemodiálisis incrementar el precio recibido en función a este nuevo valor máximo, materializando el objeto de su presunto acuerdo.

256. Al respecto, la Comisión consideró que a efectos de verificar -a nivel individual- la participación de los centros de hemodiálisis en cada uno de los episodios de la conducta imputada, se debería constatar: (i) la presentación consensuada de cotizaciones, y (ii) la abstención conjunta al proceso de selección analizado. Complementariamente, a criterio de la primera instancia, la presentación de denuncias y observaciones sería un indicio adicional que corroboraría la materialización de la práctica anticompetitiva.

257. Por consiguiente, la Comisión solo sancionó[148] a aquellas empresas que presentaron las mencionadas cotizaciones y a su vez se abstuvieron de participar en los respectivos procesos convocados por EsSalud.

258. De los agentes económicos sancionados, apelaron 31 centros de hemodiálisis y los señores De la Mata y Cesti. Los recurrentes han cuestionado los medios probatorios empleados por la Comisión, señalando que estos no acreditan su participación en la conducta sancionada.

---

147 De acuerdo con lo antes indicado, como parte de los requisitos para convocar el Concurso Público y las AMC derivadas, EsSalud debía realizar un *estudio de posibilidades que ofrece el mercado*, que incluye la solicitud de cotizaciones a los proveedores del servicio de hemodiálisis materia de la convocatoria, de acuerdo con la LCE y RLCE.

148 La Comisión excluyó de la práctica colusoria imputada a los centros Nefro Continente, Cenper, Plusvida, Davita y Renexa en la medida que ellos: (i) no habrían tenido una participación reiterada en la conducta imputada y que a efectos de determinadas convocatorias no siguieron las indicaciones de la Adeceprih acerca de cómo cotizar; o, (ii) no se habrían abstenido en las convocatorias. Asimismo, la Comisión determinó que, en este caso, no correspondía sancionar al señor Barrios.

259. Al respecto, corresponde a la Sala evaluar si los medios probatorios contenidos en el expediente permiten acreditar de manera fehaciente la realización de la conducta anticompetitiva imputada, considerando que, conforme a lo expuesto precedentemente (ver acápite III.3), la autoridad se encuentra habilitada a utilizar la prueba indiciaria para el esclarecimiento de los hechos investigados.

III.5.1 Sobre los requerimientos efectuados por EsSalud para la presentación de cotizaciones a efectos de determinar el valor referencial en el marco de la contratación del servicio de hemodiálisis

260. A decir de los recurrentes, dado que no hubo un consenso de cotizaciones y teniendo en cuenta que EsSalud es quien fija unilateralmente el valor referencial y el precio final en los procesos de selección investigados, resulta imposible que se configure una fijación concertada de precios.

261. Como se ha expuesto en el acápite III.4 de la presente resolución, la solicitud de cotizaciones por parte de la entidad convocante constituye una parte de la Fase de Programación y Actos Preparatorios del Concurso Público y sus AMC derivadas para la elaboración del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, a fin de determinar el valor referencial que se incluirá en las bases de los referidos procesos de selección y proceder a efectuar las convocatorias.

262. En efecto, de la revisión de las solicitudes de cotizaciones efectuadas por EsSalud[149], se observa que dicha entidad requirió a los centros que presenten sus precios unitarios referenciales para la contratación del servicio de hemodiálisis, adjuntando un formato denominado “Declaración Jurada de la Propuesta de Precios Unitarios del Servicio”, e informándoles que dicha solicitud tenía como finalidad poder calcular el valor referencial para la “Contratación de Sesiones Ambulatorias de Hemodiálisis con Reúso – 12 meses”.

263. A modo de referencia, resulta pertinente revisar el requerimiento efectuado con motivo del Concurso Público y el respectivo formato de “Declaración Jurada de la Propuesta de Precios Unitarios del Servicio” (anexo al mismo), que se reproducen a continuación:

149 Ver fojas 1262, 1265, 1293, 1296, 1298, 1310, 1453, 1456, 1502, 1506, 1629, 1630, 1631, 1632, 1633, 1678 a 1679, 1688 a 1689, 1734, 1764 a 1765, 1789 y 1868 del Expediente.

Lima, 12 de Agosto de 2010

Señores:
PROVEEDORES

Presente.-

Asunto: Solicitud de Precios Referenciales

Sirva la presente para saludarlos y hacer de vuestro conocimiento, que el Centro Nacional de Salud Renal requiere calcular el valor referencial para la **"CONTRATACION DE SESIONES AMBULATORIAS DE HEMODIALIS1S CON REUSO - 12 MESES"**, sobre la base de los precios de mercado, teniendo en cuenta los TERMINOS DE REFERENCIA Y EL CRONOGRAMA DE SESIONES MENSUALIZADAS adjuntas en archivo aparte

En este sentido, le solicitamos que nos proporcionen el precio referencial total para la adquisición del servicio mencionado en el formato de Declaración Jurada adjunta (*) teniendo en consideración que la propuesta deberá cumplir como mínimo con las Términos de Referencia de la prestación del servicio, y contener todos los costos que incidan sobre la Base del mismo, en concordancia con el Artículo 13° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: que a letra dice: ... "El valor referencial se calculará incluyendo todos los tributos, seguros, transportes, inspecciones, pruebas y de ser el caso los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente; así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar. Las cotizaciones de los proveedores deberán incluir los mencionados componentes."

Las empresas que estén interesadas en participar como postores en el proceso de selección correspondiente, deberán contar con RNP vigente en el rubro de servicio.

Por lo tanto, les agradeceremos que la información correspondiente sea entregada a la Division de Logistica del Centro Nacional de Salud Renal ubicado en Calle Coronel Zegarra 223-227 Jesús María en el área de Mesa de Partes, a más tardar el día Lunes 16 de Agosto del 2010 (hasta las 15:00 horas); la misma que estimaremos nos la fuera remitida antes del plazo indicado vía correo electrónico esolis@essalud.gob.pe; mretamozo@essalud.gob.pe.
Cualquier información al respecto, favor comunicarse con la señora Mirella Retamozo Cabezas, a la Central 471 9999 - Anexo 1420.
Nota Importante: (*) Los Proveedores que presenten sus cotizaciones deberán contar con la capacidad operativa suficiente que les permita ofertar y brindar con eficiencia la prestación solicitada. Siendo responsable de la Información magnética o física alcanzada a la Entidad.

Agradeciéndoles una vez más su colaboración, quedo de ustedes.

Atentamente,

DIVISION DE LOGISTICA
CENTRO NACIONAL DE SALUD RENAL
ESSALUD

(Subrayado añadido)

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

DECLARACIÓN JURADA DE LA PROPUESTA DE PRECIOS UNITARIOS DEL SERVICIO

Ítem	Descripción del Servicio	Periodo Meses	Cantidad Total de Sesiones Solicitadas	Declaro Contar con la Experiencia correspondiente (Si-No)	Declaro cumplir al 100% lo solicitado en los Términos de Referencia del Proceso (Si-No)	Declaro contar con capacidad técnica y operativa para brindar un servicio óptimo según lo requerido en los términos de Referencia del Proceso (Si-No)	Cuenta con Registro Nacional de Proveedores VIGENTE (RNP) (Si-No)	Capacidad Operativa Máxima de Atención de Sesiones mensual (Indicar el número) (*)	Valor unitario por Sesión S/.
1	**SERVICIO DE SESIONES AMBULATORIAS DE HEMODILIASIS CON REUSO**	**12**						(*) CONSIDERAR UN MÁXIMO DE 03 MÓDULOS Y UN MÁXIMO DE 03 TURNOS	

El precio debe considerar todas las condiciones destablecidad en el Artículo 13° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es decir debe incluir tosos los Tributos, Seguros, Transportes, Inspecciones, Pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la Legislación vigente, asi como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor del servicio a contratar"

Fecha: .....

RAZON SOCIAL	
N° RUC:	
RNP:	
REPRESENTANTE;	
TELEFONO:	
e mail:	
Contacto	

Firma del Representante de la Empresa

Fuente: Fojas 1432 y 1791 del Expediente.
Elaboración: ST-SDC.

264. Cabe señalar que los requerimientos de información de EsSalud fueron remitidos a los diversos centros y que, del tenor de estas comunicaciones, no se observa que la entidad interesada haya solicitado u orientado a los proveedores para que las propuestas de cotización que presenten sean objeto de un consenso o coordinación previa.

265. Asimismo, la solicitud de cotizaciones remitida por EsSalud a los centros de hemodiálisis fue claramente detallada en su contenido y realizada a fin de contribuir al cálculo que dicha entidad debía realizar para la elaboración del estudio de posibilidades de mercado y, de esta forma, determinar el valor referencial de cada proceso de selección.

266. En consecuencia, resulta evidente que el objetivo de EsSalud era que cada uno de los centros –en función de sus propias características– señalara el monto a cobrar por el servicio de hemodiálisis y no que tales agentes económicos presenten una posición concertada de manera colectiva.

267. Por lo tanto, corresponde constatar si, en efecto, la respuesta de los centros de hemodiálisis se dio como resultado de una concertación o de manera autónoma. Para ello, se analizarán los elementos existentes en el expediente, y de esta forma, se verificará si constituyen indicios a partir de los cuales es posible inferir de manera lógica y determinante, la existencia de la practica colusoria imputada.

III.5.2. Evaluación de elementos referidos a la presunta existencia de un consenso entre los centros investigados para la presentación de cotizaciones

268. A continuación, se determinará si las entrevistas y correos electrónicos recabados por la Secretaría Técnica de la Comisión, evidencian la existencia de coordinaciones entre los centros de hemodiálisis para la presentación de cotizaciones homogéneas en los procesos de selección investigados en este procedimiento.

269. Posteriormente, se procederá a evaluar los contraindicios presentados por los apelantes, conforme a lo señalado en el numeral 159 de esta resolución, para ratificar o desestimar la eficacia probatoria de los indicios empleados y, en consecuencia, la validez de la inferencia realizada a partir de ellos.

(i) Entrevistas efectuadas por la Secretaría Técnica de la Comisión

270. En la Entrevista 1, realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión al señor Harold Luis Arce Revilla (en adelante, señor Arce), administrador del Centro Caminos del Inca[150], se observa que dicho entrevistado indicó que, ante la solicitud de envío de estructuras de costos y precios por parte de EsSalud, la Adeceprih requería a los centros que remitieran a dicha asociación la información que estaba solicitando EsSalud, antes de que sea enviada a tal entidad.

271. Asimismo, el mencionado entrevistado manifestó que este requerimiento efectuado por la Adeceprih estaba orientado a lograr un consenso acerca del precio promedio, el cual se encontraba por encima del monto planteado por EsSalud.

Entrevista 1, fragmento 1 – Centro Caminos del Inca (26 de agosto de 2013)

"(…)
Secretaria Técnica de la Comisión: *¿Como empresas primero se reunieron en la asociación para poder ver, uniformizar de repente, la posición sobre la estructura de costos y ahí recién plantearle a EsSalud, o es que la asociación planteó una estructura de costos de manera individual?*

Señor Arce: *Ah no, no, no … cada centro tiene un costo distinto. Entonces EsSalud nos indicaba que por favor emitan sus estructuras de costos. Luego la asociación nos llama que "están pidiendo la estructura de costos, ni bien tengan su estructura de costos mándenos por correo" o si no "hay que reunirnos para ver qué se está indicando". Entonces las clínicas algunas lo hacen otras no, es voluntario. Y, nos reunimos todos, sí.*

Secretaria Técnica de la Comisión: *¿Su empresa presentó?*

150 Ver foja 639 del Expediente.

> ***Señor Arce:*** *En algunas ocasiones sí, en otras no, porque era muy tediosos (sic) otra vez hacer las estructuras de costos. Y ellos piden… mandan el lunes y quieren el miércoles, ¿no? Entonces hay que hacer otras cosas.*
>
> *(…)*
>
> ***Señor Arce:*** *EsSalud, el Centro de Hemodiálisis* [se refiere al CNSR] *te manda un correo en donde dice "bueno, se va a preparar el nuevo concurso público para el año 2011 y solicitamos su estructura de costos".*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *Claro, pero digamos, la asociación les dice a ustedes, está pidiendo esto el Centro de Hemodiálisis* [se refiere al CNSR]*, mándenlo ustedes para yo, supongo que, juntarlos.*
>
> ***Señor Arce:*** *No, para hacer una comparación, o si no* ***nos reunimos para ver cuál es el promedio*** *que se está poniendo, porque hay algunos que pueden poner 140 o 300, exageradamente, por cada prestación.* ***Se trata de llegar a un consenso****. (…)*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *Osea, en la asociación también llegan a una especie de consenso para poder presentar una propuesta a EsSalud.*
>
> ***Señor Arce:*** *Claro, porque a veces EsSalud solo quiere una sola propuesta, o a veces quiere que mande cada centro individualmente. A veces yo como Camino del Inca he mandado mi carta firmada y todo, solo con el precio y cuál es nuestra propuesta de acuerdo a los gastos que tenemos y todas esas cosas, ¿no? Pero también a veces la asociación dice "han pedido un precio, nosotros vamos a mandar el precio" dice la asociación, "vamos a hacer un* ***consenso para ver un promedio****". Tampoco podemos mandar un precio por debajo del mercado. Ellos se mandan un precio* (sic)*. La asociación ya se encarga de eso, ¿no?, del precio. Hemos mandado varias cartas, lo manda el señor De la Mata que es el presidente (…). Sí, efectivamente le planteamos ese precio y* ***EsSalud plantea como siempre un precio menor****. Se trata de llegar a un equilibrio (…)"*
>
> (Énfasis y subrayado agregados)

272. De este fragmento de la entrevista, se puede apreciar, además, que el señor Arce alude a la existencia de varias reuniones entre diversos centros de hemodiálisis para llegar a un consenso respecto al valor a ser presentado en los precios referenciales (cotizaciones) requeridos por EsSalud, ya sea estableciendo el valor del precio referencial (cotización) a través de un promedio; o, definiendo conjuntamente la estructura de costos que sustentaba el valor a ser presentado en dicha cotización.

273. En la Entrevista 2, realizada por la Secretaría Técnica al señor Otilio Fredy Gonzales Carreño (en adelante, señor Gonzales), contador general de la

empresa Salud Renal[151], se observa que el entrevistado manifiesta que las estructuras de costos que sustentan y dan como resultado los valores referenciales de sus precios (cotizaciones) se habrían establecido en el marco de la Adeceprih. En esta línea, señala que: (i) el valor de dichas cotizaciones tomaría como referencia para su determinación los montos pagados en provincias, fuera de Lima y Callao, y (ii) la práctica de enviar valores de cotización establecidos conjuntamente, se habría realizado cada vez que EsSalud convocaba un proceso de selección.

Entrevista 2, fragmento 1 – Salud Renal (26 de agosto de 2013)

"(…)
Secretaría Técnica de la Comisión: *Ahora, también teníamos información de que, en el año 2012, en marzo de 2012, ustedes a través de esta asociación, habían remitido unos valores referenciales a EsSalud.*

Señor Gonzales: *Claro, justo por eso te hacía referencia que a través de la asociación toda clínica ha remitido valores referenciales. Los han hecho en conjunto y han sido recepcionados por la* (sic) *parte de EsSalud. Porque el mismo EsSalud envió un correo donde tenías que responder por qué no acudí* (sic) *a la licitación del 2011.*
(…)
Secretaría Técnica de la Comisión: *¿Entonces, a través de la asociación se respondió?*

Señor Gonzales: *A través de la asociación e individualmente. Porque, qué pasa, EsSalud envió a cada clínica una respuesta individual. Entonces, lo único que se hizo fue adjuntar los costos que se han tomado en la reunión de asociación.*

Secretaría Técnica de la Comisión: *Y* ***esta práctica de enviar estos valores referenciales ¿ha sido la primera vez que se ha hecho, o ya en otras ocasiones?***

Señor Gonzales: ***Cuando hay licitaciones se hace esta práctica****.*

Secretaría Técnica de la Comisión: ***Y para determinar este valor referencial****, no sé si usted tiene esta información:* ***¿la asociación solicitó algún tipo de estructura de costos?***

Señor Gonzales: ***Sí, osea generaliza a nivel de todas****. Este documento, la presentación, la tiene el señor Quiroz.*

Secretaría Técnica de la Comisión: *¿A través de un correo o una comunicación oficial?*

151 Ver foja 631 del Expediente.

Señor Gonzales: *No. O es correo, o es directo personal, con sello de recepción.*

(…)"

(Énfasis y subrayado agregados)

274. Lo antes transcrito refleja que diversos centros de hemodiálisis habrían procedido, previamente a cada proceso de selección convocado por EsSalud, a determinar el precio referencial a ser presentado, consensuando mediante reuniones de la Adeceprih, los costos que sustentarían sus valores de cotización. Estas afirmaciones concuerdan con lo expresado en la Entrevista 1, en la cual el señor Arce también mencionó la existencia de reuniones en las cuales los centros de hemodiálisis habrían determinado tanto los valores de los precios referenciales a presentar como los costos que sustentaban dichas cotizaciones.

275. En la Entrevista 3 realizada por la Secretaría Técnica al señor Jorge Arturo Alfaro Muñoz (en adelante, el señor Alfaro), administrador de la empresa Nephro Care[152], el entrevistado indicó que EsSalud no solicita a los centros sus estructuras de costos sino sus precios referenciales. Asimismo, afirmó que las estructuras de costos de los centros de hemodiálisis eran conjuntamente evaluadas por el representante legal de la Adeceprih (Bafur) y que, en función de dicho análisis, se remitía el precio referencial a EsSalud.

Entrevista 3 – Nephro Care[153] (3 de junio de 2014)

"(…)
Secretaría Técnica de la Comisión: *¿Con relación al requerimiento que se le presentó en la Carta 371-2014, podría explicarnos un poco a qué se debe el motivo por el que no pueda presentarnos las estructuras de costos?*

Señor Alfaro: *Ya, voy a ser breve. El punto número uno, nosotros no manejamos estructuras de costos. Como te dije en un inicio, EsSalud no nos solicita estructuras de costos según las cartas, sino lo que nos solicita son precios referenciales.* ***Las estructuras de costos son conjuntamente evaluadas y están diseñadas por nuestro estudio de abogados como asociación*** *de clínicas del Perú.* ***Eso lo manejan ellos y en base a eso***

152 Ver foja 1959 del Expediente.

153 Mediante la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión determinó que Nephro Care incurrió en la infracción materia del presente procedimiento (práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación de precios destinada a incrementar el valor referencial en el Concurso Público, la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4). Cabe señalar que, en la medida que dicho centro de hemodiálisis no impugnó este extremo de la decisión de la Comisión, el mismo ha quedado firme respecto a tal imputado.

> ***nosotros emitimos nuestro precio referencial***. *Nosotros no hacemos estructuras de costos.*
> *(…)*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *Ya, en todo caso ¿no puede presentar las cotizaciones porque eso no lo determina usted de manera individual sino la asociación?*
>
> ***Señor Alfaro:*** *Claro. Sí.* ***En base a los estudios que hace nuestro abogado. De nuestra asociación.***
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *¿Qué abogado es?*
>
> ***Señor Alfaro:*** *Barrios y Fuentes*
> *(…)*
>
> ***Señor Alfaro:*** *(…) en las cartas de Essalud está "precio referencial", no nos piden estructuras de costos.*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *¿****Y para hacer ese precio, ustedes se reúnen con la asociación*** *o la asociación se los manda?*
>
> ***Señor Alfaro:*** *Este…no,* ***es un trabajo en conjunto*** *que hace la asociación. Eso es lo que yo entiendo, que es un trabajo conjunto, sí.*
> *(…)"*
>
> (Énfasis y subrayado agregados)

276. Las afirmaciones vertidas en esta entrevista concuerdan con lo manifestado en las Entrevistas 1 y 2, evidenciando la existencia de un consenso entre los centros de hemodiálisis para la presentación de precios referenciales (cotizaciones) homogéneos, como resultado de una coordinación entre la Adeceprih y dichos centros para la fijación de una estructura común de costos.

277. Estas afirmaciones, a su vez, guardan relación con lo manifestado por la señora Rocío Huamán, representante de los centros Cenesa, Benedicto XVI, San Juan Masías, Villa María, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, San Fernando, San Camilo, Santa Ana, San Ignacio y Santa Elena, en el informe oral realizado el 15 de diciembre de 2015, quien señaló que "*solamente se coordinó un tema de estructuras de costos, siendo imposible que haya habido una fijación, ya sea directa o indirecta*"[154] y las afirmaciones realizadas por Cenper y Centro Cono Norte en sus alegaciones al Informe

[154] Minutos 24:51 a 25:01 del informe oral del 15 de diciembre de 2015.

Técnico de la Secretaría Técnica, refiriendo que: *"(…) lo que se coordinó fue una estructura común de costos (…)"*[155].

278. En el mismo sentido, en el informe oral realizado el 20 de diciembre de 2017, el representante[156] de los centros Santa Ena, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Salud Renal, Pronefros, Centro Callao y de la sucesión procesal del señor De la Mata, afirmó lo siguiente: "*(…) es más, en los correos se menciona concertación; es cierto, pero de cotizaciones no de precios (…) más no ha habido concertación de precios, ha habido concertación de cotización."*[157].

279. Por consiguiente, lo afirmado de forma concordante por los entrevistados y los representantes de los centros de hemodiálisis en los informes orales, permite a esta Sala establecer de manera indiciaria que, para la presentación de los valores de cotización requeridos por EsSalud, los diversos centros habrían coordinado la determinación de sus precios referenciales, empleando una cotización promedio, establecida de forma conjunta a partir de las estructuras de costos de dichas empresas.

(ii) Correos electrónicos relacionados al Concurso Público

280. Los correos 1 y 2[158] contienen convocatorias con carácter de urgencia que remitió la Adeceprih a los centros de hemodiálisis para reunirse dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud de cotizaciones enviada por EsSalud el 12 de agosto de 2010 en el marco del Concurso Público, a fin de tratar como único punto de agenda la solicitud de dichas cotizaciones.

Correo 1 – Jueves 12 de agosto de 2010

*"**Asunto: Reunión 13/08***

Señores:
Centros de Dialisis
***Se cita con carácter de urgencia a todos los Centros de Diálisis, Asociados y no Asociados**, a la reunión que se llevara a cabo el Viernes 13/08 a las 8:00pm (Hora exacta).*
Lugar : Clínica Santa Lucia
*Asunto : **Concurso Público (COTIZACIONES)***

155 Ver fojas 11267 y 11283 del Expediente.

156 El representante de dichos imputados en el informe oral llevado a cabo ante la Sala fue el señor Miguel Fernández Stoll.

157 Minutos 42:50 a 42:56 del informe oral del 20 de diciembre de 2017.

158 Ver foja 824 del Expediente

ADECEPRIH"

(Énfasis y subrayado agregados)

Correo 2 – Jueves 12 de agosto de 2010

*"**Asunto: Reunión ADECEPRIH***

Señores:
Centros de Dialisis (sic)
***Se cita con carácter de urgencia a <u>todos</u> los Centros de Diálisis**, **<u>Asociados y no Asociados</u>**, a la reunión que se llevara a cabo el Viernes 13/08 a las 8:00pm (Hora exacta).*
Lugar : Clínica Santa Lucia
*Asunto : **Concurso Público (COTIZACIONES)***

ADECEPRIH
Por favor confirmar asistencia a este mismo correo."

(Énfasis y subrayado agregados)

281. A partir de dichas comunicaciones, se observa lo siguiente: (i) se menciona expresamente que se tratará el tema de las cotizaciones solicitadas por EsSalud, como único punto de agenda; (ii) la convocatoria se realiza dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; (iii) la fecha de la reunión corresponde al día hábil siguiente; y, (iv) los centros de hemodiálisis habrían coordinado sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reunión realizada.

282. Posteriormente, el 27 de octubre de 2010, EsSalud requirió a los centros de hemodiálisis una actualización de las cotizaciones enviadas en agosto de 2010[159]. En dicho contexto, ese mismo día y al día siguiente, la Adeceprih remitió las siguientes comunicaciones electrónicas[160]:

Correo 3 – Miércoles 27 de octubre de 2010

*"**Asunto: REUNION DE URGENCIA***

SEÑORES ASOCIADOS
REUNION CON CARACTER DE URGENCIA
TEMA.- T A R I F A S

159 Ver foja 1141 del Expediente.

160 Ver foja 824 del Expediente.

(COTIZACION DE TARIFAS DE CONTRATACION DE 12 MESES CON REUSO)
NO DEJES DE ASISTIR
HOY MIERCOLES 27 EN LA CLINICA
SANTA LUCIA A LAS 8 PM
LA DIRECTIVA DE LA ASOCIACION"

(Énfasis agregado)

Correo 4 – Jueves 28 de octubre de 2010

"Asunto: ADECEPRIH

SEÑORES ASOCIADOS

EL ESTUDIO BARRIOS NOS RECOMIENDA NO DEJAR DE COTIZAR ***DEBEMOS PRESENTARNOS CON LA MISMA TARIFA DEL MES DE AGOSTO*** *SE DEBE LLENAR EL FORMATO DE DECLARACION JURADA EN LA COLUMNA A QUE SE HACE REFERENCIA A:*
"DECLARO CUMPLIR AL 100% LO SOLICITADO EN LOS TERMINOS DE LA REFERENCIA DEL PROCESO SI - NO"

EN ESA COLUMNA SE COLOCA NO - VER ANEXO 1 ADJUNTO

EL ANEXO 1 DETALLA LAS RAZONES POR LAS CUALES NO ESTAMOS DE ACUERDO CON CUMPLIR CON EL 100%

EL ANEXO 1 DEBERA ESTAR SELLADO Y FIRMADO AL IGUAL QUE LA DECLARACION JURADA»

(Énfasis agregado)

283. De manera similar a los correos 1 y 2, en el correo 3 se puede apreciar que la Adeceprih realizó una convocatoria con carácter de urgencia para reunirse con los centros de hemodiálisis dentro de las 24 horas que EsSalud solicitó una actualización de las cotizaciones, teniendo la reunión como único punto de agenda las cotizaciones requeridas para el cálculo del valor referencial a ser utilizado en el Concurso Público.

284. Asimismo, en el correo 4 se aprecia que la Adeceprih dio una instrucción a los centros investigados para que, con motivo del requerimiento realizado por EsSalud horas antes, presenten como valor en sus cotizaciones, el mismo monto consignado en el mes de agosto de 2010 (fecha en la que también EsSalud requirió cotizaciones), señalando que incluso con dicho valor de cotización no podían cumplir con los términos de referencia al 100%. Adicionalmente, de manera similar al primer requerimiento, de acuerdo con la información proporcionada por EsSalud, los centros de

hemodiálisis presentaron sus cotizaciones en fechas posteriores a la reunión que habrían mantenido para tratar el tema de las cotizaciones solicitadas[161].

285. Por lo tanto, a partir de las comunicaciones descritas, se comprueba la existencia de un grado de coordinación entre todos los centros de hemodiálisis, actuando conjuntamente a través de la Adeceprih (pese a que no todos los centros hubieran formado parte de dicha asociación), para mantener el monto de las cotizaciones que habrían sido previamente consensuadas, e incluso manifestar su discrepancia con los términos de referencia del proceso de selección.

(iii) Correo electrónico relacionado a la AMC1

286. Del correo 5, mostrado a continuación, se puede apreciar el mismo día en que EsSalud solicitó las cotizaciones[162], la Adeceprih realizó una convocatoria a todos los centros (asociados y no asociados a la Adeceprih) para reunirse el día hábil siguiente, señalando temas de "interés general". Sobre el particular, según información proporcionada por dicha entidad[163], los centros investigados remitieron sus cotizaciones de manera posterior a la reunión.

Correo 5[164] – Viernes 10 de junio de 2011

*"**Asunto: REUNION***
Srs CENTROS DE DIALISIS
SE CONVOCA A REUNION GENERAL EL DIA LUNES 13 DE JUNIO A HORAS 8:00 p.m. EN LA CLINICA SANTA LUCIA, PARA TRATAR LA SIGUIENTE AGENDA:

AGENDA
- INFORME DE APP
- INFORMES GENERALES DE INTERES
SE ESPERA LA ASISTENCIA MASIVA DE LOS REPRESENTANTES ASOCIADOS Y NO ASOCIADOS PARA EVALUAR LOS INFORMES RESPECTIVOS
ATENTAMENTE

*LA DIRECTIVA ADECEPRIH***"**

161 Ver Disco Compacto, que consta a fojas 1141 del Expediente.

162 Ibidem.

163 Ibidem.

164 Ver foja 824 del Expediente.

(Énfasis y subrayado agregados)

287. De este modo, en dicho correo se observan las mismas características que tuvieron las coordinaciones referidas al Concurso Público, a saber: (i) convocatoria a reunión entre todos los centros de hemodiálisis, realizada dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; y (ii) fecha de la reunión convocada correspondiente al día hábil siguiente del requerimiento de cotización.

288. En consecuencia, considerando el contenido del correo 5 y habiendo verificado la información brindada por EsSalud acerca de que los centros investigados remitieron sus cotizaciones de manera posterior a la reunión convocada en el mencionado correo[165], se aprecia que los centros imputados habrían coordinado a través de la Adeceprih el envío de sus cotizaciones, lo cual a juicio de esta Sala brinda indicios de una actuación uniforme con respecto a la formación consensuada de los precios del servicio de hemodiálisis.

(iv) Correo electrónico relacionado a la AMC2

289. El correo 6, enviado por la Adeceprih a distintos centros de hemodiálisis, contiene indicaciones realizadas al día siguiente de que EsSalud requiriera a los centros investigados cotizar el servicio de hemodiálisis (2 de noviembre de 2011), con el objeto de que se mantuviera la posición conjunta mostrada respecto a la presentación de las cotizaciones del servicio de hemodiálisis.

290. En este caso, si bien no se han encontrado correos que evidencien reuniones de coordinación, también se observan algunas de las características presentadas en las coordinaciones efectuadas en el marco de los procesos de selección previos: (i) correo remitido por la Adeceprih a los centros dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; y, (ii) los centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a la instrucción realizada.

Correo 6[166] – Jueves 3 de noviembre de 2011[167]

"Asunto: ***ESTUDIO DE MERCADO SEGUNDA CONVOCATORIA***

---

165 Sobre este punto se ha verificado que todos los centros que remitieron sus cotizaciones a EsSalud para la AMC1, lo realizaron a partir del 14 de junio de 2011, es decir, un día después de celebrada la reunión convocada por la Adeceprih.

166 Ver foja 824 del Expediente.

167 El 2 de noviembre de 2011, EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

SRS CENTROS DE DIALISIS

ESSALUD HA SOLICITADO COTIZACION DE PRECIOS PARA LA SEGUNDA CONVOCATORIA DE MENOR CUANTIA POR 12 MESES, ***POR ELLO DEBEMOS PRESENTAR LA COTIZACION SIENDO COHERENTES EN NUESTRA ACTITUD***

CUALQUIER CONSULTA RESPECTO DE TEMAS VARIOS LLAMAR A LOS CONTACTOS RESPECTIVOS.

ATTE
ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

291. Asimismo, cabe precisar que la frase "*siendo coherentes con nuestra actitud"*, denota una posición grupal que alude a lo señalado en anteriores comunicaciones, las cuales como se ha visto, estaban vinculadas a la uniformización de las cotizaciones presentadas con motivo del Concurso Público y la AMC1.

(v) Correos electrónicos relacionados a la AMC3

292. Los correos 7 y 8 muestran comunicaciones enviadas por la Adeceprih a distintos centros, dándoles indicaciones respecto a las cotizaciones requeridas por EsSalud en el marco de la AMC3.

293. Mediante el correo 7, enviado el mismo día en que EsSalud solicitó las cotizaciones antes indicadas[168], la Adeceprih indicó a los centros lo siguiente: (i) cuál debía ser la respuesta respecto de las abstenciones a la AMC2, trayendo a colación las razones por las cuales no se presentaron a tal proceso de selección; y, (ii) el nivel del precio referencial que debían remitir en respuesta a lo solicitado por EsSalud, el mismo que podía ser mayor al enviado previamente. Además, en el correo 8, enviado el día siguiente del referido requerimiento, la Adeceprih indicó a los centros investigados que debían remitir cotizaciones con montos iguales o mayores a los enviados en anteriores ocasiones.

Correo 7[169] – Miércoles 18 de julio de 2012[170]

"Asunto: CARTA CIRCULAR Y PRECIO REFERENCIAL

168 Carta Circular N°003-DL-OA-CNSR-ESSALUD-2012. Ver foja 1141 del Expediente.

169 Ver foja 824 del Expediente.

170 El 18 de julio de 2012, EsSalud requirió a los centros cotizar el servicio de hemodiálisis.

SEÑORES PROPIETARIOS :

SE LES COMUNICA QUE EL CNSR- ESSALUD CON LA CARTA CIRCULAR Nro 0002-DL-OA-CNSR-ESSALUD 2012 ESTA SOLICITANDO LOS MOTIVOS POR LA CUAL NO NOS PRESENTAMOS AL PROCESO AMC-11902011(ESSALUD/CNSR (1195M11902) SE LES RECUERDA FUE POR TENER EL PRECIO REFERENCIAL BAJO Y QUE NO CUBRIAN NUESTROS COSTOS OPERATIVOS Y ALZA DE INSUMOS (SE HABIA ANUNCIADO EL AUMENTO DEL SUELDO MINIMO VITAL).

TAMBIEN ESTAN SOLICITANDO PRECIO REFERENCIAL NO SE OLVIDEN QUE EL ULTIMO QUE ENVIARON PUEDE SER MAS, ESTE PRECIO LO PUEDE TOMAR ESSALUD PARA PROMEDIAR CON LOS QUE TIENEN
POR RECOMENDACION DEL DR. BARRIOS LOS DOS PEDIDOS DE ESSALUD ENVIARLO POR CORREO Y TAMBIEN LLEVARLO FISICAMENTE.

LA DIRECTIVA-ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

Correo 8[171] **– Jueves 19 de julio de 2012**

*"**Asunto: CARTA CIRCULAR Y PRECIO REFERENCIAL***

Señores
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

***Nuestro abogado manifiesta que no debemos olvidar que la cotización que hicimos la vez pasada (diciembre) fue una declaración jurada, por tanto debemos declarar en esta oportunidad el mismo monto o más**, por lo que podríamos tener problemas de tipo legal ante la OSCE.*

ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

294. En consecuencia, si bien no se han encontrado correos donde la Adeceprih haya convocado a reunión con los centros (como en el caso del Concurso Público y la AMC1), sí se evidencia una instrucción clara de mantener la estrategia de presentación de cotizaciones concertadas con el objetivo de incrementar el valor referencial de EsSalud. Asimismo, se observan las

171 Ver foja 814 del Expediente.

otras características que identifican la actuación de las empresas imputadas durante el Concurso Público y la AMC1 y AMC2: (i) correo remitido por la Adeceprih a los centros dentro de las 24 horas posteriores al requerimiento de cotización de EsSalud; y, (ii) los centros de hemodiálisis presentaron sus cotizaciones con posterioridad a la instrucción realizada.

(vi) Correos electrónicos relacionados a la AMC4

295. De la lectura del correo 9, se aprecia que el señor Cesti, entonces vicepresidente de la Adeceprih y gerente del Centro Cono Norte, informó al señor Barrios, entonces abogado de la referida asociación, acerca de una reunión con los centros de hemodiálisis, a realizarse el viernes 5 de octubre de 2012; preguntándole qué precio deberían tener las cotizaciones que envíen:

Correo 9[172] **– Jueves 4 de octubre de 2012**

"***De: Aurelio Cesti*** *(…)*
Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 12:41 PM
Para: Raúl Barrios Fernandez-Concha *(…)*
Asunto: Reunión asociación centros de hemodiálisis

Raul (sic)*:*
Este viernes tenemos reunión los centros a las 8PM tenemos que indicarles si mandamos cotizaciones o no que (sic) ***precios mandamos? Igual al anterior?***
Podrías orientarnos?
Hoy tenemos reunión con Luis Puglianini a las 3PM hora peruana.
9PM hora en europa,através de El podrías orientarnos (sic)*.*
Gracias
Saludos
Aurelio Cesti
Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel"

296. Esta comunicación refleja que ante las solicitudes de cotizaciones por parte de EsSalud un día previo[173], diversos centros de hemodiálisis acordaron reunirse de manera inmediata a fin de determinar las acciones a ejecutar frente a dichos requerimientos, acordando si enviarían o no las cotizaciones y cuál sería el valor que correspondería a las mismas. Esta evidencia es concordante con los fragmentos de las entrevistas 1, 2 y 3, las cuales recogen diversas declaraciones que daban a entender que el valor de las

172 Ver foja 814 del Expediente.

173 Carta Circular N°06-DL-OA-CNSR-ESSALUD-2012. Ver foja 1141 del Expediente.

cotizaciones era consensuado en el marco de las reuniones de la Adeceprih.

297. En el correo 10 mostrado a continuación, el señor Barrios da respuesta al correo del señor Cesti, indicándole que deberían seguir con la *"misma estrategia"* y cotizar como siempre, pues de acuerdo con el RLCE, EsSalud estaría obligado a tomar en cuenta las cotizaciones enviadas. Por tanto, esta comunicación muestra el asesoramiento e instrucciones transmitidas por el señor Barrios con respecto al valor de las cotizaciones que los centros de hemodiálisis debían remitir a EsSalud y la participación del señor Cesti.

Correo 10[174] **– Jueves 4 de octubre de 2012**

> *"**De: Raúl Barrios Fernandez-Concha** (…)*
> *Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 17:53:28*
> ***Para: Aurelio Cesti** (…)*
> ***Asunto: Re: Reunión asociación Centros de hemodiálisis***
>
> *Aurelio, **no te preocupes seguimos con la misma estrategia cotizamos como siempre y con el nuevo reglamento están*** (sic) ***obligados a tomar las cotizaciones** porque lo dice expresamente.*
> *Saludos*
> *Raúl"*

298. Adicionalmente, mediante el correo 11, el señor Cesti reenvía el correo 10 al señor De la Mata, entonces presidente de la Adeceprih, poniéndolo en conocimiento de las indicaciones planteadas por el señor Barrios.

Correo 11[175] **– Jueves 4 de octubre de 2012**

> *"**De: Aurelio Cesti** (…)*
> *Enviado el: jueves, 04 de octubre de 2012 13:14 PM*
> *(…)*
> ***Asunto: RV: Reunión asociación centros de hemodiálisis***
>
> *Lean lo que dice Raul*
> *Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel"*

299. Esta comunicación va en la misma línea de lo manifestado en las Entrevistas 1 y 2, con respecto a la existencia de una estrategia de cotización consensuada por parte de diversos centros de hemodiálisis cada vez que EsSalud preparaba un proceso de selección.

174 Ver foja 814 del Expediente.

175 Ibidem.

300. Posteriormente, en el correo 12 del 4 de octubre de 2012, se observa que luego de las comunicaciones entre el señor Barrios, Cesti y De la Mata, desde la cuenta de correo de Adeceprih, se convoca a los centros de hemodiálisis a una reunión para el día siguiente, donde se tratarían distintos puntos de interés.

Correo 12[176] **- jueves 4 de octubre de 2012**

*"**Asunto: REUNION URGENTE***

SEÑORES
CENTROS DE DIALISIS
PRESENTE. -

SE INVITA, CON CARACTER DE URGENCIA, A TODOS LOS CENTROS DE DIALISIS A LA REUNION QUE SE LLEVARÁ A CABO EL DIA VIERNES 05 DE OCTUBRE A LAS 8:00PM**. HORA EXACTA, EN LA CLINICA SANTA LUCIA, **EN LA QUE TRATAREMOS PUNTOS QUE NOS INVOLUCRAN RESPECTO A NUESTRA PROBLEMÁTICA

ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

301. El análisis conjunto de los correos 9, 10, 11 y 12, muestra que las reuniones convocadas habrían estado destinadas a que los distintos centros de hemodiálisis recibieran indicaciones respecto a cómo cotizar, para mantener la estrategia que venían desarrollando desde la preparación del Concurso Público.

302. En el correo 13 del 4 de octubre de 2012, se observa que el señor Cesti solicita al señor Luis Estrada Anicama, entonces Presidente del Directorio del centro Ceer[177], que envíe a José Velásquez, apoderado de San Marcelo, la estructura de costos respectiva para que éste fije su cotización en S/ 255.00 para el viernes, día en que se llevaría a cabo la reunión entre los centros de hemodiálisis (comunicada en el correo 12).

Correo 13[178] **- jueves 04 de octubre de 2012**

"De: Aurelio Cesti (…)

176 Ver foja 2111 del Expediente.

177 Dado que el correo fue remitido a la dirección de correo del centro Ceer, se entiende que la mención a "Lucho" hace referencia al señor Luis Estrada Anicama.

178 Ver foja 814 del Expediente.

(…)
Enviado el: jueves 04/10/2012 01:30 p.m.
Asunto: Estructura de costos

Lucho:
Por favor enviale la estructura de costos de essalud (sic) ***a Jose Velasquez. Él la va*** (sic) ***mejorar a 255 para el viernes****, Si puedes también la que dejo la Sra.Alferez.*
Gracias
Aurelio Cesti
Enviado desde mi BlackBerry® de Nextel"

(Énfasis agregado)

303. Esta comunicación concuerda con la estrategia de cotización referida en las entrevistas 1, 2 y 3, en donde se menciona que los centros de hemodiálisis habrían coordinado en diversas oportunidades la realización de estructuras de costos que servirían como referencia para el valor a ser cotizado (por ejemplo, al proponer un monto de S/ 255.00 soles); en lugar de que cada centro evalúe, individualmente, sus costos, margen de utilidad e impuestos implicados en la actividad.

(vii) <u>Conclusiones respecto a los medios probatorios evaluados</u>

304. Lo antes señalado ha puesto en evidencia la manera en la cual se ejecutaba la conducta colusoria, dinámica que se basaba principalmente en que en un momento previo a la presentación de las cotizaciones, se impartían instrucciones sobre cómo presentarlas.

305. Cabe mencionar que la existencia de un consenso para la presentación de precios referenciales (cotizaciones) homogéneos en los procesos de selección investigados, tenía la potencialidad de afectar los valores referenciales determinados por EsSalud a partir del "*estudio de posibilidades que ofrece el mercado*"[179] –y de esta forma– incidir indirectamente en el precio del servicio.

306. Del análisis antes expuesto, este Colegiado observa que, a pesar de proceder de diversas fuentes y estar referida a diferentes momentos de la investigación, la información recabada concuerda en los siguientes puntos: (i) las convocatorias a reunión fueron realizadas dentro de las 24 horas posteriores a los requerimientos de cotización de EsSalud; (ii) se dieron

[179] Según se ha detallado en el acápite III.4 de la presente resolución, dicho estudio podría considerar, entre otras fuentes, la información proveniente de agentes económicos que se dediquen a las actividades materia de la convocatoria, lo cual incluye: (i) presupuestos y cotizaciones actualizados; (ii) precios históricos; (iii) estructuras de costos; entre otros.

instrucciones sobre cómo cotizar por medio del uso de correos electrónicos o se llevaron a cabo reuniones para dar las instrucciones al respecto; y, (iii) los centros imputados presentaron sus cotizaciones con posterioridad a las indicaciones o reuniones realizadas.

III.5.3 Evaluación respecto a la presentación de cotizaciones homogéneas

307. La Comisión determinó que 34 empresas (de las 39 originalmente imputadas) eran responsables por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, para elevar el valor referencial de los procesos investigados. De estas 34 empresas sancionadas, solo 31 centros apelaron[180] la decisión de la Comisión, argumentando que no existirían pruebas de su participación individual en la conducta imputada.

308. A efectos de analizar el grado de homogeneidad de las cotizaciones, es necesario tener en cuenta el nivel de consenso de los centros de hemodiálisis que participaron de la práctica colusoria, lo cual incluye a los recurrentes y los centros sancionados que no apelaron la decisión de la Comisión, pues estos últimos ya han sido declarados infractores por formar parte de la práctica colusoria evaluada en este caso.

309. De este modo, corresponde verificar si además de los elementos antes señalados (que dan cuenta de las reuniones y la actuación de coordinación de la asociación), existen indicios suficientes que evidencien la participación de los recurrentes en tales actos colusorios dirigidos al establecimiento de cotizaciones concertadas, a fin de incrementar el valor referencial de los procesos de contratación pública cuestionados.

310. En primer lugar, se debe considerar que, tal como ha sido evidenciado en los correos que dan cuenta de las convocatorias a reuniones y demás coordinaciones, estas comunicaciones fueron dirigidas desde la Adeceprih a todos los centros de hemodiálisis. Por ende, los centros apelantes se encontraron expuestos a las indicaciones realizadas desde la mencionada asociación y tuvieron conocimiento de la celebración de las reuniones antes indicadas, así como los temas a abordar, lo cual evidentemente constituye un elemento relevante pasible de influir en su comportamiento.

311. De otro lado, si bien no existen documentos que en efecto señalen de forma expresa la aceptación de los centros apelantes respecto del acuerdo, esto solamente significa que no hay prueba directa. No obstante, como ya se ha

[180] Los centros Nephro Care, Santa Anita e Inversiones Trujillo fueron sancionados por la Comisión, pero no presentaron recurso de apelación. En tal sentido, en este acápite también se considerarán los datos de dichos centros, al tratarse de agentes económicos que cuentan (a la fecha) con un pronunciamiento firme determinando su responsabilidad.

indicado, resulta legítima la aplicación de los indicios (entre los cuales, están los de corte económico), que denoten la eventual participación de los centros en la práctica colusoria.

312. Por lo tanto, a continuación, se evaluarán los datos del expediente, a fin de determinar si es posible colegir válidamente que las cotizaciones presentadas por los recurrentes guardan concordancia con las indicaciones de la Adeceprih y, por ende, responden a una conducta concordada y no propia de cada uno de ellos.

313. La Tabla 1 muestra los promedios de las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis en cada proceso convocado por EsSalud. A partir de dichos promedios se observa que -de forma sostenida- ellos se encontraban significativamente por encima del valor referencial vigente al momento en que las empresas respondieron los requerimientos de información de sus cotizaciones en el marco del Concurso Público y sus AMC Derivadas. En efectos, existió un sobreprecio[181] de 57.5% en el Concurso Público, 42.9% en la AMC1, 44.4% en la AMC2, 47.5% en la AMC3 y 43.4% en la AMC4, como se muestra a continuación:

Tabla 1
Sobreprecio de las cotizaciones en los procesos investigados

Indicadores	CP*	AMC1	AMC2	AMC3	AMC4
N° de centros sancionados que presentaron cotizaciones	32	29	32	29	25
Promedio de cotizaciones de los centros sancionados	S/. 272.4	S/. 247.0	S/. 247.6	S/. 252.9	S/. 251.0
Valor referencial de EsSalud (proceso previo)	S/. 172.9	S/. 172.9	S/. 171.4	S/. 171.4	S/. 175.0
Sobreprecio promedio	**57.5%**	**42.9%**	**44.4%**	**47.5%**	**43.4%**

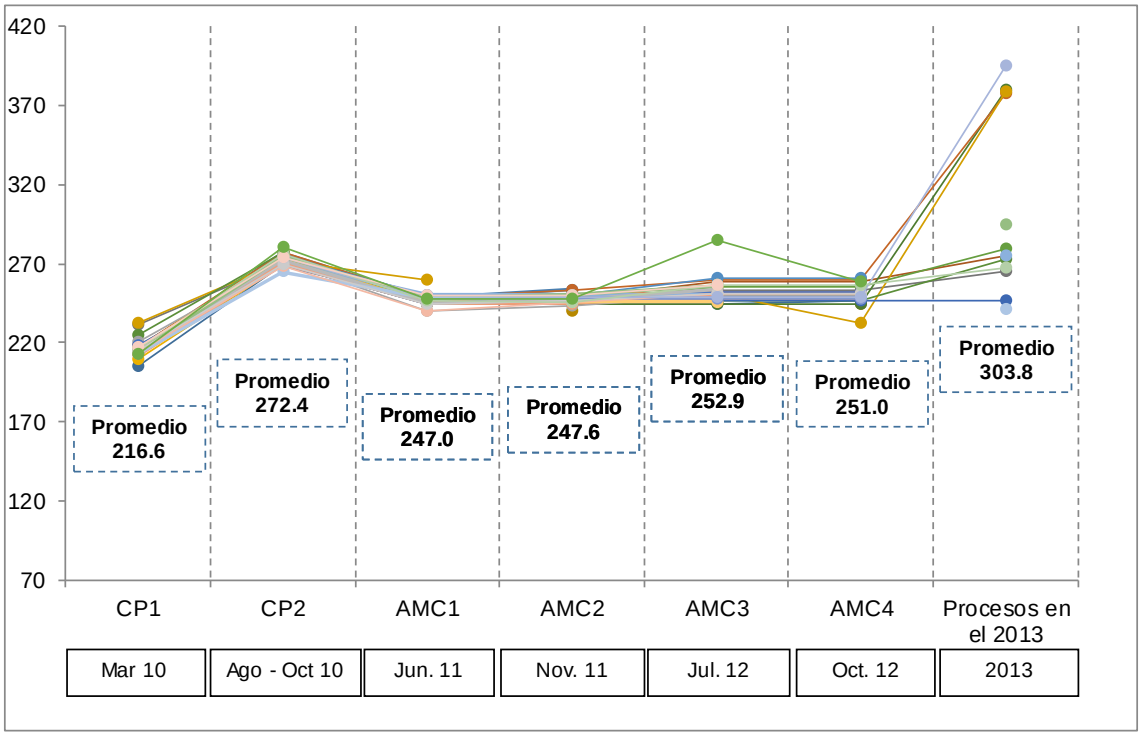
*El valor referencial vigente en el momento de la convocatoria al CP es el indicado mediante Carta 858-CNSR-ESSALUD-2009 del 18 de agosto de 2009.
Fuente: Seace y EsSalud.
Elaboración: ST-SDC.

314. En el siguiente gráfico se observa que los promedios antes señalados, respondieron a una serie de cotizaciones bastante homogéneas en general, justamente en los períodos en los cuales se verificaron las comunicaciones analizadas en el acápite III.5.2 de la presente resolución.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

181 Calculado mediante la diferencia entre el promedio de cotizaciones de los centros y el valor referencial vigente a la fecha de los requerimientos de cotizaciones por parte de EsSalud.

Gráfico 3
Cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis sancionados (2010 – 2013)



CP1: Cotizaciones del mes de marzo de 2010 para el Concurso Público
CP2: Cotizaciones del mes de agosto y octubre de 2010 para el Concurso Público.
Fuente: EsSalud.
Elaboración: ST-SDC.

315. En este escenario, resulta pertinente emplear el coeficiente de variación[182] para medir la dispersión entre las cotizaciones con respecto a sus promedios, en el marco de cada proceso de selección. Como se muestra en la Tabla 2, las cotizaciones de los procesos investigados se mantuvieron alrededor del promedio simple en el periodo evaluado, observándose que el coeficiente de variación estuvo en el rango de 1.1% y 3% en el periodo evaluado.

316. De otro lado, cabe resaltar que en el año 2013 dicho coeficiente fue de 18.6%, significativamente mayor a los coeficientes de variación registrados

[182] LEVIN, Richard I. y RUBIN, David S. Estadística para Administración y Economía. Séptima Edición, Pearson Educación, Inc. y Prentice Hall. México 2004, p.107-108.

El coeficiente de variación es una medida relativa de dispersión. Relaciona la desviación estándar y la media, expresando la desviación estándar como porcentaje de la media, tal como se muestra a continuación:

$$Coeficiente\ de\ variación = \frac{Desviación\ estándar}{Media\ aritmética} * 100$$

en el periodo en el cual presuntamente se habría llevado a cabo la infracción imputada (2010 - 2012). Siendo así, se observa que justamente después del periodo investigado, se rompió la homogeneidad de las cotizaciones presentadas a efectos del Concurso Público y las AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, aun tratándose de los mismos agentes y el mismo servicio.

Tabla 2
Promedio y coeficiente de variación de las cotizaciones presentadas por los centros sancionados (2010 - 2013)

Indicador	CP1	CP2	AMC1	AMC2	AMC3	AMC4	Procesos
	Mar-2010	Ago-oct 2010	Jun-2011	Nov-2011	Jul-2012	Oct-2012	2013
Promedio	S/. 216.6	S/. 272.4	S/. 247.0	S/. 247.6	S/. 252.9	S/. 251.0	S/. 303.8
Desviación estándar	S/. 5.2	S/. 3.3	S/. 3.4	S/. 2.7	S/. 7.5	S/. 6.0	S/. 56.6
Coeficiente de variación	**2.4%**	**1.2%**	**1.4%**	**1.1%**	**3.0%**	**2.4%**	**18.6%**

Fuente: EsSalud.
Elaboración: ST-SDC.

317. El bajo nivel de dispersión de las cotizaciones refleja la homogeneidad de las mismas durante el periodo investigado, lo cual guarda relación con las coordinaciones realizadas por los centros investigados, de acuerdo a lo analizado en el acápite III.5.2 de la presente resolución. Cabe señalar que dichas coordinaciones –de acuerdo con los elementos ya evaluados– habrían tenido como objetivo uniformizar las cotizaciones de los centros, evidenciándose una evolución paralela de sus cotizaciones en los años 2010, 2011 y 2012.

318. Contrariamente a ello, en el año 2013 (periodo posterior a los procesos de selección relacionados con la conducta anticompetitiva imputada), puede observarse una clara reducción en la homogeneidad de las cotizaciones de los centros investigados, siendo que el coeficiente de variabilidad en dicho periodo asciende al 18.6%. Este hecho refleja una mayor dispersión entre las cotizaciones de las empresas luego del período materia de investigación y refuerza la existencia de una conducta particularmente uniforme entre las empresas imputadas en el periodo en el que existieron las coordinaciones antes indicadas.

319. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala concluye que la conducta de los agentes económicos investigados en el período evaluado, coincide con las reuniones señaladas en el acápite III.5.2 de la presente resolución, variando luego de los procesos de selección respectivos. En tal sentido, es posible colegir que tal homogeneidad guarda relación con la realización de las mencionadas coordinaciones.

III.5.4 Evaluación de la participación de las empresas apelantes en la presentación de cotizaciones homogéneas consensuadas

320. En esta parte, a efectos de evaluar la participación individual de los recurrentes en la presunta práctica colusoria cuestionada, se evaluará la evidencia económica recogida a través del valor de las cotizaciones remitidas por cada una de las 31 empresas apelantes en el marco de los cinco procesos de selección investigados (Concurso Público, AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4).

321. Sobre el particular, la Sala procederá a verificar si las cotizaciones de los apelantes se encontraban dentro de más y menos tres desviaciones estándar del promedio, o por encima de esta franja[183].[184]

322. Respecto del Concurso Público[185], en el Gráfico 4 se observa que las cotizaciones presentadas para este proceso[186] se encuentran alrededor del promedio, ubicándose dentro de la franja de más y menos 3 desviaciones estándar del promedio y registrando un coeficiente de variación de 1.2%. En consecuencia, en este proceso de selección, los centros participaron en la presentación de cotizaciones homogéneas.

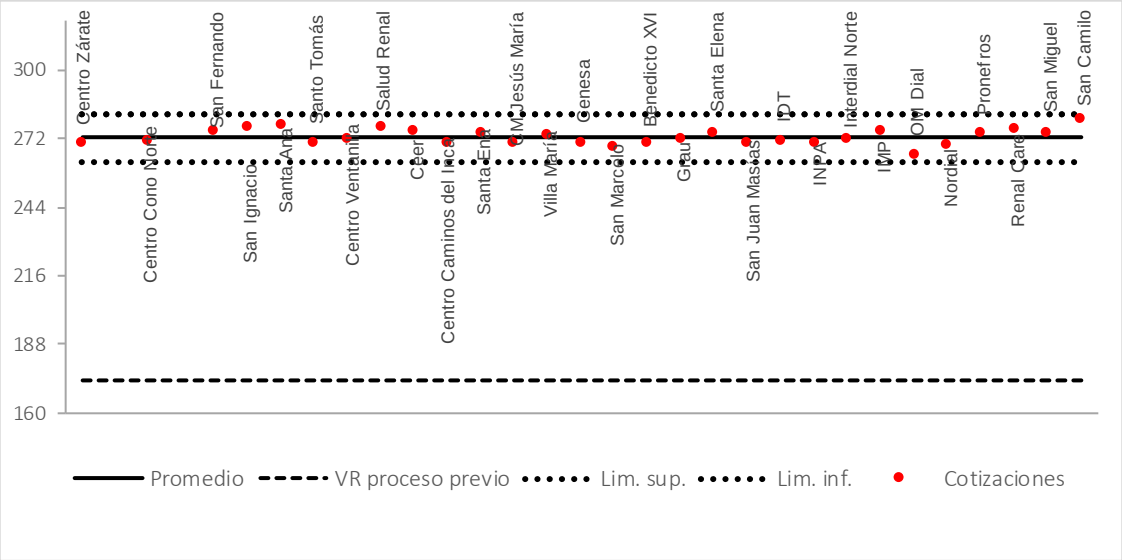
183 "*Regla empírica: Si una variable tiene distribución normal, entonces: 1) dentro de 1 desviación estándar de la media, habrá aproximadamente 68% de los datos; 2) dentro de 2 desviaciones estándar de la media, habrá aproximadamente 95% de los datos; y 3) dentro de 3 desviaciones estándar de la media, habrá aproximadamente 99.7% de los datos. (Esta regla se aplica específicamente a una distribución normal [con forma de campana], pero se aplica con frecuencia como una guía interpretativa a cualquier distribución montada.)*"
Robert R. Johnson, Patricia Kuby. *Estadística Elemental.* Cengage Learning Editores, 11a. Edición. 2012, p. 95. Disponible en http://www.institutoalvart.net/blp/controlpsd/bibliotecavirtual/archivo/Libro26_E_s_t_a_d_i_s_t_i_c_a_E_l_e_m_e_n_t_a_l.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

184 Cabe precisar que el promedio, la desviación estándar y el coeficiente de variación obtenidos para cada procesos de selección considera la participación de todos los centros sancionados (apelantes y no apelantes), pues es con respecto al consenso conjunto de las empresas sancionadas que se evalúa la participación individual de los centros recurrentes.

185 No se consideran a Centro Callao y CD Jesús María. En el caso de Centro Callao, esta empresa no presentó su cotización. Por otro lado, no se ha considerado la cotización de CD Jesús María por contradecirse con la informada por EsSalud.

186 Sobre el particular, cabe indicar que las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis investigados correspondientes al Concurso Público fueron aportadas al presente procedimiento por parte de EsSalud y forman parte del expediente. En ese sentido, no es cierto lo afirmado por el representante de Clínica Grau en la audiencia de informe oral, en el sentido de que EsSalud no contaba con las cotizaciones a través de las cuales se habría determinado su responsabilidad en la conducta imputada.

Gráfico 4
Cotizaciones presentadas por los apelantes para el Concurso Público
(en Soles)



Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

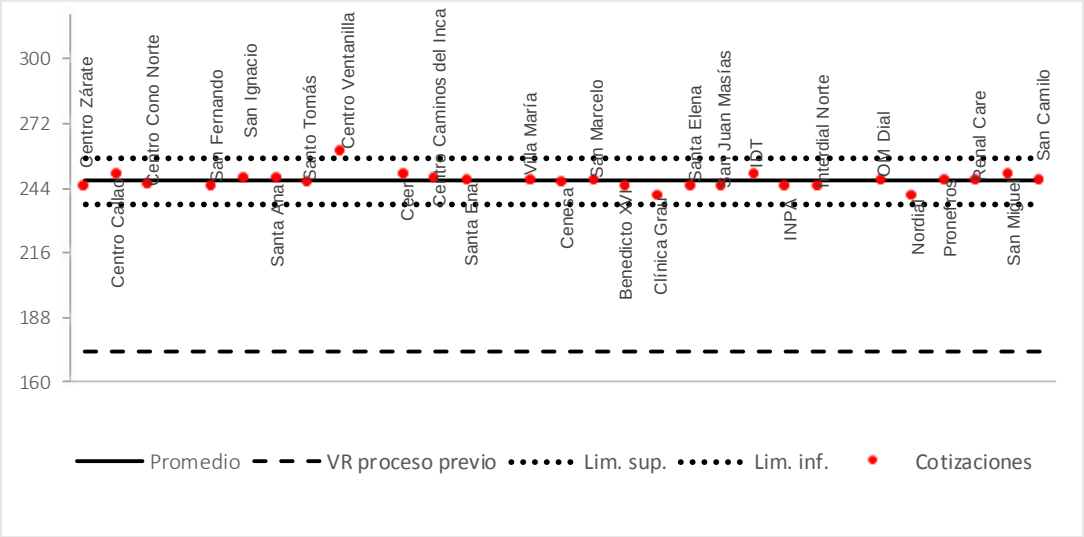
323. Respecto de la AMC1, en el Gráfico 5 se observa que las cotizaciones presentadas para este proceso se encuentran alrededor del promedio, ubicándose dentro o por encima[187] de la franja de más y menos 3 desviaciones estándar del promedio y registrando un coeficiente de variación de 1.4%. En consecuencia, la Sala aprecia que, al igual que en el caso del Concurso Público, en este proceso de selección los centros apelantes que presentaron cotizaciones[188] tuvieron un comportamiento homogéneo.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

187 El Centro Ventanilla presentó una cotización de S/ 260.0, por encima del límite superior (promedio más 3 desviaciones estándar) de S/ 257.2.

188 Los centros CD Jesús María, CM Jesús María, Salud Renal e IMP no presentaron cotizaciones para este proceso.

Gráfico 5
Cotizaciones presentadas por los apelantes para la AMC1
(en Soles)



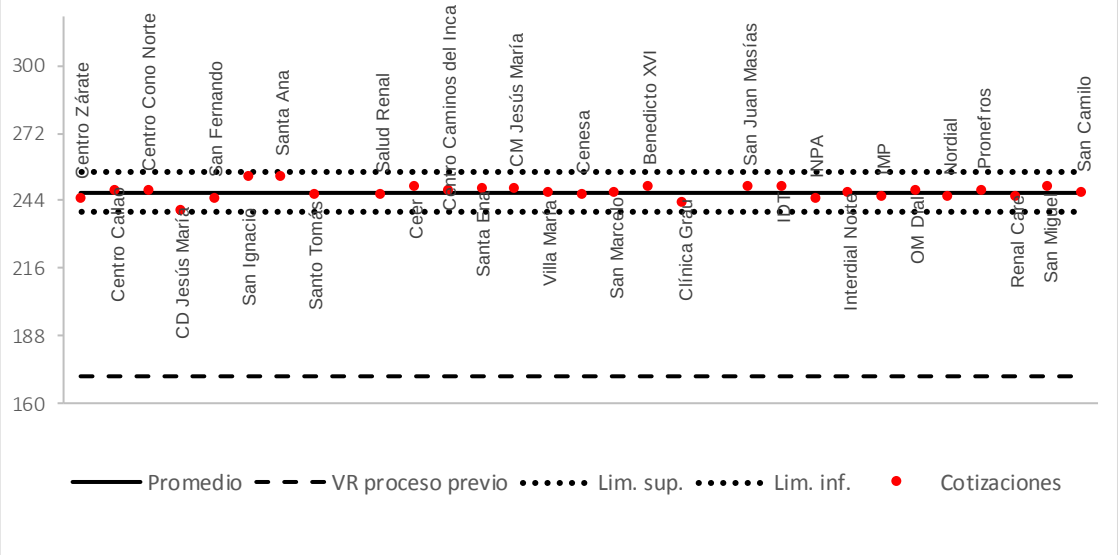
Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

324. Respecto de la AMC2, en el Gráfico 6 se observa que las cotizaciones presentadas para este proceso se encuentran alrededor del promedio, ubicándose dentro de la franja de más y menos 3 desviaciones estándar del promedio y registrando un coeficiente de variación de 1.1%. En consecuencia, se observa que en este caso, todos los centros apelantes que presentaron cotizaciones[189] también siguieron una conducta homogénea.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

189 Los centros Santa Elena y Centro Ventanilla no presentaron cotizaciones para este proceso.

Gráfico 6
Cotizaciones presentadas por los apelantes para la AMC2
(en Soles)



Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

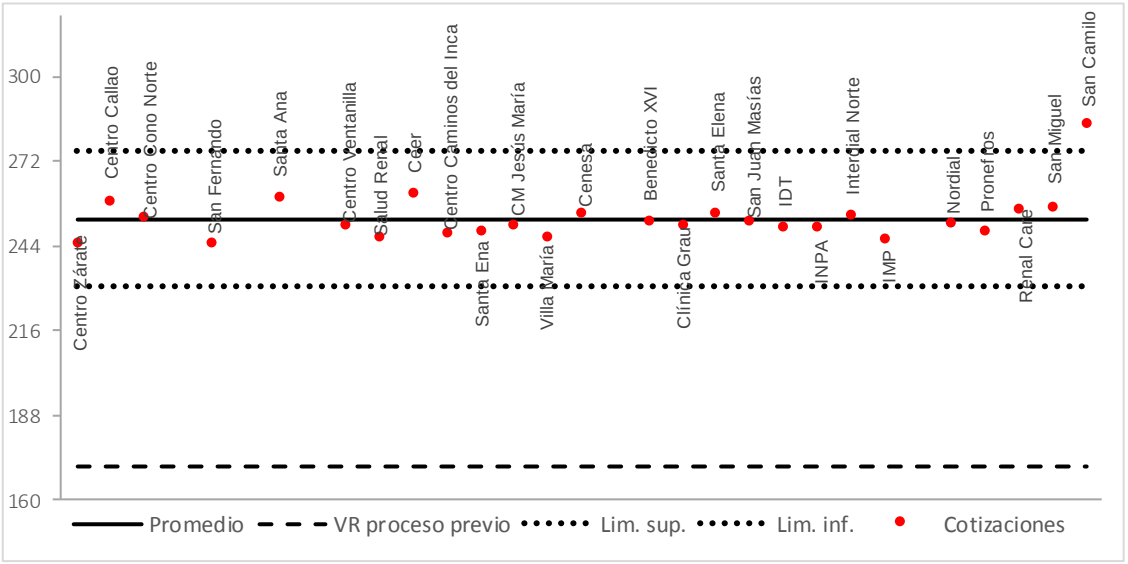
325. Respecto de la AMC3, en el Gráfico 7 se observa que las cotizaciones presentadas para este proceso se encuentran alrededor del promedio, ubicándose dentro o por encima[190] de la franja de más y menos 3 desviaciones estándar del promedio y registrando un coeficiente de variación de 3.0%. En consecuencia, la Sala aprecia que al igual que en los casos previos, en este proceso de selección todos los centros apelantes que presentaron cotizaciones[191] tuvieron un comportamiento homogéneo.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

190 El centro San Camilo presentó una cotización de S/ 284.6, por encima del límite superior (promedio más 3 desviaciones estándar) de S/ 275.4.

191 Los centros CD Jesús María, San Ignacio, Santo Tomás, San Marcelo y OM Dial no presentaron cotizaciones para este proceso.

Gráfico 7
Cotizaciones presentadas por los apelantes para la AMC3
(en Soles)



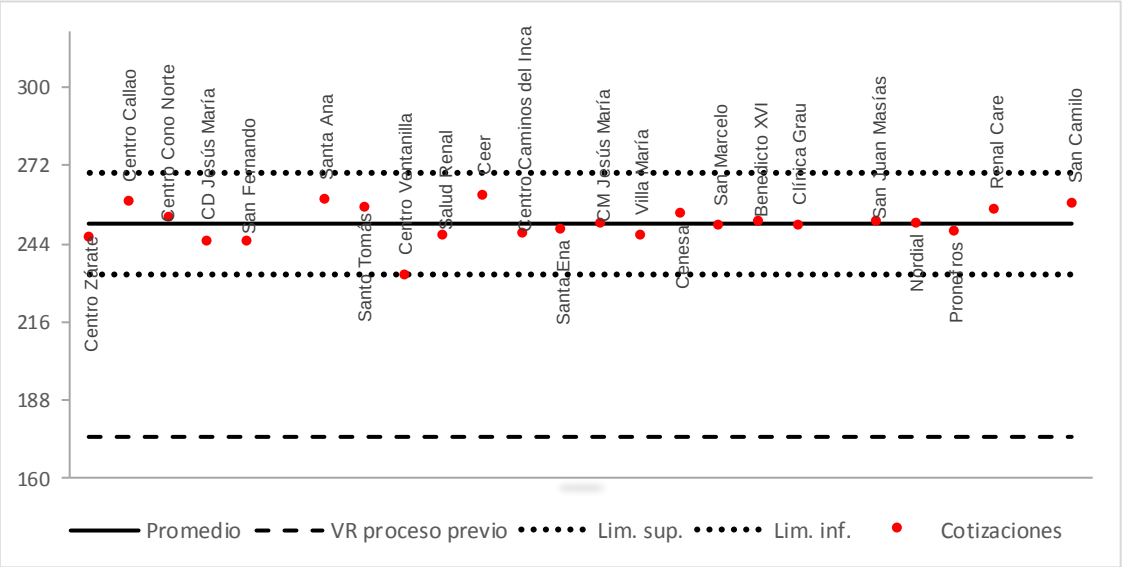
Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

326. Finalmente, respecto de la AMC4, en el Gráfico 8 se observa que las cotizaciones presentadas para este proceso se encuentran alrededor del promedio, ubicándose dentro de la franja de más y menos 3 desviaciones estándar del promedio y registrando un coeficiente de variación de 2.4%. En consecuencia, la Sala aprecia que, al igual que en el caso del Concurso Público, la AMC1, AMC2 y AMC3, en este proceso de selección también se observa que los centros apelantes que presentaron cotizaciones[192] tuvieron una conducta homogénea.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

192 Los centros San Ignacio, Santa Elena, IDT, INPA, Interdial Norte, IMP, OM Dial y San Miguel no presentaron cotizaciones para este proceso.

Gráfico 8
Cotizaciones presentadas por los apelantes para la AMC4
(en Soles)



Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

327. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala considera que todos los centros de hemodiálisis apelantes que presentaron cotizaciones lo hicieron de forma homogénea en por lo menos dos ocasiones, resultando además temporalmente concordantes con las coordinaciones efectuadas mediante la Adeceprih para la fijación consensuada de cotizaciones entre los mencionados centros. Cabe recordar que, conforme se ha señalado precedentemente, EsSalud remitió requerimientos a estos centros con motivo de cada proceso de selección y fueron destinatarios de diversas comunicaciones electrónicas con indicaciones de la Adeceprih para presentar propuestas similares en los procesos de selección investigados.

328. Por lo tanto, el análisis de la conducta de las empresas apelantes se ha sustentado sobre la base de los elementos desarrollados a lo largo de este pronunciamiento, considerado que se tratan además de medios probatorios que están en el expediente y son de conocimiento de las partes.

III.5.5 Sobre las abstenciones a los procesos investigados como mecanismo de refuerzo para lograr el incremento del valor referencial

(i) <u>Evidencias respecto al carácter concertado de las abstenciones en los procesos de selección</u>

329. La Comisión determinó que las abstenciones conjuntas en los procesos investigados obligaron a EsSalud a llevar a cabo las AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4 sin mayor éxito, siendo que dichas abstenciones se produjeron con el objetivo de que la referida entidad tomara los valores de las cotizaciones presentadas y de esta manera, se incrementara el precio pagado por el servicio de hemodiálisis con reúso a los centros investigados.

330. Por su parte, las recurrentes esgrimieron diversos argumentos individuales a través de los cuales pretenderían explicar las razones por las que se abstuvieron, a pesar de haber registrado su participación en las convocatorias de EsSalud.

331. Ahora bien, esta Sala observa que en la Entrevista 1[193], el señor Arce, administrador del Centro Caminos del Inca, refirió que diversos centros de hemodiálisis adoptaron la estrategia de abstenerse conjuntamente en los procesos de selección convocados por EsSalud, y emplearla como mecanismo de fuerza ante la actitud de dicha entidad de no corregir los errores incurridos en los procesos de selección convocados. El mencionado entrevistado también afirmó que esta posición fue tomada al percatarse que podían adoptar una postura más fuerte ante EsSalud; contando para ello con el apoyo del abogado de la asociación, el señor Barrios.

Entrevista 1, fragmento 1 –Centro Caminos del Inca (26 de agosto de 2013)

> *"(…)*
> ***Harold Arce**: (…) Este concurso público es del 2011. El problema es que también EsSalud, o el centro de hemodiálisis, y eso es lo que me dijo también el abogado de la asociación, comete muchos errores. Se supone que si hay un concurso público del 2010, y ese concurso público del 2010 no se da o solo una proporción de clínicas participa y el resto quedó desierto, en el 2011 tiene que haber otro concurso público y esto ya tiene que quedar anulado, dice, porque esto tiene otro presupuesto. Y eso nos explicó el abogado de la asociación. No puede ser posible, porque ellos arrastran y siguen arrastrando un error, dicen. Entonces esto era un error del 2011, osea en el 2011 debió quedar anulado. Hubo una primera convocatoria, se presentaron 4 clínicas, hubo la segunda convocatoria, creo que se presentaron 5 no más, y la tercera convocatoria creo que ninguna o una se habrá presentado. Y era un concurso público del 2011. Entonces se planteó eso. El centro de hemodiálisis a veces se cierra y ellos dicen "no". La única manera de nosotros ponernos fuertes es no presentarnos, vamos todos pero no nos presentamos.*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:** Ah digamos, ustedes ya como asociación adoptaron esa estrategia.*

[193] Ver nota al pie 150.

Harold Arce: *Claro, porque se le explicó y ellos se cierran. Por ejemplo, si hay un concurso del 2013, pues tiene que ser con las bases del 2013. Que ellos se demoren en preparar, porque tiene que pasar a varias áreas para que puedan armar la documentación, y la base en realidad, y colgarse en el Seace. Entonces eso ya es problema de ellos. Hay otras entidades del Estado que rápidamente lo hacen en el mismo año y lo convocan, entonces ese es el problema de ello.*

Secretaría Técnica de la Comisión: *Usted mencionó que es una posición de las empresas de hemodiálisis en respuesta a la actitud de EsSalud. ¿Cómo así se adoptó esa posición?*

Harold Arce: *Bueno. Antes éramos un poco temerosos. Porque en ese momento no tenían mucha experiencia las clínicas y todas trabajaban independientemente. Si EsSalud no nos paga, bueno, tenemos que esperar. Si EsSalud dice "queremos que compren un equipo sofisticado, un electro no sé cuántos, con esas condiciones, porque si no compran saben que van a haber penalidades" lo tenemos que comprar, lo adquirimos. A veces ni se usa o se puede usar. Y ellos lo ponen escrito en sus bases, y tenemos que cumplirlo. Ahí es donde la asociación dijo, pero por qué, podemos ser fuertes, el abogado es un experimentado hombre que ha trabajado en licitaciones para entidades de petróleos, de otros centros de comercio, y siempre ha visto la injusticia, a veces hay que plantearle. Nos formamos en ese momento y un poco que recién se dio cuenta EsSalud que ya en las reuniones había un abogado que explicaba, porque él ya se había leído previamente las bases. No tengo yo el documento, pero ellos han presentado qué errores tienen a veces las bases y lo envían.*

Secretaría Técnica de la Comisión: *¿Quiénes son ellos? ¿La asociación?*

Harold Arce: *La asociación con el abogado. Entonces lo plantean y lo escriben (…)".*

(Subrayado agregado)

332. En la Entrevista 2[194], el señor Gonzales, contador general de Salud Renal, refiere que la Adeceprih habría realizado reuniones con los centros de hemodiálisis cuando EsSalud convocaba a procesos de selección, decidiéndose en dichas reuniones si se presentarían o no.

Entrevista 2, fragmento 2 – Salud Renal (26 de agosto de 2013)

"(…)

[194] Ver nota al pie 151.

> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *Pero digamos, en términos generales ¿usted conoce más o menos cómo es el manejo de la empresa con la asociación?*
>
> ***Fredy Gonzales:*** *En sí, es un poco limitado. Solamente, en el sentido, cuando hay estos inconvenientes de convocatoria. Entonces mandan el aviso de reunión en la asociación, donde el señor Jose* (sic) *acude, y de acuerdo a ello se toman las decisiones del caso, si se presentan o no se presentan".*
>
> (Subrayado agregado)

333. La Entrevista 4 realizada al señor Enrique Echeandía (en adelante, el señor Echeandía)[195], administrador de la empresa San Fernando, indicó que si bien tres empresas participaron[196] en el proceso de selección convocado, ningún competidor debió presentarse al mismo. Esta afirmación refleja la existencia de un acuerdo o indicación consensuada por parte de los centros de hemodiálisis, orientada a que tales competidores se abstengan de concursar.

Entrevista 4 - San Fernando (26 de agosto de 2013)

> *"(…)*
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *¿Y no le saldría a su empresa más fácil presentarse al concurso y ganar con este S/ 171.44 antes que estar por menores cuantías?*
>
> ***Señor Echeandía:*** *No, porque se entiende que no se debió haber presentado nadie. Pero se presentaron esas tres.*
>
> ***Secretaría Técnica de la Comisión:*** *Y en la próxima convocatoria que haga EsSalud, ¿ustedes como empresa San Fernando, van a presentarse? ¿Van a coordinar primero internamente con los socios?*
>
> ***Señor Echeandía:*** *Claro, hay que ver primero el precio referencial, según eso se determina si se presenta o no.*
> *(…)"*
>
> (Subrayado agregado)

334. A partir de las entrevistas expuestas previamente, la Sala aprecia que los centros investigados se habrían reunido con posterioridad a la convocatoria de los procesos de selección para determinar su participación o no.

195 Ver foja 593 del expediente.

196 De los procesos de selección que se declararon parcialmente desiertos: para la AMC1 no se presentó ninguno de los centros apelantes, para la AMC3 se presentó OM Dial y para la AMC4 se presentó INPA y OM Dial.

Adicionalmente, las referidas declaraciones demuestran que dichos competidores buscaron fortalecer su posición ante EsSalud de forma coordinada, utilizando estas abstenciones conjuntas como un mecanismo para hacer efectiva el alza del precio referencial en la siguiente convocatoria.

335. En el correo 14[197], la Adeceprih refiere que, para el *"aumento justo y merecido"* de la tarifa pagada por la prestación del servicio de hemodiálisis, diversos centros se abstuvieron conjuntamente de participar en el Concurso Público, la AMC1 y AMC2, logrando convencer con ello a EsSalud que su ausencia se debía a la tarifa pagada.

Correo 14 - jueves 08 de marzo de 2012[198]

"Asunto: CARTA CENTROS DE DIALISIS
Señores
CENTRO DE DIALISIS
(…)

Luego de esta etapa, cerca de cuatro meses estamos concentrados en el aumento justo y merecido de nuestras tarifas.
Para ello no participamos en el Concurso Público convocado por el CNSR, posteriormente en la primera y segunda Menor Cuantía de un año que fuimos convocados por la misma entidad tampoco participamos lo que por último logró convencer a TODAS las autoridades de EsSalud que el problema de nuestra ausencia era la tarifa y no otra razón. Lamentablemente, en esta oportunidad tampoco nos acompañaron los mismos Centros que no participaron en aquella oportunidad del año 2009.
(…)
Por último debo recordarles que en la última reunión que tuvimos acordamos aportar (…) por cada centro y pagar lo adeudado al abogado, ahora que tanto lo necesitamos.
Solicitamos que los Centros que jamás aportaron reflexionen y colaboren que cualquier alza que se logre también ellos lo van a recibir.
LO UNICO QUE PODEMOS PROMETERLES ES QUE SI o SI LOGRAREMOS EL AUMENTO DE NUESTRA TARIFA EL MONTO LO DEJAMOS EN MANOS DE DIOS Y DEPENDERÁ DEL APOYO QUE RECIBAMOS DE TODOS.

ADECEPRIH"

197 Ver foja 824 del Expediente.

198 Los destinatarios de este correo electrónico serían los centros: CD Jesús María, CM Jesús María, Centro Caminos del Inca, Ceer, Cenesa, Cono Norte, Clínica Grau, IDT, INPA, Interdial Norte, Nephro Care, Nordial, Pronefros, Renal Care, Benedicto XVI, San Camilo, San Fernando, San Ignacio, San Juan Masías, San Marcelo, San Miguel, Santa Ana, Santa Anita, Santa Elena, Santa Ena, Santo Tomás, Centro Ventanilla, Villa María, Centro Zárate, entre otros centros.

(Subrayado agregado)

336. De la lectura conjunta de los correos previamente expuestos y los fragmentos de las entrevistas citadas en esta sección, se observa que los diversos centros habían coordinado su abstención en el Concurso Público, la AMC1 y la AMC2.

337. Igualmente, en el correo 15[199] consta una convocatoria a reunión por parte de la Adeceprih a realizarse de manera posterior a la convocatoria de la AMC3 de EsSalud y de manera previa a la fecha de presentación de propuestas a dicho proceso de selección y a la fecha de declaratoria de desierto del mismo.

Correo 15 – Miércoles 8 de agosto de 2012

*"**Asunto: ¡¡REUNION!!***

Señores
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

SE INVITA A LA REUNION QUE SE LLEVARA A CABO EL DIA DE MAÑANA JUEVES 9 DE AGOSTO A LAS 8PM EN PUNTO EN LA CLINICA SANTA LUCIA.

AGENDA ABIERTA

ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

338. Por lo tanto, de manera similar a los casos del Concurso Público, AMC1 y AMC2, a partir de la observación conjunta de la Entrevista 2 (Fragmento 2) y el Correo 15, se observa que la Adeceprih citó a reunión a los centros investigados, de manera posterior a la convocatoria al proceso de selección y en una etapa previa a la fecha de presentación de propuestas. De ello se desprende que, mediante dicha reunión, las empresas investigadas también pudieron coordinar la abstención conjunta a la AMC3.

339. Finalmente, el Correo 16[200] muestra la citación a una reunión por parte de la Adeceprih, la cual se realizaría de manera posterior a la convocatoria de la

199 Ver foja 824 del Expediente.

200 Ibidem.

AMC4 de EsSalud y de manera previa a la fecha de presentación de propuestas a dicho proceso de selección.

Correo 16 – Lunes 29 de octubre de 2012

*"**Asunto: REUNION URGENTE***

SEÑORES
CENTROS DE DIALISIS
Presente.-

SE CITA CON CARÁCTER DE URGENCIA A LA REUNION QUE SE LLEVARÁ A CABO MAÑANA 30 DE OCTUBRE, HORA: 8:00PM EN LA CLINICA SANTA LUCIA.
AGENDA A TRATAR:
- CUARTA CONVOCATORIA MENOR CUANTIA
- INFORME DE LA REUNION EN LA CAMAMRA (sic) DE COMERCIO CON PRESIDENTA DE ESSALUD DRA. VIRGINIA BAFFIGO.
- RECOMENDACIONES DEL ABOGADO DR. RAÚL BARRIOS

ADECEPRIH"

(Énfasis agregado)

340. Del análisis conjunto de este correo, las afirmaciones de la Entrevista 2 (Fragmento 2) y el actuar constante de los centros de hemodiálisis que se ha podido apreciar en los demás correos y comunicaciones referidos a los procesos de selección anteriores; se desprende que la reunión convocada en el Correo 16 se habría dado a efectos de coordinar aspectos de la AMC4 dentro de los cuales pudo estar la abstención conjunta a dicha AMC, de manera similar a lo observado en el Concurso Público, la AMC1, AMC2 y AMC3.

341. A mayor abundamiento, en el correo 16 se incluyeron expresamente la AMC4 y las recomendaciones del señor Barrios[201], como temas a tratar en la reunión.

342. Por lo tanto, del análisis integral de los medios probatorios ofrecidos durante el procedimiento administrativo sancionador, la Sala ha verificado que existió un consenso entre diversos centros de hemodiálisis en los años 2010, 2011 y 2012, para abstenerse de participar de manera conjunta en

[201] Al respecto, es pertinente traer a colación que en el Correo 4, la Adeceprih informa a los centros de hemodiálisis las recomendaciones del Estudio Barrios respecto de cómo cotizar para el proceso del Concurso Público (ver numeral 282). Asimismo, en el Correo 7, la Adeceprih informa a los centros de hemodiálisis las recomendaciones el señor Barrios acerca del sustento que se brindaría a EsSalud respecto de las abstenciones y cómo cotizar, señalando que el precio referencial para la AMC3 puede ser mayor al precio referencial del proceso previo (ver numeral 293).

los procesos de selección investigados, a efectos de que EsSalud tome los valores de sus cotizaciones, buscando con ello incrementar el valor referencial del servicio de hemodiálisis. Más aún, se observa que cada proceso fue declarado desierto (totalmente o en un porcentaje ostensiblemente significativo)[202] como consecuencia de dichas abstenciones, obligando a EsSalud a convocar a AMC derivadas hasta por cuarta vez.

(ii) Evidencias respecto a la participación individual y ejecución de la abstención conjunta por parte de los procesos investigados

343. En este punto, se procederá a verificar si además de los elementos desarrollados respecto al carácter consensuado de las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis, concurren también indicios que sustenten la participación de dichos agentes económicos en la abstención coordinada antes indicada, pues tal circunstancia constituiría un mecanismo de refuerzo a la fijación de precios materia de evaluación.

344. De la Tabla 3 se verifica que la abstención conjunta de los centros apelantes se dio reiteradamente, de la siguiente manera:

(i) En el caso del Concurso Público y la AMC1, los 31 centros de hemodiálisis apelantes se abstuvieron de participar en la etapa de "Presentación de Propuestas".

(ii) En el caso de la AMC2, 30 de los 31 centros de hemodiálisis apelantes se abstuvieron, mientras que el restante (IDT) sí participó de dicho proceso. Sin embargo, se observa que este centro se abstuvo de presentarse en los demás procesos (el Concurso Público, la AMC1, AMC3 y AMC4).

(iii) En el caso de las AMC3, 30 de los 31 centros de hemodiálisis apelantes se abstuvieron, por lo que únicamente OM Dial participó en la AMC3.

(iv) En el caso de la AMC4, 29 de 31 centros de hemodiálisis apelantes se abstuvieron, mientras que los dos restantes (OM Dial e INPA) sí participaron de dicho proceso. Sin embargo, se observa que INPA se abstuvo de presentarse en el Concurso Público, AMC1, AMC2 y AMC3; mientras que OM Dial se abstuvo de presentarse en el Concurso Público, AMC1 y AMC2.

[202] El Concurso público y la AMC2 fueron declarados desiertos al 100%, la AMC1 fue declarada desierta al 97.2%, la AMC3 fue declarada desierta al 85.6% y la AMC4 fue declarada desierta al 85.4%.

(v) En vista de lo indicado en los puntos (iii) y (iv), se desprende que OM Dial se abstuvo en tres de los cinco procesos de selección evaluados e INPA procedió a abstenerse en cuatro de los cinco procesos de selección.

Tabla 3
Abstenciones de los centros de hemodiálisis apelantes en los procesos investigados

N°	Empresas	CP	AMC1	AMC2	AMC3	AMC4
1	Centro Zárate	A	A	A	A	A
2	Centro Cono Norte	A	A	A	A	A
3	San Fernando	A	A	A	A	A
4	Santa Ana	A	A	A	A	A
5	Ceer	A	A	A	A	A
6	Centro Caminos del Inca	A	A	A	A	A
7	Santa Ena	A	A	A	A	A
8	Villa María	A	A	A	A	A
9	Cenesa	A	A	A	A	A
10	Benedicto XVI	A	A	A	A	A
11	Clínica Grau	A	A	A	A	A
12	San Juan Masías	A	A	A	A	A
13	Nordial	A	A	A	A	A
14	Pronefros	A	A	A	A	A
15	San Camilo	A	A	A	A	A
16	Renal Care	A	A	A	A	A
17	IDT	A	A	P	A	A
18	INPA	A	A	A	A	G
19	Interdial Norte	A	A	A	A	A
20	San Miguel	A	A	A	A	A
21	Santo Tomás de Aquino	A	A	A	A	A
22	San Marcelo	A	A	A	A	A
23	Salud Renal	A	A	A	A	A
24	CM Jesús María	A	A	A	A	A
25	Centro Ventanilla	A	A	A	A	A
26	Centro Callao	A	A	A	A	A
27	San Ignacio de Loyola	A	A	A	A	A
28	OM Dial	A	A	A	P	G
29	Santa Elena	A	A	A	A	A
30	IMP	A	A	A	A	A
31	CD Jesús María	A	A	A	A	A
Cantidad de empresas que se abstuvieron		**31**	**31**	**30**	**30**	**29**

A: Se abstuvo de presentar propuesta; P: Presentó propuesta; G: Presentó propuesta y ganó la buena pro

Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

345. El comportamiento observado evidencia una posición uniforme, siendo total en un primer momento (el Concurso Público y la AMC1) y mayoritaria en un segundo momento (la AMC2, AMC3 y AMC4). Si bien algunos agentes puntuales participaron[203] en la AMC2, AMC3 y ACM4, esto no desacredita la existencia de una reiterada falta de participación de dichas empresas, en el marco de un consenso para no presentarse en los procesos de selección investigados y, de esta forma, ejercer una presión adicional para que el valor referencial establecido por EsSalud se aproxime a las cotizaciones acordadas por las imputadas.

346. En consecuencia, se desprende que, en términos generales, los centros de hemodiálisis cumplieron con las indicaciones efectuadas para abstenerse de participar en el Concurso Público y las AMC derivadas de dicho proceso de selección.

347. A mayor abundamiento, es pertinente indicar que, para que una práctica colusoria horizontal sea efectiva, debe involucrar a todas las empresas que participan en el mercado o a un grupo importante de ellas, de manera que las empresas que no forman parte del acuerdo no tengan la capacidad de influir en las condiciones de mercado[204].

348. En tal sentido, la existencia de un número pequeño de empresas -en determinados procesos- que se desviaron del acuerdo de abstenerse en un segundo momento, no es significativa como para desvirtuar la conducta coordinada detectada.

349. Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de los recurrentes referidos a que sus abstenciones tienen justificaciones individuales y que éstas se enmarcan en su libre derecho de abstenerse o participar de cualquier convocatoria. En todo caso, al margen del derecho de los centros a abstenerse, lo cierto es que ello no es lo cuestionado en el presente procedimiento, sino que dichas abstenciones se hayan dado de forma coordinada y con el fin antijurídico de reforzar la eficacia de un acuerdo de fijación de precios.

350. De conformidad con todo lo expuesto previamente, la Sala ha verificado la existencia de un acuerdo de fijación de precios para la contratación pública

---

203 La participación de los centros sobre el total de las empresas apelantes fue de 3.2% en la AMC2, 3.2% en la AMC3 y 6.5% en la AMC4. Ver detalle en la Tabla 3.

204 QUINTANA, Eduardo. Análisis de las funciones de Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos – Libre Competencia. Indecopi, 2013. p. 34.

del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, con ocasión del Concurso Público y sus AMC derivadas (AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4), en el cual participaron las empresas apelantes. Asimismo, también hay evidencias respecto a que estos mismos agentes económicos realizaron abstenciones conjuntas en los respectivos procesos de selección para influenciar el valor referencial determinado por EsSalud, en el marco del acuerdo anticompetitivo antes señalado.

351. Finalmente, lo anterior encuentra asidero en el hecho de que las empresas sancionadas representaban a un grupo importante de los agentes que participaban procesos de selección convocados por EsSalud. En efecto, la participación de los centros sancionados sobre el total de centros que brindaron servicios de hemodiálisis[205] a EsSalud fue de 69.4% (34/49) en 2010, 65.4% (34/52) en 2011 y 61.1% (33/54) en 2012.[206]

III.5.6 Análisis de otros argumentos de apelación

(i) Respecto de la supuesta ausencia de medios probatorios sobre los efectos de la conducta imputada

352. En sus apelaciones, algunos de los centros de hemodiálisis[207] han alegado que, en el presente caso, no se habría cumplido con demostrar la realización de la conducta imputada; debido a que la Comisión no acreditó la existencia de efectos negativos en el mercado derivados de la práctica colusoria cuestionada, ni sobre terceros afectados. Asimismo, han argumentado que, debido a que el valor referencial en cuestión nunca fue incrementado por EsSalud, no se generó perjuicio alguno al mercado de servicios de hemodiálisis ni a los pacientes.

353. Sobre el particular, conforme a lo señalado, el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[208] establece que los acuerdos entre competidores que tengan por objeto la fijación de precios, se encuentran sujetos a una prohibición absoluta. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 8 de dicha norma[209], bastará que se demuestre la existencia

205 Asimismo, la participación de las empresas sancionadas sobre el total de centros que brindaron servicios de hemodiálisis a EsSalud, en términos de número promedio de pacientes atendidos anualmente fue de 69.3% (3,660/5,282) en 2010, 63.5% (3,417/5,377) en 2011 y 57.4% (3,180/5,542) en 2012. Fuente: Información presentada por EsSalud a la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Carta N°3551-OSC-CNSR-ESSALUD-2013. Ver fojas 261 y 262 del Expediente.

206 Cabe señalar que los porcentajes de participación están considerando a los centros sancionados (apelantes y no apelantes) debido a su responsabilidad en la conducta imputada, la misma que fue sancionada por la Comisión.

207 IMP, Centro Ventanilla, Renal Care, San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

208 Ver nota al pie 55.

de la conducta investigada para declarar la existencia de una infracción administrativa.

354. Por tanto, será suficiente que se constate, por los medios de prueba legalmente aceptados, entre ellos, la prueba indiciaria; la existencia de un acuerdo de precios entre competidores, para que se verifique una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

355. Considerando que las acciones de los centros de hemodiálisis investigados se realizaron en el marco de un acuerdo anticompetitivo sometido a una prohibición absoluta, su antijuridicidad se configurará por la sola realización de la conducta y será sancionable al margen de que se hayan concretado o no los efectos buscados por los imputados. Por consiguiente, no resulta pertinente que la Sala, evalúen el argumento esgrimido por los denunciados y reseñado en el numeral 352 de esta resolución, por lo que este cuestionamiento debe ser desestimado.

(ii) <u>Sobre la supuesta vulneración al principio de igualdad</u>

356. Los denunciados[210] han señalado que en el presente procedimiento se le habría dado un trato diferenciado y más favorable a un grupo de empresas, por lo que la primera instancia habría vulnerado el principio de igualdad. Esta afirmación se sustentaría en el hecho de que algunos de los centros convocados a las reuniones de la Adeceprih y fueron incluidos en los correos electrónicos a través de los cuales dicha asociación impartió instrucciones respecto de los montos a cotizar ante EsSalud, fueron absueltos por la Comisión, a pesar de que habrían planteado los mismos argumentos de defensa que el resto de imputados y de que incluso contaron con la representación del mismo apoderado.

357. El derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución[211], supone la obligación de todo órgano del Estado de actuar bajo parámetros uniformes, de manera que se apliquen las mismas consecuencias jurídicas a supuestos de hecho similares. Asimismo, implica la obligación de dar un trato distinto a aquellas situaciones que presenten

---

209 Ibidem

210 Ceer, San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

211 **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(…)
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
(…)

diferencias objetivas y debidamente fundamentadas.

358. Respecto al derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

> *"El principio-derecho de igualdad, a su vez, distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite para el Legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados.*
> *(…)*
>
> *Respecto de la segunda manifestación: la igualdad en la aplicación de la ley, si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos órganos, al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley."*[212]

359. Cabe señalar también que el numeral 1.5 del artículo IV del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General recoge el principio de imparcialidad, de acuerdo con el cual las autoridades administrativas deben actuar sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitaria frente al procedimiento[213]. En ese sentido, el principio de imparcialidad prohíbe el trato diferenciado entre administrados sin razones objetivas de por medio y constituye la manifestación del principio de igualdad en el ámbito del derecho administrativo.

360. En el presente caso, conforme a lo señalado y, sin perjuicio de la evaluación

---

212 Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de marzo de 2006, recaída en el expediente 0004-2006-PI/TC.

213 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(…)
1.5. Principio de imparcialidad**.-** Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

realizada por esta instancia, la Comisión decidió eximir de responsabilidad a algunos de los centros de hemodiálisis investigados, respecto a la realización de la conducta imputada, en base a los siguientes criterios:

(i) Haber presentado cotizaciones que no se adecuaban a las instrucciones contenidas en los correos electrónicos;

(ii) no haber presentado cotizaciones ante EsSalud como mínimo en dos oportunidades; o

(iii) no haberse abstenido de participar de los procesos de selección de gran envergadura investigados.

361. En ese sentido, la primera instancia excluyó de responsabilidad a aquellos centros de hemodiálisis que se encontraban dentro de alguno de los referidos supuestos. Por tanto, con prescindencia de la suficiencia o no de tales parámetros para poder eximir de responsabilidad a determinados imputados, lo cierto es que fueron aplicados para evaluar la conducta de todos los centros de hemodiálisis y no de forma diferenciada solo para un grupo de imputados.

362. Asimismo, el hecho de que algunas de los denunciados hayan: (i) compartido un mismo abogado o representante, o (ii) presentado los mismos argumentos de defensa durante el trámite del procedimiento, no determina que la autoridad necesariamente deba efectuar una misma valoración respecto de su participación en la conducta imputada, debido a que dependerá de los hechos constatados en cada caso y no de la uniformidad de las alegaciones planteadas. Más aún, cuando en la presente instancia únicamente se evalúa la conducta de los 31 centros de hemodiálisis apelantes.

363. Conforme a lo indicado, debido a que la primera instancia consideró criterios objetivos, que fueron aplicados a todos los centros de hemodiálisis imputados por igual, no vulneró el referido principio de igualdad.

(iii) Sobre la supuesta vulneración del derecho de defensa de algunos de los centros investigados

364. En sus apelaciones, algunos de los centros han señalado que, debido a que la Comisión descartó la actuación de una serie de medios probatorios ofrecidos durante la tramitación del procedimiento, se habría vulnerado su derecho a la defensa.

365. Al respecto, Clínica Grau solicitó que se requieran informes a un grupo de

hospitales sobre la estructura de costos respecto al servicio de hemodiálisis, con el objeto de constatar que el costo unitario por sesión era mayor que el precio cobrado por dicho centro al CNSR. Sin embargo, la Comisión consideró que este medio probatorio no era pertinente ni útil para desacreditar o rechazar la existencia de un acuerdo para fijar el precio del servicio de hemodiálisis, puesto que el hecho de que la prestación directa del servicio de hemodiálisis por parte de EsSalud pueda ser más onerosa que su tercerización no es la cuestión controvertida en este caso[214].

366. Por su parte, Centro Cono Norte y Cenper solicitaron que se requiera la declaración del señor Hernán Romero, Jefe de la División de Logística de EsSalud durante los años 2011 y 2012, quien habría emitido una Declaración Jurada señalando que EsSalud requería estructuras de costos de manera conjunta. La primera instancia descartó la actuación de dicho medio probatorio, debido a que esta declaración no haría referencia expresa a alguna cotización o estructura de costos única que debieran presentar los centros de hemodiálisis.

367. Adicionalmente, la Comisión precisó que, aun en el supuesto de que se acreditara que EsSalud solicitó la elaboración de una estructura de costos conjunta, en modo alguno justificaría la actuación imputada a los centros de hemodiálisis investigados para coludirse y fijar concertadamente el precio a ser pagado.

368. Sobre el particular, se debe tomar en cuenta que el artículo 172 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[215], señala que la autoridad administrativa podrá rechazar motivadamente los medios probatorios propuestos por los administrados cuando no guarden relación con el fondo del asunto. En el mismo sentido, el artículo 29 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[216] establece que es posible rechazar los medios probatorios propuestos por las partes, cuando sean

214 Ver los numerales 54 a 56 de la resolución apelada.

215 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 172.- Actuación probatoria.-
172.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.
(…)

216 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 29.- Improcedencia de medios probatorios.-
La Secretaría Técnica podrá rechazar los medios probatorios propuestos por los agentes económicos investigados, por quienes hayan presentado la denuncia de parte o por terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, cuando sean manifiestamente impertinentes o innecesarios, mediante resolución motivada.

impertinentes o innecesarios.

369. Se observa entonces que la primera instancia descartó la actuación de los medios probatorios ofrecidos debido a que, a su criterio, no guardaban relación con los hechos que son materia de análisis, ni generaban convicción respecto a la existencia o no de un acuerdo de fijación de precios en el servicio de hemodiálisis.

370. Por ende, la falta de actuación de dichos medios probatorios obedeció a una decisión motivada por parte de la primera instancia, debido a que los mismos estaban orientados a evaluar la estructura de costos del servicio de hemodiálisis prestado por determinados hospitales que no son parte de este procedimiento y a tomar una manifestación testimonial de un funcionario en mérito a una Declaración Jurada que no hacía referencia a lo alegado por los imputados y que no justificaría la conducta evaluada.

371. A mayor abundamiento, es preciso resaltar que, considerando la naturaleza de la infracción imputada y la regla a la que está sometida (prohibición absoluta), la carga probatoria de la conducta evaluada está orientada a la constatación del presunto acuerdo competitivo denunciado y la participación de los imputados en el mismo. Sin embargo, ninguno de los dos medios probatorios antes indicados está orientado a rebatir o reforzar la existencia de la conducta investigada.

372. Considerando lo antes expuesto, la decisión de no actuar los medios probatorios propuestos no constituye una afectación al derecho de defensa de los denunciados, en la medida que no resultan pertinentes ni necesarios para la dilucidar de la materia controvertida.

373. Por otra parte, Renal Care ha señalado que no fue notificada con las cartas 347 a 399-2014/ST-CLC-INDECOPI y, por ende, su derecho de defensa habría sido transgredido.

374. De la revisión del expediente se desprende que, la Carta 386-2014/ST-CLC de fecha 28 de mayo de 2014 fue debidamente notificada a Renal Care el 3 de junio de ese mismo año a las once horas y diez minutos en su domicilio procesal, ubicado en Calle Alberto Barton 134, Urbanización Santa Catalina, La Victoria[217].

375. Asimismo, se verifica que el resto de las comunicaciones mencionadas por dicho centro fueron remitidas por la Secretaría Técnica de la Comisión a los demás centros imputados, como parte de sus labores de instrucción en

[217] Ver fojas 1942 y 1943 del expediente.

el presente procedimiento y con el objeto de recabar su información financiera.

376. De lo anterior se desprende que las cartas en cuestión únicamente debían ser notificadas a las personas a quienes se les estaba requiriendo la referida información y no a Renal Care. En consecuencia, el hecho de que no le hayan sido remitidas no restringe o afecta su derecho de defensa.

(iv) Sobre la interposición de acciones legales como el supuesto ejercicio legítimo de un derecho

377. Algunos de los centros de hemodiálsis[218] han reiterado que las acciones interpuestas para exigir el uso de las cotizaciones constituyen parte del ejercicio regular de su derecho, precisando que ello se encuentra amparado por los artículos 56 y 241 del RLCE[219]. Asimismo, tales agentes económicos

---

218 Entre ellos, Ceer e INPA.

219 **DECRETO SUPREMO 184-2008-EF. REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1017, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.-
El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.
El Titular de la Entidad declarara de oficio la nulidad del proceso de selección por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.
Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:
a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de configurar las causales de exoneración.
e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares. Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

Artículo 241.- Obligación de informar sobre supuestas infracciones
El Tribunal podrá tomar conocimiento de hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanción, ya sea de oficio, por petición motivada de otros órganos o Entidades, o por denuncia; siendo que en todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal.
1. Obligación de las entidades de informar sobre supuestas infracciones:
Inmediatamente advertida la existencia de indicios de la comisión de una infracción, las Entidades están obligadas a poner en conocimiento del Tribunal tales hechos, adjuntando los antecedentes y un informe técnico legal de la Entidad, que contenga la opinión sobre la procedencia y responsabilidad respecto a la infracción que se imputa.
Esta obligación será cumplida por la Entidad sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde para declarar la nulidad del proceso o, de ser el caso, del contrato, cuando se incurra en alguna de las causales previstas en el artículo 56° de la Ley.

señalaron que lo antes indicado forma parte de su derecho de petición.

378. Con relación a lo expuesto, si bien los centros de hemodiálisis investigados tienen el legítimo derecho de cuestionar eventuales irregularidades en un proceso de contratación pública, ello no puede significar que tal derecho sea oponible de forma absoluta y sin considerar límites para su adecuado ejercicio dentro del ordenamiento jurídico. Esto es así, pues todo derecho debe ser ejercido de forma tal que no se convierta en un mecanismo de vulneración de otros derechos o bienes jurídicos tutelados por la Constitución y las demás normas vigentes.

379. Por tanto, de aceptarse lo alegado por los centros en cuestión, podría llegar a argumentarse también que la libertad contractual constituiría una justificación para la adopción de acuerdos verticales anticompetitivos, que la libertad de asociación legitimaría la realización de prácticas colusorias horizontales al interior de gremios o, incluso, que el derecho de acción permitiría validar una práctica de abuso de procesos legales.

380. En el mismo sentido, esta Sala considera que la sola invocación del ejercicio legítimo o regular de un derecho respecto a las acciones interpuestas ante EsSalud y el OSCE, no puede constituir un elemento que determine que la conducta evaluada no tenga una naturaleza anticompetitiva.

381. Finalmente, en el presente procedimiento no se cuestiona - en sí misma - la presentación de solicitudes por parte de los denunciados ante EsSalud, sino la adopción de un acuerdo respecto de los valores incluidos en las cotizaciones a ser presentadas ante dicha entidad. En consecuencia, los cuestionamientos o denuncias presentadas en el marco de los procesos de selección evaluados, pretendiendo hacer efectivas tales cotizaciones consensuadas, también califica como un mecanismo de refuerzo de la conducta imputada.

(v) Sobre la validez de la Carta 18-06-ADM-CDJM S.A.C.

382. En su escrito de apelación, CD Jesús María ha señalado que la Carta 18-06-ADM-CDJM S.A.C. de fecha 18 de mayo de 2011, a través de la cual le habría manifestado al CNSR que no participó en la AMD Derivada en su Tercera Convocatoria debido a que la tarifa propuesta por EsSalud no cubría sus expectativas, contaría con una firma falsa. En base a ello, el

2. Denuncia de terceros:
Los terceros podrán formular denuncias respecto a proveedores, participantes, postores, contratistas o árbitros, que puedan dar lugar a la imposición de las sanciones a las que se refiere la Ley y el presente Reglamento, para lo cual deberán acompañar el sustento de las imputaciones que formulan. En este caso, a requerimiento del Tribunal, las Entidades deben remitir la información correspondiente.

mencionado centro de hemodiálisis indicó que esta carta no constituiría un medio de prueba válido que permita atribuirles responsabilidad en la comisión de la conducta imputada.

383. De la revisión de la resolución apelada se desprende que la Carta 18-06-ADM-CDJM S.A.C. no ha sido mencionada ni ha sido valorada como un indicio o medio probatorio que acredite la participación del CD Jesús María en el acuerdo objeto de análisis. Siendo así, en dicho pronunciamiento, la primera instancia descartó la solicitud del referido centro de hemodiálisis para que se realice una pericia grafológica respecto de la firma en cuestión, al no resultar pertinente.

384. Sin perjuicio de lo anterior, a través del escrito presentado el 15 de diciembre de 2017, CD Jesús María adjuntó un informe pericial, a fin de sustentar que la firma contenida en la Carta 18-06-ADM-CDJM.S.A.C. del 18 de mayo del 2011 sería falsa.

385. No obstante, conforme a lo indicado y en atención a que en esta instancia tampoco se está empleando la referida comunicación como una prueba para demostrar la participación de CD Jesús María en la conducta imputada -sino los demás indicios que se encuentran en el expediente, tales como la verificación de los procesos en los que esta empresa no participó, así como la evaluación económica de las cotizaciones que presentó a EsSalud- dicho informe pericial no resulta relevante en el marco del presente procedimiento, por lo que no es pertinente que el mismo sea valorado por esta Sala.

(vi) Sobre las supuestas justificaciones de la conducta imputada

386. En sus apelaciones, algunos de los centros investigados han planteado diferentes justificaciones respecto de la conducta imputada[220]. Así, han señalado que EsSalud tendría un monopsonio[221] en el mercado de prestación de servicios de hemodiálisis, concentrando indebidamente todas las actividades de administración de los fondos prestadores del servicio de salud y ejerciendo una posición de dominio contraria a los principios del derecho de la competencia.

387. Por lo antes señalado, los centros manifestaron que dicha entidad conocía perfectamente los costos del servicio requerido y los precios del mercado.

[220] Clínica Grau, Centro Cono Norte, INPA, San Ignacio, San Camilo, Santa Elena, Santa Ana, Benedicto XVI, San Juan Masías, Centro Zárate y Cenesa.

[221] Un monopsonio consiste en un mercado con un solo comprador. En general, cuando los compradores tienen cierta influencia sobre el precio de sus insumos, se dice que tienen poder de monopsonio. OCDE, 2002. Ver: https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3265. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

No obstante, de manera arbitraria y sin sustento técnico, EsSalud se habría negado a pagar a los centros de hemodiálisis un precio real por tal servicio, fijando un valor referencial inferior al precio de mercado (precio ofrecido por otras entidades y redes asistenciales) y poniendo en riesgo su funcionamiento.

388. Asimismo, estos centros alegaron que en el año 2009 contrataron a la consultora PwC para elaborar una estructura de costos única y determinar razonablemente el valor referencial del servicio de hemodiálisis. Este estudio concluyó que el precio de mercado era aproximadamente S/ 219.29 por sesión, pese a lo cual, EsSalud nunca equiparó el valor referencial al precio señalado por PwC.

389. Por último, han argumentado que existían fuentes públicas que indicaban que el precio competitivo se encontraba muy por encima del fijado por EsSalud y que, al estar dichas fuentes al alcance de todos los centros, el paralelismo de precios en las cotizaciones sería predecible.

390. Según se ha desarrollado previamente, de conformidad con los artículos 8 y 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la conducta imputada se encuentra sujeta a la prohibición absoluta, por lo que no resulta necesario acreditar que la misma efectivamente haya generado efectos negativos sobre la competencia, sino únicamente su configuración.

391. En tal sentido, la sola realización de la conducta imputada determina su ilegalidad, sin que resulte posible exonerar a los infractores de responsabilidad sobre la base de supuestas justificaciones.

392. Por tanto, el hecho de que EsSalud pueda ser un agente monopsónico en el mercado de prestación de servicios de hemodiálisis o que los valores referenciales fijados por dicha entidad se hubiesen encontrado por debajo de la suma que los centros de hemodiálisis consideraban debía ser el precio de mercado, no validaba la adopción de un consenso para fijar los valores de sus cotizaciones ni las acciones de refuerzo realizadas con dicha finalidad.

393. A mayor abundamiento, el precio en el mercado se determina sobre la base de decisiones descentralizadas por parte de los agentes ofertantes y de los agentes demandantes que concurren en el mismo -esto es, por la libre interacción entre la oferta y la demanda- y no a partir de un acuerdo entre agentes que compiten entre sí.

394. En el supuesto de que los centros de hemodiálisis considerasen que el valor referencial establecido por EsSalud no se ajustaba a valores de

mercado, estos hubiesen tenido que cuestionar la discordancia entre las cotizaciones presentadas individualmente y el referido valor referencial, a través de las vías legales correspondientes, y no buscar elevarlo por medio de un acuerdo sobre los valores a ser incluidos en dichas cotizaciones.

(vii) Justificaciones individuales alegadas respecto a las abstenciones en los procesos de selección de gran envergadura

395. En sus apelaciones, algunos de los centros de hemodiálisis han alegado que la Comisión no habría valorado debidamente las justificaciones que explicarían por qué se abstuvieron de participar en los procesos de selección de gran envergadura. A continuación, se analizarán las justificaciones planteadas por cada uno de los referidos centros:

- ***CD Jesús María***

396. Este centro ha reiterado que, debido a la negativa de la Caja Municipal de Ahorros y Crédito de Huancayo (en adelante, CMAC Huancayo) en brindarle la carta fianza de garantía de seriedad de oferta por la suma de S/ 79,450.00, no habría podido participar en los procesos de selección convocados por EsSalud, específicamente en la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4.

397. Al respecto, en sus alegatos al Informe Técnico, CD Jesús María presentó la Carta 04826-2015-G-CMACHYO de fecha 23 de noviembre de 2015[222], en la cual CMAC Huancayo manifestó lo siguiente:

> *"De acuerdo al cruce de información solicitado, en efecto existe una solicitud de otorgamiento de la carta fianza de Seriedad de Oferta por un monto de S/. 88,300.00, sin embargo;* ***el trámite no fue concluido debido a que su persona no cumplió con realizar el pago de la comisión correspondiente para la emisión de la carta fianza, cayendo en abandono dicho trámite lo cual fue ocasionado por su persona a pesar que tenía pleno conocimiento que obligatoriamente se tendría que pagar la comisión****."*
>
> (Énfasis y subrayado agregados)

398. Como puede observarse, según las afirmaciones de CMAC Huancayo, la emisión de dicho documento no llegó a concretarse debido a la propia conducta de la empresa imputada, siendo esta quien decidió no continuar con el trámite. En consecuencia, la falta de participación de CD Jesús María en los procesos de selección evaluados no podría explicarse por una demora o negativa por parte de dicha entidad financiera en emitir la carta

[222] Ver foja 10876 del expediente.

fianza solicitada, ajena al comportamiento del centro en cuestión.

399. Por tal motivo, esta Sala considera que dicha alegación no resulta válida para justificar o explicar las abstenciones de dicho centro de hemodiálisis, por razones distintas al contexto colusorio antes desarrollado.

400. Sin perjuicio de lo señalado, esta Sala coincide con la Comisión en que, incluso en el supuesto de que se acreditaran las afirmaciones de CD Jesús María respecto a los problemas que tuvo para obtener la carta fianza, dicha justificación solo sería aplicable al proceso de selección correspondiente a la AMC3, sin que sea posible extender dicha justificación a la AMC1, AMC2 y AMC4.

401. En efecto, de acuerdo con las propias afirmaciones de CD Jesús María, las gestiones para obtener la carta fianza se habrían iniciado en agosto de 2012, mientras que la AMC1 y la AMC2 se llevaron a cabo en agosto y diciembre de 2011, respectivamente. Por su parte, la AMC4 recién se realizó en octubre del 2012, dos meses después de la fecha en la que, según las propias declaraciones de CD Jesús María, se habría cumplido con realizar el depósito para la emisión de la referida carta fianza.

- ***Cenesa***

402. Cenesa ha reiterado que la demora en la emisión de la carta fianza no le habría permitido presentar su propuesta en el Concurso Público y la AMC1. Asimismo, indicó que no se presentó a la AMC Derivada en su Segunda Convocatoria, debido a que se encontraba inhabilitado para participar, puesto que el hijo de su representante legal se encontraba trabajando desde el año 2011 en el Hospital Edgardo Rebagliati Martins.

403. En cuanto a la AMC3 y la AMC4, ha argumentado que no pudo participar al encontrarse presentando una iniciativa público-privada junto con IGSA Medical Services Perú S.A. (en adelante, IGSA) a EsSalud para cubrir la demanda de servicio de hemodiálisis.

- <u>Concurso Público y la AMC1</u>

404. Cenesa ha alegado que el Banco Interbank habría retrasado la emisión de la carta fianza de seriedad de oferta, impidiendo que Cenesa participara en el Concurso Público. De acuerdo con los correos adjuntados, la solicitud para contar con la carta fianza fue presentada el 28 de febrero del 2011, es decir, casi dos meses antes de que se llevara a cabo la presentación de propuestas del Concurso Público el 18 de abril del 2011.

405. Al respecto, se observa que Cenesa realizó las gestiones necesarias para la obtención de la carta fianza exigida para participar en el Concurso Público, dentro de un plazo razonable. Sin embargo, luego de: (i) una serie de coordinaciones, y (ii) sucesivos requerimientos efectuados por la representante de la entidad financiera por vía electrónica[223] que fueron atendidos; se le comunicó a dicho centro que la evaluación de la carta fianza solicitada tardaría un mínimo de 15 días hábiles, pese a que faltaba una semana para que concluya el plazo de presentación del documento en cuestión[224].

406. Siendo así, se encuentra sustentado que, en este caso, la demora en la emisión de la carta fianza en cuestión obedeció a circunstancias no atribuibles a Cenesa; por lo que esta Sala considera que la abstención de dicho centro de hemodiálisis en el Concurso Público resultaba atendible.

407. Sin embargo, esta Sala coincide con la Comisión en que, contrariamente a lo alegado por Cenesa, esta justificación no podría extenderse a la AMC1.

408. Si bien Cenesa ha acreditado el retraso en la carta fianza como impedimento para participar en el Concurso Público, las fechas de los correos y los elementos probatorios aportados por esta no estarían relacionados con la AMC1, que tuvo lugar cuatro (4) meses después del Concurso Público, por lo que Cenesa contó con tiempo suficiente para obtener una carta fianza que le permita participar en el mismo.

409. Asimismo, se observa que: (i) el monto total de la carta fianza requerida para la AMC1, ascendente a S/ 731,007.00[225], era menor al de la garantía

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

223 A través de los correos electrónicos de fecha 22 de marzo y 6 de abril de 2011.

224 Ver fojas 7911 a 7915 del expediente.

225 Monto máximo total de dicha carta fianza, en caso se postulase a todos los ítems ofertados, de acuerdo con lo indicado en las bases correspondientes a la AMC1:

BASES DE LA AMC DERIVADA EN SU PRIMERA CONVOCATORIA:

exigida en el Concurso Público (ascendente a S/ 867,400.00[226]), y (ii) Cenesa no ha aportado elemento probatorio alguno que permita determinar las gestiones realizadas para la obtención de una carta fianza para la AMC1.

410. Más aún, se debe tomar en cuenta que, a partir de la AMC1, los ofertantes incluso podían participar por uno o más ítems correspondientes a determinadas zonas geográficas, para lo cual únicamente debían presentar una carta fianza por el monto correspondiente a los mismos[227].

- AMC2

411. Cenesa ha reiterado lo indicado en sus descargos, en el sentido de que su abstención en la AMC2 se debía a que se encontraba imposibilitada de contratar con EsSalud, ya que el hijo de su representante legal se encontraba trabajando desde el año 2011 en el Hospital Edgardo Rebagliati Martins, incurriendo con ello en el impedimento de contratar establecido en el artículo 10 de la LCE.

412. Cabe indicar que no corresponde a esta Sala evaluar si es que, de conformidad con la referida norma, Cenesa podía o no contratar con el EsSalud; sino únicamente determinar si la razón por la cual dicho centro no participó de la AMC2 fue el impedimento alegado y si ello descarta que esta conducta se haya realizado como parte del acuerdo colusorio cuestionado.

413. Esta Sala coincide con la Comisión en que los argumentos presentados por Cenesa, respecto a su abstención en la AMC2, serían contradictorios con las acciones desarrolladas por dicha empresa y, por tanto, no resultarían verosímiles.

b) Garantía de seriedad de oferta por el monto de indicado en el cuadro adjunto, (según el ítem al que postula).

Item	Zona	Garantía	
1	Callao	96,589.30	(Noventa y seis Mil Quinientos Ochenta y Nueve con 30/100 Nuevos Soles)
2	Lima Ciudad I	88,540.19	(Ochenta y Ocho Mil Quinientos Cuarenta con 19/100 Nuevos Soles)
3	Lima Ciudad II	77,808.04	(Setenta y Siete Mil Ochocientos Ocho con 04/100 Nuevos Soles)
4	Lima Ciudad III	95,459.51	(Noventa y cinco Mil Cuatrocientos Cincuenta y Nueve con 51/100 Nuevos Soles)
5	Lima Ciudad IV	61,709.83	(Sesenta y un Mil Setecientos Nueve con 83/100 Nuevos Soles)
6	Lima Ciudad V	72,441.97	(Setenta y dos Mil Cuatrocientos Cuarenta y uno con 97/100 Nuevos Soles)
7	Lima Ciudad VI	56,343.76	(Cincuenta y Seis Mil Trescientos Cuarenta y Tres con 76/100 Nuevos Soles)
8	Lima Ciudad VII	56,343.76	(Cincuenta y Seis Mil Trescientos Cuarenta y Tres con 76/100 Nuevos Soles)
9	Lima Sur I	64,392.86	(Sesenta y cuatro Mil Trescientos Noventa y dos con 86/100 Nuevos Soles)
10	Lima Sur II	77,808.04	(Setenta y Siete Mil Ochocientos Ocho con 04/100 Nuevos Soles)
11	Lima Este	112,687.51	(Ciento Doce Mil Seiscientos Ochenta y Siete Mil con 51/100 Nuevos Soles)

226 Según lo indicado en las bases correspondientes al Concurso Público.

227 Ver nota al pie 225.

414. Al respecto, se debe tomar en cuenta que, a pesar de lo alegado por Cenesa -en el sentido de que en el año 2011 se encontraba inhabilitada para contratar con EsSalud, por lo que no pudo presentar su oferta en la AMC2-, según se puede apreciar en el Seace, durante ese mismo año dicho centro de hemodiálisis participó y obtuvo la buena pro para contratar con EsSalud en 54 Adjudicaciones de Menor Cuantía[228], prestando 16,549 sesiones de hemodiálisis en virtud de dichos procesos de selección[229].

415. En su apelación, Cenesa ha señalado que desconocía que el impedimento recogido en el artículo 10 de la entonces vigente LCE, también resultaba de aplicación a las referidas adjudicaciones de menor cuantía.

416. Con relación a lo anterior, esta Sala aprecia que tanto la AMC2 como los 54 procesos antes referidos constituían adjudicaciones de menor cuantía. Por tanto, al margen de que el cargo desempeñado por el hijo del representante legal de Cenesa resultase o no un impedimento para que dicha empresa pudiese contratar con EsSalud durante el año 2011, lo cierto es que el elemento que distinguía a la AMC2 del resto de procedimientos de contratación en los que sí participó, consistió en que la primera derivó del Concurso Público y, en ese sentido, estuvo vinculada a las coordinaciones objeto de imputación en el presente procedimiento.

417. Por lo expuesto, esta Sala considera que el alegato de Cenesa, no resulta suficiente para descartar que su abstención en la AMC2 haya sido influenciada por el acuerdo objeto de imputación.

- <u>AMC3 y AMC4</u>

418. En sus descargos, Cenesa manifestó que se abstuvo de participar en la AMC3 y ACM4, debido a que desde marzo de 2012 presentó a EsSalud una iniciativa privada junto con IGSA, que cubría la totalidad de la demanda de sesiones de hemodiálisis en Lima y Callao. A fin de acreditar sus afirmaciones, Cenesa proporcionó como pruebas varias cartas que versan sobre esta iniciativa privada, que pueden dividirse en dos grupos: (i) las cartas emitidas por EsSalud sobre la evaluación de la iniciativa privada, y (ii) las comunicaciones internas de Cenesa respecto a su participación en dicha iniciativa privada.

---

228 Cenesa obtuvo la buena pro de los 54 procesos referidos en las siguientes fechas: 7 de enero; 10, 11, 14, 15, 18, 21, 24, 29 y 31 de marzo; 5, 8, 13, 20, 25 y 29 de abril; 11, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 30 y 31 de mayo; 10, 16, 17, 21, 23, 28 y 30 de junio; 1, 4 y 5 de julio; 26 y 31 de agosto; 01, 06, 08, 14, 15, 20, 21 y 23 de setiembre; 10, 12, 14 y 24 de octubre; 3, 17, 21 y 30 de noviembre; y 2 de diciembre.

229 Ver foja 275 del expediente.

419. Respecto al primer grupo de comunicaciones, la Comisión señaló que las cartas enviadas por EsSalud acreditarían que la propuesta por parte de IGSA para llevar a cabo la iniciativa privada fue presentada el 22 de febrero del 2013, es decir, 11 meses después de la fecha referida por Cenesa, resultando desfavorable la evaluación de esta propuesta por no cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 50-16-ESSALUD-2010.

420. Asimismo, la primera instancia precisó que el documento presentado por Cenesa a efectos de acreditar su decisión de asociarse con IGSA es una comunicación interna cursada entre los accionistas de Cenesa, que no presenta una fecha cierta de emisión ni una numeración que permita contrastarla con las demás cartas referidas a otros asuntos que fueron remitidas por Cenesa a EsSalud[230].

421. En atención a lo anterior, la Comisión concluyó que no habrían existido impedimentos o conflictos de interés por parte de Cenesa que le impidieran participar en la AMC3 y la AMC4. Más aún, cuando en los procesos de selección antes mencionados, Cenesa emitió a EsSalud cartas con las cotizaciones para prestar el servicio de hemodiálisis, así como respuestas sobre su abstención, donde habría señalado como motivo de su falta de participación, el desacuerdo con el precio referencial establecido por EsSalud y no la iniciativa privada en cuestión.

422. Con su escrito de apelación, Cenesa ha presentado un acta notarial emitida por la Notaría Urrutia, en la que se indicaría que las coordinaciones con la empresa IGSA se remontan a mayo de 2012.

423. Sin perjuicio de que las negociaciones entre Cenesa e IGSA daten de dicha fecha, lo cierto es que la denunciada ha alegado que el conflicto de interés en cuestión se habría dado como consecuencia de la presentación de la referida iniciativa ante EsSalud. En ese sentido, las negociaciones privadas con IGSA que se hayan podido llevar a cabo, forman parte de una etapa previa a la presentación de la referida iniciativa, por lo que su existencia no sustenta la alegada justificación.

424. Siendo así, debido a que Cenesa únicamente ha acreditado de forma fehaciente la presentación de la propuesta de iniciativa privada el 22 de febrero de 2013, dicha supuesta justificación debe ser descartada.

425. A mayor abundamiento, el solo hecho de que, desde mayo de 2012, Cenesa haya entrado en negociaciones con IGSA sobre la formación de un

[230] Las cartas referidas, remitidas por Cenesa a EsSalud para la presentación de cotizaciones y dar respuesta a consultas de EsSalud, de fecha 20 de julio de 2012, 14 de setiembre de 2012 y 9 de octubre de 2012, fueron numeradas con 245-2012-CENESA, 315-2012-CENESA y 378-2012-CENESA, respectivamente.

consorcio para la futura presentación de una iniciativa privada no implicaba que, durante el transcurso de dichas negociaciones, Cenesa tuviera algún conflicto de interés que le impidiera presentarse a las referidas convocatorias.

426. Por ende, el argumento antes indicado no podría justificar la abstención de Cenesa en las AMC3 y AMC4 convocadas en el año 2012.

- ***Clínica Grau***

427. En su apelación, Clínica Grau ha manifestado que, si bien en sus descargos alegó que no participó en la AMC3 debido a un retraso en la entrega de la carta fianza, la Comisión no tuvo en cuenta ello.

428. Sobre el particular, de la revisión de la resolución apelada, se puede apreciar que, en su pronunciamiento final, la primera instancia descartó la justificación alegada por Clínica Grau para abstenerse de participar en la referida convocatoria, debido a que dicha empresa no presentó ningún tipo de documentación o medio probatorio que acreditase que, efectivamente, hubo un atraso en la emisión de la carta fianza en cuestión[231].

429. Por lo expuesto, y en atención a que Clínica Grau tampoco ha adjuntado a su escrito de apelación medio probatorio alguno que sustente el supuesto retraso en la emisión de su carta fianza, esta Sala coincide con la Comisión en que no corresponde considerar como válido este argumento señalado por Clínica Grau.

430. En su apelación Clínica Grau ha reiterado que no participó en la AMC4 debido a que ya no contaba con la autorización correspondiente. Sobre el particular, dicha empresa presentó ante esta instancia copia del Oficio 3502-2009-DG-DESP-DSS-2902-DISA IV LE, que acreditaría que contó con autorización para brindar servicios de hemodiálisis desde el 2 de setiembre del 2009 y con vigencia hasta el 1 de setiembre de 2012, de conformidad con el artículo 100 del Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo, aprobado por Decreto Supremo 013-2006-SA.

431. En la misma línea de lo señalado respecto a Cenesa, no corresponde a esta Sala evaluar si, conforme al marco legal, Clínica Grau se encontraba o no autorizada para la prestación del servicio de hemodiálisis; sino únicamente determinar si la razón por la cual dicho centro no participó de la AMC4 fue el impedimento alegado y si ello descarta que esta conducta

231 Ver el numeral 363 de la resolución apelada.

se haya realizado en el marco del acuerdo colusorio cuestionado.

432. Sobre el particular, como bien ha precisado la Comisión, la cantidad de prestaciones brindadas a EsSalud a través de la modalidad de adjudicaciones directas se mantuvieron constantes durante el periodo de la AMC4 y los meses posteriores a ella[232]. Esta situación reflejaría que, pese a lo alegado por Clínica Grau, dicho centro continuó con la prestación del servicio de hemodiálisis, sin que en el presente procedimiento haya acreditado cómo podía seguir brindando el servicio en cuestión de forma regular, salvo para el caso de la AMC4.

433. Por tanto, al margen de que Clínica Grau se encontrase o no debidamente autorizada para la prestación del servicio de hemodiálisis, lo cierto es que el elemento que distinguía a la AMC4 del resto de procedimientos de contratación en mención, consistió en que la primera derivó del Concurso Público y, en ese sentido, estuvo vinculada a las coordinaciones objeto de imputación en el presente procedimiento. En tal sentido, se debe descartar lo alegado por Clínica Grau sobre este punto.

- ***INPA***

434. INPA ha señalado que, en el caso de la AMC2 su abstención se debió a que dicha empresa no contaba con la vigencia de poder de su presentante legal, hecho que habría implicado su descalificación y que no pudiera presentar el expediente con su propuesta.

435. A efectos de acreditar dicha afirmación, INPA remitió el cargo de la Carta 221-2012, en la cual informó al CNSR que no habría participado debido a que no contaba con la vigencia de poder del representante legal al momento de la presentación de propuestas.

436. Si bien la carta antes señalada tiene el sello de recepción del CNSR, se debe indicar que ello no enerva que se trate de un documento que únicamente contiene una manifestación de quien lo remite (en este caso, INPA), y por ende, no sea suficiente para sustentar los hechos relatados en esta comunicación.

437. En todo caso, el no contar con la vigencia del poder de su representante constituye un hecho que se encontraba dentro del ámbito de control de dicho centro y que, apreciado en conjunto con el resto de elementos existentes en el expediente -incluyendo la carta que remitió a EsSalud señalando que no se presentó a la AMC3 por el precio ofrecido[233]-, no

232 Ver foja 288 del expediente.
233 Ver foja 1328 del expediente.

resulta suficiente para desvirtuar que su falta de participación en la AMC2 haya sido consecuencia del acuerdo adoptado con los otros centros de hemodiálisis.

438. Por tanto, al no existir mayores elementos que generen convicción a esta Sala respecto a la justificación de la abstención en la AMC2 alegada por INPA, corresponde desestimar los argumentos planteados por dicha empresa.

- ***Ceer***

439. Ceer ha argumentado que no se presentó al Concurso Público debido a que la fianza exigida en las bases era demasiado onerosa (S/ 867,000.00).

440. Sin embargo, dicha empresa no ha adjuntado en su apelación, ni durante el trámite del procedimiento, medios probatorios que acrediten que la alegada onerosidad de la referida carta fianza haya sido la razón por la cual no se presentaron al referido concurso

441. De la revisión de los actuados, se aprecia que Ceer presentó su cotización de precios referenciales para el Concurso Público[234]; y las posteriores Adjudicaciones de Menor Cuantía derivadas de dicho proceso de selección.

442. Asimismo, luego de la AMC3 y ante el requerimiento de EsSalud, Ceer remitió una carta señalando que no se presentó a la referida convocatoria debido a que el valor referencial no cubría *"las exigencias de las especificaciones técnicas"* y que *"el cálculo del valor referencial no está conforme a Ley"*[235]. Sin embargo, en dicha comunicación Ceer no hizo mención alguna respecto de la presunta onerosidad de la carta fianza exigida en las bases del referido concurso.

443. De lo anterior se desprende que las motivaciones de dicho centro para abstenerse de participar del Concurso Público y las Adjudicaciones de Menor Cuantía derivadas de este, efectivamente estuvieron vinculadas al valor referencial establecido por EsSalud y no a la onerosidad de la carta fianza en cuestión.

- ***OM Dial***

  - <u>La abstención en el Concurso Público</u>

[234] Ver foja 1806 del expediente.

[235] Ver foja 1328 del expediente.

444. En su escrito de descargos, OM Dial refirió que se habría encontrado impedida de participar en el Concurso Público debido a que la carta fianza requerida por las bases de dicho proceso de selección ascendía a un importe de S/ 8,673,995.03 (ocho millones seiscientos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con 03/100 Soles), equivalente al 10% del monto total del contrato.

445. Sobre el particular, la Comisión señaló que los descargos realizados por OM Dial respecto al Concurso Público no se condicen con lo establecido en dichas bases. Así, en el numeral 2.8 de las Bases para la Contratación del Servicio de Hemodiálisis de atención ambulatoria para 12 meses, se señala lo siguiente:

> *"2.8 SOBRE N° 2 – PROPUESTA ECONÓMICA*
> *(…)*
> *b) Garantía de seriedad de oferta por un monto de S/. 867,400.00 (Ochocientos Sesenta y Siete mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles."*

446. La primera instancia indicó que, conforme se aprecia de las bases, la carta fianza que los postores debían presentar a EsSalud era significativamente menor al valor señalado por OM Dial en sus descargos, diferenciándose por casi ocho millones de soles.

447. Asimismo, de acuerdo con el análisis realizado por la Comisión, los costos de incorporar los requerimientos del Concurso Público, tales como la carta fianza, no habrían resultado de tal magnitud que impidieran a los centros de hemodiálisis investigados participar en dicho proceso de selección. Esta conclusión se encontraría corroborada por las declaraciones y documentación de Cenesa, la cual procedió a tramitar la carta fianza correspondiente.

448. En su apelación, OM Dial ha señalado que, por un error material en su escrito de descargos, indicaron que el monto de la carta fianza era de S/ 8,647,000.00, cuando en realidad era de S/ 867,400.00. Por otra parte, dicho centro indicó que, de una revisión de sus estados financieros correspondientes a los años 2010 y 2011, se podría apreciar que no estaba en condiciones para justificar o garantizar la emisión de una carta fianza por el monto requerido.

449. Esta Sala considera que los estados financieros que ha presentado OM Dial no acreditan por sí mismos que dicha empresa no calificara para la emisión de una carta fianza por S/ 867,400.00, ya que ello dependerá de las condiciones que exija cada entidad financiera, así como de la evaluación que estas realicen respecto de cada empresa en particular.

450. En ese sentido, no existe evidencia dirigida a acreditar que, efectivamente, algún banco u otra entidad financiera: (i) exigiera a OM Dial algún requisito que no pudiese cumplir para la emisión de la referida carta fianza, o (ii) rechazara alguna solicitud de dicho centro para acceder a mencionada carta fianza. Por ende, las alegaciones presentadas no resultan suficientes para desvirtuar que se haya abstenido de participar en el Concurso Público como consecuencia del acuerdo imputado.

- La abstención en la AMC1 y AMC2

451. En sus descargos, OM Dial manifestó que no había participado en la AMC1 ni en la AMC2, ambas llevadas a cabo en el años 2011, debido a que habría iniciado una renovación de sus equipos, siendo esto una prioridad para su empresa.

452. Al respecto, la Comisión señaló que dicha afirmación resultaba contradictoria con el accionar que OM Dial habría desarrollado en dicho periodo, ya que, según se podría apreciar del Seace[236] y de la información proporcionada por EsSalud, esta empresa habría participado en procesos de selección para adjudicaciones de menor cuantía, obteniendo 32 buena pro durante el periodo del 2011 y realizando en promedio 817 sesiones de hemodiálisis al mes[237].

453. Complementariamente, la Comisión indicó que las bases de la AMC1 y AMC2 referían que la vida útil de las máquinas no debía ser mayor a 7 años, observándose según la propia información proporcionada por OM Dial, que de las 11 máquinas con las que contaba para prestar el servicio de hemodiálisis en el momento de realización de los procesos de selección antes indicados, la más antigua tenía como fecha de adquisición el 15 de setiembre del 2006.

454. Por consiguiente, la vida útil de las máquinas para prestar el servicio de hemodiálisis en los procesos de selección convocados por EsSalud habría llegado hasta setiembre de 2013, por lo que no existían inconvenientes

236 Información sobre procesos de selección con buena pro obtenida por OM Dial. Información registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado. http://www2.seace.gob.pe/Default.asp?scriptdo=PKU_PROVEEDORESBUENAPRO.doview&fldsearch=20509046957&fldanho=2011&flruc=20509046957&fldsearchentidad=&pfldtop100=&pnpage=&_CALIFICADOR_=PORTLET.1.117.0.21.81&_REGIONID_=1&_PORTLETID_=117&_ORDERID_=0&_PAGEID_=21&_CONTENTID_=81&_USERID_=<!--USERID-->&_PRIVILEGEID_=1 Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

237 En efecto, a pesar de alegar la realización de una renovación de equipos OM Dial mantuvo en el 2011 un promedio de prestaciones mensuales cercano al presentado en el año 2010, año en el que se observó un promedio de 837 sesiones mensuales de hemodiálisis. Así, OM Dial siguió prestando el servicio de hemodiálisis con regularidad durante el año 2011, no viéndose afectada su capacidad por la supuesta renovación de equipos realizada durante dicho periodo.

para que OM Dial presentara propuestas en la AMC1 y AMC2, el 24 de agosto y 19 de diciembre del 2011, respectivamente.

455. Sumado a ello, la Comisión señaló que, de acuerdo con el escrito presentado por OM Dial el 16 de setiembre de 2015, dicha empresa no realizó renovaciones de máquinas en el 2011, hecho que refutaría el argumento presentado.

456. En su apelación, OM Dial ha insistido en que sí renovó sus equipos y ha alegado que la Comisión debió de inspeccionar su local para poder verificar dicha afirmación. Asimismo, indicó que participó en otros procesos de selección debido a que las condiciones en cuanto a la antigüedad de los equipos eran más flexibles.

457. Sin embargo, dicha empresa no ha presentado ningún medio probatorio que acredite que, efectivamente, inició una renovación de sus equipos en el año 2011, y se ha limitado a señalar que la primera instancia tendría que haber realizado visitas inspectivas a sus locales para verificar la veracidad de sus afirmaciones. Al respecto, cabe indicar que estas visitas únicamente permitirían apreciar la situación actual de los referidos equipos, mas no su vida útil -la cual podría sustentarse mediante los respectivos documentos de compra o adquisición-, por lo que se deben descartar sus argumentos sobre este punto.

458. Esta Sala coincide además con la primera instancia, al considerar que, si fuera cierto que OM Dial se encontraba renovando sus equipos y que por esa razón no se presentó a la AMC1 ni a la AMC2, dicha empresa tampoco hubiera podido mantener la continuidad de la prestación del servicio de hemodiálisis durante ese periodo. No obstante, de la revisión del expediente se comprueba que, durante los años 2011 y 2012, OM Dial prestó el servicio de hemodiálisis a través de compras directas efectuadas por EsSalud (10328 sesiones en el año 2011 y 2679 sesiones en el 2012)[238].

459. A mayor abundamiento, el hecho de que en ese momento dichos equipos aún tuvieran un plazo de vigencia de dos años constituye un indicio que resulta contrario a lo afirmado por OM Dial.

460. Como bien ha señalado la Comisión, de ser cierto lo afirmado por dicho centro, en el sentido de que sus máquinas se encontraban en proceso de renovación, éste hubiera dejado de percibir los ingresos derivados de su explotación por un período de dos años, pese a que aún era válidamente posible hacer uso de las mismas. Lo anterior no resulta razonable desde el

238 Ver foja 264 del expediente.

punto de vista económico y financiero, máxime si se considera que en dicho periodo EsSalud se encontraba licitando la prestación del servicio en cuestión.

461. Finalmente, de la revisión de las bases correspondientes a los procesos de selección de mayor y de menor envergadura, se desprende que no existieron diferencias entre los requisitos de antigüedad máxima de los equipos a ser empleados para la prestación del servicio de hemodiálisis, por lo que se debe descartar lo alegado por OM Dial en su apelación.

(viii) Justificaciones referidas a costos formuladas por los centros investigados

462. Sin perjuicio de las justificaciones antes analizadas, en apelación, algunos de los centros de hemodiálisis[239] alegaron no haberse presentado al Concurso Público, o a la AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, debido a que el valor referencial correspondiente no cubría los costos, no siendo entonces rentable su participación.

463. En esa misma línea, Centro Ventanilla ha alegado que la justificación por la que no participó en el Concurso Público y en la AMC Derivada en ninguna de sus convocatorias, se encuentran en la carta enviada al señor Jefe de la División de Logística de EsSalud de fecha 17 de mayo de 2011. En dicha comunicación, habría informado que el precio por sesión de hemodiálisis era insuficiente para cubrir los costos derivados de los requerimientos del servicio[240].

464. Asimismo, Ceer ha argumentado que no se presentó al Concurso Público debido a modificaciones en las bases del proceso, así como por las condiciones para la prestación del servicio de hemodiálisis, las cuales le impedían cubrir los costos y gastos derivados de la inclusión de nuevas exigencias técnicas relacionadas al procedimiento y medidas de bioseguridad.

465. Con relación a las AMC Derivadas, Ceer señaló que su falta de participación en las mismas, se debe a que no se efectuaron cambios a las bases, las cuales no se ajustaban a la realidad del mercado. Sobre el particular, dicha empresa habría remitido una comunicación de fecha 24 de octubre de 2012 al CNSR, explicando los motivos por los que no participó en dicha convocatoria.

---

239 Benedicto XVI, San Ignacio, San Juan Masías, San Camilo, Santa Elena, Centro Zárate y Santa Ana.

240 Ver foja 7827 del expediente.

466. Pese al mencionado alegato, esta carta no ha sido presentada por Ceer ni con su apelación, ni con su escrito de descargos. Sin perjuicio de ello, de la revisión del expediente se aprecia que, con fecha 29 de enero de 2013, Ceer remitió una carta a la Jefa de la Oficina de Logística de la CNSR, informando que no participaron en la AMC4 debido a que el valor referencial no cubría las exigencias de las especificaciones técnicas para la prestación del servicio.

467. Al respecto, como bien ha precisado la primera instancia, entre los años 2010 y 2012, no solo fueron convocados procesos de selección de gran envergadura, sino también procesos de selección de menor envergadura para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso de filtros en Lima y Callao[241].

468. De acuerdo con información disponible en el Seace, así como con la información presentada por EsSalud en el marco del presente procedimiento[242], entre los años 2010 y 2011 las empresas investigadas -incluyendo a Benedicto XVI, San Ignacio, San Juan Masías, San Camilo, Santa Elena, Centro Zárate, Santa Ana, Centro Ventanilla y Ceer- prestaron el servicio de hemodiálisis con reúso de filtros mediante procesos de menor envergadura convocados por EsSalud. Asimismo, entre los años 2011 y 2012, los referidos centros también prestaron dicho servicio mediante procesos de adjudicación directa.

469. Cabe anotar que los valores referenciales y precios adjudicados en los procesos de menor envergadura y compras directas fueron de S/ 172.89 en 2010 y S/ 171.44 en 2011 y 2012. Así, los centros de hemodiálisis prestaron sus servicios a EsSalud en el periodo investigado (2010 a 2012) cobrando entre S/ 171.44 y S/ 172.89 por sesión de hemodiálisis.

470. De lo anterior se desprende que los valores referenciales de los procesos de menor envergadura fueron similares -incluso menores- a los valores referenciales de los procesos de selección de gran envergadura. En efecto, los valores referenciales de los procesos de gran envergadura fueron: S/ 172.89 en 2010, S/ 171.44 en 2011 y S/ 175.04 en 2012.

471. En ese punto, corresponde precisar que las condiciones de prestación del servicio de hemodiálisis en los procesos de selección de menor envergadura y gran envergadura se encuentran en: (i) las bases de los referidos procesos -donde se especifican los términos de referencia (TDR), que detallan las especificaciones técnicas para la prestación del servicio; y

241 Ver acápite III.4.1 de la presente resolución.

242 Ver fojas 285, 286, 288 y 289 del expediente.

(ii) en el Manual de Procedimientos de Enfermería, en el cual se detallan las prácticas de atención que deben seguirse en un paciente con enfermedad renal crónica y en el tratamiento de hemodiálisis.

472. Con relación al Manual de Procedimientos de Enfermería, se ha constatado que en las bases de todos los procesos de selección de gran envergadura y de menor envergadura se adjuntó el referido manual, siendo por lo tanto aplicables las mismas prácticas de atención para la prestación del servicio de hemodiálisis, sin que se presenten diferencias sustanciales en el contenido de los requerimientos solicitados por EsSalud de los procesos de selección de gran envergadura al compararlos con los de menor envergadura[243].

473. Las diferencias de las bases de ambos procesos están básicamente relacionadas con requisitos de: (i) garantía, (ii) las especificaciones del montacargas, y (iii) de los extintores de incendio. Al respecto, el costo de la referida garantía ha sido estimado en S/ 1.61 por sesión[244] y los requisitos de montacargas y el extintor en S/ 0.53 soles por sesión[245]. En total, esta diferencia ascendió a S/ 2.14 por sesión[246], lo cual equivale a poco más del uno (1) por ciento (%) del costo global[247].

474. De acuerdo con lo expuesto, los montos cobrados por los centros de hemodiálisis por el servicio prestado a EsSalud en virtud de procesos de menor envergadura y de compras directas entre los años 2010 y 2012 fueron equivalentes a los correspondientes a los valores referenciales de los procesos de gran envergadura convocados en dicho periodo. Por ende, no resulta razonable lo alegado por los denunciados, en el sentido de que no se presentaron al Concurso Público y a la AMC Derivada en sus diferentes convocatorias debido a que el valor referencial no cubría el costo

243 Sobre el particular, cabe señalar que, mediante Carta 1166-CNSR-ESSALUD-2015, EsSalud manifestó que no existieron diferencias sustanciales en las exigencias hechas entre las 2010 y 2012 para la prestación del servicio de hemodiálisis en los procesos de selección de gran envergadura y los de menor envergadura.

244 Conforme a la denuncia del 13 de abril del 2011 presentada ante el OSCE por diversos centros investigados por intermedio del señor Barrios.

245 El cálculo se obtuvo de la información de las cotizaciones presentadas por las empresas que obtuvieron la buena pro en la tercera convocatoria derivada (AMC3) y que pertenecen a los procesos de selección de gran envergadura. Esta información procede de las siguientes empresas: Davita, Renexa, Centros de Hemodiálisis Río Branco Inversiones Médicas S.A.C. y Servibendesa.

246 Sobre el particular, cabe señalar que los procesos de menor envergadura no requerían de carta fianza por lo cual se debe adicionar el referido costo para que dichos procesos sean equiparables con los de mayor envergadura. En el caso de los requerimientos de montacarga y extintores las diferencias corresponden a cambios en las especificaciones, por lo que el monto a adicionar debería corresponder al costo incremental del cambio señalado. Sin embargo, debido a que no se cuenta con dicha información y partiendo de un escenario conservador que favorezca a los Centros de hemodiálisis, se adiciona el monto total por montacarga y extintores.

247 Según lo indicado, los valores referenciales de los procesos de gran envergadura fueron: S/ 172.89 en el 2010, S/ 171.44 en el 2011 y S/ 175.04 en el 2012.

de las exigencias de las especificaciones técnicas para la prestación del servicio.

475. Lo antes señalado se ve reforzado por el hecho de que dichas especificaciones técnicas fueron prácticamente las mismas en ambos tipos de procesos, existiendo una diferencia poco significativa en el costo que debían incurrir los centros por cada sesión de hemodiálisis. En tal sentido, este leve incremento no podría determinar que el valor referencial aceptado por dichos agentes económicos en los procesos de menor envergadura, posteriormente no fuese suficiente para cubrir los costos del servicio en los procesos cuestionados.

VER TABLA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

Tabla 4
Procesos de menor envergadura convocados por EsSalud durante el periodo investigado en los que participaron los centros apelantes

N°	Centros de hemodiálisis apelantes	Órdenes de compra	Otros procesos: Exoneraciones 1/
1	Centro Callao	✓	✓
2	Centro Cono Norte	✓	
3	CD Jesús María	✓	
4	San Fernando	✓	✓
5	San Ignacio de Loyola	✓	
6	Santa Ana	✓	
7	Santo Tomás de Aquino	✓	
8	Centro Ventanilla	✓	✓
9	Centro Zárate	✓	✓
10	Salud Renal	✓	
11	Ceer	✓	✓
12	Centro Caminos del Inca	✓	✓
13	Santa Ena	✓	✓
14	CM Jesús María	✓	✓
15	Villa María	✓	✓
16	Cenesa	✓	✓
17	San Marcelo	✓	
18	Benedicto XVI	✓	✓
19	Clínica Grau	✓	✓
20	Santa Elena	✓	✓
21	San Juan Masías	✓	✓
22	IDT	✓	
23	INPA	✓	✓
24	Interdial Norte	✓	
25	IMP	✓	
26	OM Dial	✓	
27	Nordial	✓	✓
28	Pronefros	✓	
29	Renal Care	✓	
30	San Miguel	✓	✓
31	San Camilo	✓	

El símbolo (✓) indica que participó en al menos una orden de compra o exoneración durante los años 2011 y 2012.
1/ Proceso EXO-1-2011-ESSALUD/CNSR
Fuente: Seace y EsSalud
Elaboración: ST-SDC

476. Finalmente, cabe señalar que lo alegado por los centros, en el sentido de

que no se presentaron a los referidos procesos porque el valor referencial era muy bajo, constituye un elemento adicional que refuerza lo evidenciado en este caso, respecto a que la abstención de dichas empresas tuvo por objeto constituir un mecanismo de presión para que EsSalud elevara el referido valor referencial, de acuerdo con los montos señalados en sus cotizaciones.

(ix) Otros argumentos planteados por los denunciados

477. CD Jesús María ha señalado que las cotizaciones por el servicio de hemodiálisis estuvieron acordes con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece que el valor referencial se debe calcular incluyendo los tributos, seguros, transporte, inspecciones, y de ser el caso, los costos laborales, entre otros conceptos que puedan incidir en el valor del servicio.

478. Por su parte, Ceer argumentó que, en el mes de enero de 2009, un grupo de centros contrataron a la empresa internacional PricewaterhouseCoopers (en adelante, PwC), a fin de que realice un estudio real[248] acerca de los costos del servicio de hemodiálisis, con las especificaciones técnicas vigentes de EsSalud. Sin embargo, la Comisión de forma parcializada, pretendería considerar este documento como una concertación entre los centros para presionar a EsSalud.

479. En el presente caso, la conducta imputada es la realización de una práctica colusoria horizontal por parte de los centros de hemodiálisis, en la modalidad de acuerdo de fijación de precios, destinado a incrementar el valor referencial en el Concurso Público y en las AMC1, AMC2, AMC3 y AMC4, respectivamente.

480. Esta presunta infracción consiste en que las empresas apelantes concertaran y acordaran el monto a ser consignado en sus cotizaciones, con la finalidad de elevar el referido valor referencial. Por ende, la conducta anticompetitiva evaluada en este caso, no radicó en que se haya incluido o no los conceptos prescritos por ley en las cotizaciones remitidas, ni en el hecho de que contrataran a una consultora (PwC) con el objeto de que efectúe un estudio de costos para la prestación del servicio de hemodiálisis.

481. En todo caso, cabe mencionar que, si bien es posible que los agentes tomen en cuenta algunos elementos comunes para elaborar su estructura de costos y sobre dicha base, establecer sus tarifas; lo cierto es que será cada empresa la que, en una situación regular, determine sus propios

[248] En dicho año recibieron el documento denominado “Estudio de Costos del Servicio de Hemodiálisis” en el que se realiza una comparativa de costos con países extranjeros, y se establece que la tarifa por sesión de hemodiálisis es S/ 212.29.

costos y márgenes de beneficios.

482. Siendo así, el hecho de que diversos competidores utilicen un referente (como en este caso, un estudio) para buscar establecer, al margen de sus costos y ventajas competitivas particulares, una contraprestación "adecuada", es un elemento que denota la existencia de una concertación, orientada a restringir o limitar la competencia por precios.

483. En la audiencia de informe oral, el representante de Clínica Grau afirmó que EsSalud habría denunciado a los centros de hemodiálisis ante su incapacidad de tercerizar de forma eficiente la prestación del servicio en cuestión y como consecuencia de los cuestionamientos planteados por la Contraloría General de la República con relación a lo anterior.

484. Al respecto, se debe precisar que en el presente procedimiento no es materia controvertida las motivaciones por las cuales EsSalud habría decidido interponer su denuncia en contra de los centros de hemodiálisis, sino el determinar si es que dichos centros efectivamente incurrieron en la práctica colusoria horizontal imputada.

III.5.7 Conclusión con relación a la evaluación de la conducta de los centros de hemodiálisis

485. Esta Sala ha podido verificar los siguientes hechos sobre la base de los medios probatorios que obran en el expediente:

(i) Entrevistas, correos electrónicos y cotizaciones del servicio de hemodiálisis que revelan la existencia de una estrategia desarrollada por los centros de hemodiálisis, orientada a consensuar mediante reuniones y coordinaciones los valores a presentarse ante los requerimientos de cotización realizados por EsSalud, con el objetivo de que esta entidad incremente el valor referencial establecido para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso.

(ii) Una serie de correos que detallan la realización de las referidas reuniones en fechas determinadas, como parte de la ejecución de la estrategia de cotización mencionada en las entrevistas, siendo cada una de ellas convocada tras la recepción de los requerimientos de cotizaciones de EsSalud.

(iii) Entrevistas y correos electrónicos que revelan la realización de acuerdos entre diversos centros de hemodiálisis en reuniones realizadas tras la convocatoria a procesos de selección de gran

envergadura, para abstenerse conjuntamente de participar en los procesos de selección.

(iv) Correos electrónicos que evidencian que la abstención conjunta de estos centros de hemodiálisis se habría realizado a efectos de convencer a EsSalud de que se ausentarían a los procesos de selección debido a la tarifa pagada, pretendiendo lograr un incremento en el valor referencial del servicio de hemodiálisis.

(v) Un grupo de correos que contienen indicaciones canalizadas por medio de la Adeceprih, a efectos de que cada centro de hemodiálisis indique como motivo de abstención a los procesos de selección de gran envergadura, la presencia de un bajo valor referencial.

486. En mérito de lo antes indicado, y al haber quedado desestimados los contraindicios y las justificaciones presentados por los centros de hemodiálisis, se colige que los hechos constatados responden a la existencia de un acuerdo para fijar el monto de las cotizaciones a presentar en el Concurso Público y las respectivas AMC y que las abstenciones de dichos agentes económicos se habrían dado con el objetivo de reforzar la eficacia de tal práctica anticompetitiva y de esta forma, lograr elevar el valor referencial de los procesos de selección respectivos.

487. Conforme a lo señalado en el acápite III.3.2 del presente pronunciamiento con relación a la prueba indiciaria, la misma representa un medio de prueba pleno y eficaz. En ese sentido, debido a que durante la tramitación del procedimiento se han identificado un conjunto de indicios que dan cuenta de una acción directa y activa por parte de los centros de hemodiálisis imputados, dirigida a elevar el valor referencial en cuestión; se debe descartar el argumento expuesto por el representante de Clínica Grau en la audiencia de informe oral, al señalar que el presente procedimiento se habría basado únicamente en indicios, por lo que - a su criterio - no se podría demostrar la intencionalidad de las imputadas en la realización de la infracción.

III.6 Sobre la responsabilidad de las personas naturales imputadas

488. El artículo 2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas incluye dentro del ámbito subjetivo de aplicación de dicha norma, a aquellas personas naturales que ejerzan la dirección, gestión o representación de algún agente económico y que hayan participado en el planeamiento, realización o ejecución de un acto restrictivo de la libre competencia[249].

[249] **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

489. En tal sentido, se observa que la imputación de responsabilidad en el marco de dicho artículo requiere que la persona cumpla dos condiciones: (i) desempeñar ciertas funciones dentro de un determinado agente económico, y (ii) haber participado en la conducta anticompetitiva.

III.6.1 Sobre la responsabilidad del señor Cesti

490. El señor Cesti, cumple con la primera condición, pues además de accionista, fue Gerente General de Centro Cono Norte, por lo que ejerció labores de dirección y representación de la mencionada empresa[250].

491. Por otra parte, los correos antes descritos[251] demuestran una participación directa y activa de dicha persona en las labores de coordinación entre los centros de hemodiálisis para la fijación de cotizaciones y en las abstenciones respectivas, solicitando instrucciones al señor Barrios sobre las acciones conjuntas a realizar y transmitiéndolas a los demás competidores, e incluso, llegando a solicitar a un centro de hemodiálisis que remita su estructura de costos a otro competidor, a fin de que este último pueda incrementar la cotización que presentaría a EsSalud.

492. Lo antes expuesto comprueba la responsabilidad personal del señor Cesti, por incurrir en la infracción imputada y tipificada en los artículos 1, 2 y 11.1 inciso a) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
(…)

250 **LEY 26887. LEY GENERAL DE SOCIEDADES**
Artículo 152.- Administradores
La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247.

Artículo 188.- Atribuciones del gerente
Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.
Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:
1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje.
3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones del directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.
(…)

251 Para tales efectos, revisar los correos 9, 10, 11 y 13 transcritos en la presente resolución.

III.6.2 Sobre la responsabilidad del señor De la Mata

493. Por su parte, a la fecha de los hechos evaluados, el señor De la Mata ocupó el cargo de Gerente General de CD Callao y, de acuerdo con lo concluido por la primera instancia, habría participado de la comisión de la infracción objeto de análisis en el presente procedimiento. Sin embargo, a través del escrito presentado el 3 de abril de 2017, el referido centro de hemodiálisis informó sobre su fallecimiento[252].

494. Al respecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Civil, la muerte pone fin a la persona[253]; mientras que el inciso 2 del artículo 195 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[254] señala que pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare, por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

495. En ese sentido, la muerte del señor De la Mata resulta un hecho sobreviniente en el procedimiento, que imposibilita su continuación frente a dicha persona natural. Lo anterior, se debe a que el mencionado suceso implica la desaparición del sujeto respecto del cual se ha dirigido este extremo de la imputación materia de análisis y cuya eventual responsabilidad se buscaba dilucidar[255].

496. Por lo expuesto, corresponde declarar concluido el procedimiento respecto del señor De la Mata, y dejar sin efecto la multa que le fue impuesta por la primera instancia.

III.7 <u>Graduación de la sanción</u>

---

252 La inscripción del mencionado deceso ha sido corroborada a través del servicio de consultas en línea del portal web de RENIEC y puede ser apreciada en el siguiente enlace: https://cel.reniec.gob.pe/celconsulta/consulta?nuc=MTY0NDAxNTE=&ndu=NDA5NTkwNTY=

253 **CÓDIGO CIVIL**
Artículo 61.- La muerte pone fin a la persona.

254 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 195.- Fin del procedimiento
195.1 Pondrán fin al procedimiento las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del asunto, el silencio administrativo positivo, el silencio administrativo negativo en el caso a que se refiere el párrafo 197.4 del Artículo 197, el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento y la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado en caso de petición graciable.
195.2 También pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

255 Cabe indicar que dicho criterio ha sido previamente aplicado a través de la Resolución 0353-2017/SDC-INDECOPI del 20 de junio de 2017, en el procedimiento seguido de oficio contra el señor Francisco Castro Fernández.

III.7.1 Los criterios aplicables para la graduación de la sanción

497. El artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[256] establece, a modo de lista abierta, los criterios aplicables por la Autoridad de Competencia para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción, los cuales se detallan a continuación:

(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
(b) la probabilidad de detección de la infracción;
(c) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
(d) la dimensión del mercado afectado;
(e) la cuota de mercado del infractor;
(f) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
(g) la duración de la restricción de la competencia;
(h) la reincidencia de las conductas prohibidas; o,
(i) la actuación procesal de la parte.

498. Asimismo, considerando las normas sancionatorias vigentes a la fecha del hecho infractor, el artículo 230.3 de la Ley 27444[257] recogía el principio de

---

256 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-
La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
(b) La probabilidad de detección de la infracción:
(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
(d) La dimensión del mercado afectado;
(e) La cuota de mercado del infractor;
(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
(g) La duración de la restricción de la competencia;
(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
(i) La actuación procesal de la parte.

257 **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:
a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
b) El perjuicio económico causado;
c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Cabe precisar que, el numeral 230.3 del artículo 230 de la Ley 27444 fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1272, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 21 de diciembre de 2016. Posteriormente, a través

razonabilidad, en mérito del cual se deben considerar las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción aplicable.

499. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad resulta aplicable para la determinación de las sanciones en el marco de un procedimiento sancionador[258]. Asimismo, Morón Urbina[259] indica que dicho principio constituye un test o canon de valoración para evaluar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Lo anterior cobra especial relevancia en el ámbito sancionador, a fin de determinar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.

500. Cabe señalar que un mecanismo de sanciones tiene detrás un esquema de incentivos que le permite desempeñar un rol disuasivo[260]. Desde la perspectiva del análisis económico, ello opera influyendo en las decisiones de los agentes económicos al impactar negativamente sobre el beneficio esperado derivado de la realización de prácticas ilegales, de modo que dicho beneficio ilícito esperado resulte menor que el beneficio que puede obtenerse de actividades legales[261].

---

del Decreto Supremo 006-2017-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que recoge dicha variación. En tal sentido, el referido principio de razonabilidad se encuentra ahora recogido por el artículo 246.3 de dicho Texto Único Ordenado, no constatándose una variación sustancial frente a lo regulado con anterioridad, conforme se puede apreciar a continuación:

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Artículo 246. Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(…)
3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:
a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
d) El perjuicio económico causado;
e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

258 Al respecto, ver la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0760-2004-AA/TC.

259 MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 702 y 703.

260 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, p. 44.

261 BECKER, Gary. “Crime and punishment: an economic approach”, The Journal of Political Economy, Vol. 76, N° 2, Mar-Abr., 1968, pp. 169-217, The University Chicago Press.

III.7.2 La fórmula aplicable

501. Atendiendo a los criterios de graduación establecidos en la ley y a la función disuasiva de la sanción a imponer, la multa aplicable debe ser igual o mayor al beneficio ilícito que el infractor espera obtener (siendo este último la ganancia esperada derivada de la infracción y que, de actuar lícitamente, no se obtendría).

502. El beneficio ilícito esperado depende principalmente de dos factores: (i) el beneficio extraordinario derivado de cometer la infracción y, (ii) la probabilidad de que la conducta infractora sea efectivamente detectada y sancionada.

503. Por ejemplo, si una empresa sabe que se le impondrá una multa equivalente al beneficio ilícito esperado y que solo se detectan y sancionan las infracciones un 10% de las veces, le convendrá seguir cometiendo la infracción. El motivo es que la multa que se le impondrá la vez que se le sancione será compensada con el beneficio extraordinario de las otras nueve veces que no sea sancionada.

504. Asumiendo que cada vez que se infringe una norma, se obtiene un beneficio ilícito de 100, una empresa que incurra en 10 infracciones obtendrá un beneficio de 100 x 10 = 1,000 y sufrirá un costo de 100 cuando sea multada. En consecuencia, en el largo plazo tiene incentivos para cometer la infracción porque su beneficio esperado neto de cometer tal conducta cada diez veces será de 1,000 – 100 = 900.

505. Para desincentivar una infracción que no siempre será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito esperado, con la finalidad de que esta compense la dificultad de detección. En el ejemplo anterior, si al infractor solo se le detecta y sanciona una de cada diez veces, para desincentivar la conducta, la multa que se le imponga la vez que se le detecte debe ser por lo menos igual al beneficio ilícito esperado multiplicado por diez. De esta forma, de cada diez veces que cometa la infracción, el beneficio ilícito esperado será igual a su costo y el agente no tendrá incentivos para infringir la ley.

506. Considerando lo antes expuesto, la fórmula aplicable a fin de graduar la sanción de forma óptima, es la siguiente:

$$Beneficio\ ilícito\ esperado \leq Beneficio\ de\ cumplir\ la\ ley$$

$$Beneficio\ ilícito\ esperado = (B^{NL} - Multa) * (P_{det}) + (B^{NL}) * (1 - P_{det}) \leq B^{L}$$

$$\frac{B^{NL} - B^{L}}{P_{det}} \leq Multa$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

$B^{NL} = Beneficio\ de\ no\ cumplir\ la\ ley$
$B^{L} = Beneficio\ de\ cumplir\ la\ ley$
$B_{Ext} = Beneficio\ extraordinario$
$P_{det} = Probabilidad\ de\ detección$

III.7.3 El cálculo de la multa efectuado por la Comisión

507. La Comisión sancionó a los 31 centros de hemodiálisis apelantes[262] con una multa que en conjunto asciende a mil seiscientos treinta punto cincuenta y ocho (1,630.58) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) y al señor Cesti con una multa de quince punto cuarenta y tres (15.43) UIT[263], calificando la infracción como muy grave[264].

508. La multa fue calculada de manera proporcional al beneficio extraordinario e inversamente proporcional a la probabilidad de detección, empleando la siguiente ecuación:

$$Multa\ base = \frac{B_{Ext}}{P_{det}}$$

509. La Comisión determinó, en primer lugar, el beneficio ilícito extraordinario, concepto que incluye el beneficio anticompetitivo real o potencialmente obtenido por las empresas infractoras como consecuencia de la realización de la infracción. Luego, determinó la multa base dividiendo el beneficio ilícito extraordinario entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva.

---

262 Conforme a lo señalado en la nota al pie 15, la Comisión consideró no sancionar a Nefro Continente S.A.C., Davita S.A., Renexa S.A., Plusvida Servicios Médicos S.A.C. y Centro de Prevención de Enfermedad Renal S.A.C. Asimismo, cabe precisar que los centros Nephro Care, Santa Anita e Inversiones Trujillo fueron sancionados, pero no apelaron la decisión de la Comisión.

263 Una UIT del año 2016 equivale a S/ 3,950.00.

264 Asimismo, se sancionó al señor De la Mata con una multa de siete punto sesenta (7.60) UIT. No obstante, como ya se ha señalado, dicho administrado falleció el 29 de septiembre de 2016.

510. En el presente caso, el beneficio ilícito extraordinario está representado por los beneficios potenciales que percibirían las empresas investigadas como consecuencia del incremento conjunto de las cotizaciones, efectuado con la finalidad de afectar el valor referencial de los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud para atender los servicios de hemodiálisis con reúso, entre el 2010 y 2012 en Lima y Callao.

511. Así, la multa base determinada por la primera instancia, se derivó de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Multa\ base_i = \frac{\left(Precio\ concertado_i - Precio\ competitivo_j\right) * Q_i}{Probabilidad\ de\ detección}$$

Donde:

$Precio\ concertado_i = promedio\ simple\ de\ las\ cotizaciones\ presentadas\ y\ el\ precio\ histórico$
$Precio\ competitivo_i = precio\ histórico$
$Q_i = cantidad\ de\ servicios\ vendidos\ durante\ el\ periodo\ de\ infracción$
$Probabilidad\ de\ detección\ = probabilidad\ de\ detección\ de\ la\ conducta$

512. El símbolo "i" es un símbolo diferenciador por empresa, por lo que la Comisión calculó beneficios ilícitos extraordinarios y multas distintas por empresa infractora. De otro lado, consideró una probabilidad de detección común a todas ellas, debido a que se trata de una práctica colusoria horizontal realizada en conjunto por las empresas infractoras.

513. Con relación al precio concertado, la Comisión lo definió como el precio promedio esperado que los centros sancionados habrían podido obtener con su actuación coordinada. A decir de la primera instancia, los centros de hemodiálisis buscaban que el valor referencial de los procesos sea igual al promedio de las cotizaciones coordinadas y el precio histórico utilizado por EsSalud.

514. De otro lado, para la Comisión, el precio competitivo sería aquel que los centros investigados buscaron afectar con su accionar coordinado, equivalente al valor referencial propuesto por EsSalud correspondiente a cada proceso de gran envergadura[265].

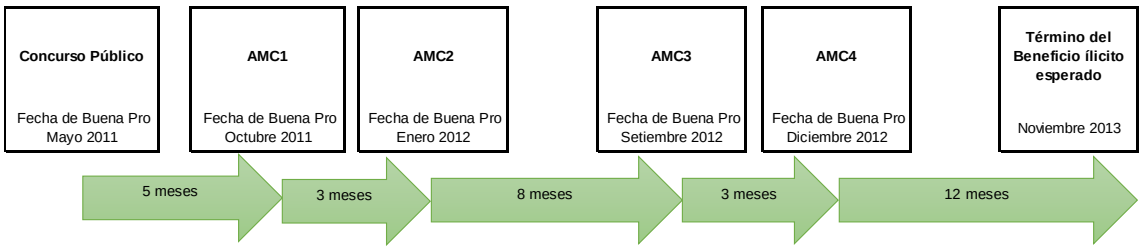
515. Respecto a los servicios que se prestarían en el periodo infractor, la Comisión señaló que esto correspondería al número de atenciones que los centros de hemodiálisis esperaron sean contratadas con su accionar coordinado. En ese sentido, aproximó dichas cantidades a partir de los

[265] El valor referencial del Concurso Público fue de S/ 172.89, para la AMC1 fue de S/ 171.44, para la AMC2 fue de S/ 171.44, para la AMC3 fue de S/ 175.04 y para la AMC4 fue de S/ 175.04.

servicios de hemodiálisis efectivamente brindados[266] a EsSalud por parte de las empresas investigadas.

516. Con relación al periodo de duración de la práctica anticompetitiva, la Comisión consideró para cada centro de hemodiálisis, los meses en que se hubiera realizado la prestación del servicio de haberse adjudicado los procesos de gran envergadura en los que presentaron cotizaciones, tomando como fecha de corte, aquella programada para el otorgamiento de la buena pro en el siguiente proceso[267] [268]. Así, entre mayo de 2011 a noviembre de 2013, por cada centro, se procedió a sumar los periodos antes indicados.

Gráfico 9
Periodo del beneficio ilícito, según la Comisión



Fuente: Gráfico 14 de la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI
Elaboración: ST-SDC

517. De este modo, la Comisión calculó los beneficios extraordinarios de los 31 centros apelantes, resultando un total de S/ 29,225,731.62. Este monto fue dividido entre una probabilidad de detección de 60%[269], considerando que, si bien la conducta se puso de manifiesto a través de la denuncia realizada por EsSalud para el Concurso Público y la AMC1, la infracción imputada

266 Las prestaciones efectivamente brindadas corresponderían a los servicios provenientes de los procesos de gran envergadura parcialmente otorgados (AMC1 en un 2.8%, AMC3 en un 14.4% y la AMC4 en un 14.6%), así como de los procesos de menor envergadura llevados a cabo durante el periodo de la infracción. Ver fojas 284 a 328 del Expediente.

267 Al respecto, algunos centros investigados no habrían participado en todos los procesos de selección en los que se desarrolló la práctica anticompetitiva. Para estos centros, la Comisión solo consideró como periodo de beneficio ilícito a aquel comprendido entre el mes en el que se habría dado la buena pro del proceso donde participó y la fecha de la buena pro del siguiente proceso convocado.

268 Con excepción del último proceso (AMC4), para el cual la Comisión consideró como fecha esperada el periodo de 12 meses establecido en el cronograma de dicho proceso de selección. Para su cálculo, la Comisión solo tomó en cuenta los procesos en los que efectivamente participaron los centros (presentando sus cotizaciones).

269 La Comisión consideró la probabilidad de detección de 60%, según el Documento de Trabajo 001-2012/GEE elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, el cual aproxima dicha probabilidad en un rango de 41%-60%, señalando que se deberá precisar la probabilidad dentro de este rango luego de realizar un análisis cualitativo de las circunstancias particulares del caso.

fue acreditada a través de los medios probatorios obtenidos en las visitas de inspección llevadas a cabo por la Secretaría Técnica de la Comisión.

518. En consecuencia, se obtuvo una multa base de S/ 48,709,552.72 para los centros apelantes en conjunto, a lo cual se le aplicó un ajuste por inflación, resultando un monto final de S/ 52,842,298.93 (equivalente a 13,377.80 UIT del año 2016[270]).

519. Posteriormente, la Comisión calificó la infracción como muy grave debido a: (i) su impacto inmediato sobre el bienestar de la sociedad, pues implica la determinación deliberada efectuada por los centros para poder incrementar los valores referenciales de los procesos de selección de gran envergadura, lo que afectaría el precio final a pagar por EsSalud; y, (ii) el alcance de la restricción de la competencia, al tratarse de un servicio de alta importancia para la vida y la salud.

520. Finalmente, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y, en caso corresponda, el límite máximo del 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada infractor o su grupo económico (aplicable a este tipo de infracciones conforme a lo establecido en el artículo 43.1 del Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[271]), la Comisión determinó la multa final total para las empresas apelantes, ascendente en conjunto a S/ 6,440,772.37 (1,630.58 UIT del año 2016).

521. Adicionalmente, la Comisión aplicó una sanción independiente para el señor Cesti, considerando su participación en la planificación, realización y ejecución del acuerdo de fijación de precios desarrollado por los centros de hemodiálisis. En tal sentido, determinó una multa de 15.43 UIT, correspondiente al 20% de la sanción aplicada de la empresa que representaba.

III.7.4 Análisis de los argumentos planteados por los apelantes respecto a la graduación de la sanción

---

270 La UIT del 2016 es equivalente a S/ 3,950.00. Disponible en: http://www.sunat.gob.pe/indicestasas/uit.html. Fecha de última visita: 16 de marzo de 2018.

271 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
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:
(…)
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.
(…)

522. Los centros Santa Ana, San Camilo, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI, Cenesa, Centro Ventanilla, San Ignacio, Centro Cono Norte y Centro Zárate han alegado que no obtuvieron ningún beneficio ilícito debido a que se abstuvieron de participar en los procesos de gran envergadura convocados por EsSalud y no se les otorgó la buena pro.

523. Al respecto, si bien estos centros se abstuvieron de participar en los procesos de gran envergadura y no se les otorgó la buena pro, en el presente caso la sanción se calcula en base al beneficio ilícito esperado o potencial, es decir, considerando la expectativa de cambio del valor referencial que deseaban obtener a partir de la práctica colusoria. En tal sentido, corresponde desestimar el argumento de las recurrentes en este extremo.

524. Los centros San Camilo, INPA, San Juan Masías, Renal Care, Santa Elena, Clínica Grau, Benedicto XVI, Cenesa. Ceer, Centro Ventanilla, Santa Ana, San Ignacio, Centro Cono Norte, Centro Zárate, CD Jesús María, alegaron que la multa impuesta por la Comisión es desproporcionada, exorbitante y transgrede el principio de razonabilidad, pues se ha aplicado sin que se haya producido un daño real o potencial para la libre competencia. Esto sería así, pues aun cuando algunos procesos fueron declarados desiertos, no hubo desabastecimiento.

525. Al respecto, se debe aclarar que, de acuerdo con lo señalado en el acápite III.2.2 de la presente resolución, la conducta imputada es una práctica colusoria horizontal, la cual se encuentra sometida a una prohibición absoluta, por lo que se encuentra reconocida a nivel normativo como inherentemente anticompetitiva. En consecuencia, no es necesario verificar los efectos negativos reales o potenciales para la competencia y el bienestar de los consumidores[272].

526. Asimismo, cabe destacar que en este caso, las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis no fueron consideradas para establecer el valor referencial de los procesos de selección evaluados, pues la División de Logística del CNSR se habría percatado de las altas sumas propuestas por los centros privados y su incoherencia con los valores referenciales que ellos mismos aceptaron a través de su participación en los procesos de menor envergadura -de similares características a los procesos en los que se abstuvieron-, que se llevaron a cabo durante el mismo periodo de las convocatorias de gran envergadura[273].

---

272 Por el contrario, en el caso de las prácticas sujetas a una prohibición relativa, además de probar la existencia de la conducta investigada, se debe verificar el daño efectivo o potencial sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

273 En su denuncia, EsSalud indicó lo siguiente: "*Los precios cotizados por los Centros Privados de Diálisis existentes en el mercado varían desde S/. 249,00 a S/. 280.03 nuevos soles por sesión, sin embargo a esa fecha (mayo-*

527. De no haber ocurrido lo anterior, EsSalud podría haberse visto orientado a subir los valores referenciales y de esta manera, generar un perjuicio para el fisco e indirectamente para los contribuyentes y usuarios del servicio. Esto indica que contrariamente a lo afirmado por los apelantes, su conducta sí tuvo efectos negativos potenciales en el proceso competitivo del mercado evaluado.

528. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, por la naturaleza y prolongación de esta conducta -producida con motivo del Concurso Público y sus cuatro AMC derivadas- ella pudo provocar un desabastecimiento en la prestación del respectivo servicio (al menos temporalmente), el cual tuvo que ser resuelto por EsSalud a través de procesos de adjudicación directa. Si bien esta acción de la entidad requirente del servicio mitigó el impacto efectivo, no puede dejar de señalarse que esta conducta pudo generar efectos sumamente graves sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, en un área que tiene que ver fundamentalmente con la preservación de la salud y conservación de la vida de las personas enfermas.

529. Renal Care y Centro Cono Norte a su vez indicaron que la conducta que se les imputó debió ser calificada como leve y no como muy grave, por las siguientes razones: (i) no llegó a haber duración ni restricción de la competencia; (ii) su participación de mercado es mínima; (iii) no se ha sancionado previamente a los centros, por lo que no existe reincidencia; (iv) los centros de hemodiálisis han colaborado con la Secretaría Técnica de la Comisión desde el inicio de la investigación; y, (v) no existe criterio legal alguno en las normas de competencia que señale que en caso el mercado afectado sea el de la salud, se deba considerar una práctica colusoria horizontal como muy grave.

530. Al respecto, tal como ha señalado la Sala, la conducta imputada consiste en una práctica colusoria horizontal sujeta a la regla de prohibición absoluta o regla *per se*, no siendo necesaria la verificación de un efecto real sobre la competencia, sino que basta con que se acredite la ejecución de la conducta y su finalidad anticompetitiva, afectando así al proceso competitivo. Sin perjuicio de lo antes indicado, se observa que la conducta evaluada sí restringió la competencia, pues en un escenario competitivo regular, los centros debieron presentar sus propuestas de forma independiente y en base a ello, se habría podido otorgar la buena pro dentro

junio 2011) los mismos centros Privados de Diálisis están realizando este servicio de hemodiálisis con similares características técnicas a un precio adjudicado por sesión de S/. 171.44 nuevos soles, motivo por el cual no se consideran dichas cotizaciones por existir incongruencia entre lo cotizado y lo adjudicado en la realidad". (El subrayado es de EsSalud). Ver foja 12 del Expediente.

de cada convocatoria, lo cual no sucedió, justamente por la existencia de la actuación coordinada detectada.

531. Con relación a la duración de conducta y su incidencia en la competencia, la Comisión estableció como periodo de duración de la práctica anticompetitiva un total de 31 meses, desde mayo de 2011 a noviembre de 2013, pues a su criterio, tuvo una incidencia potencial durante los meses en los cuales se habría ejecutado la prestación objeto de cada proceso de gran envergadura.

532. La primera instancia consideró entonces que, en la medida que el Concurso Público se habría adjudicado en el mes de mayo de 2011, la prestación del servicio habría tenido como fecha de corte la correspondiente al otorgamiento de la buena pro del siguiente proceso. De manera similar, para las AMC Derivadas, tomó como fechas de corte aquellas en las cuales se habría otorgado la buena pro de las AMC siguientes.

533. No obstante, la Sala discrepa de esta forma de determinar la duración de los efectos de la conducta evaluada, pues no se trata de procesos independientes, sino de un Concurso Público que no pudo ser adjudicado en su totalidad debido a las abstenciones conjuntas y que, en esa medida, EsSalud se vio obligado a convocar las AMC Derivadas de dicho concurso público -referidas al mismo servicio-, el cual originariamente tenía una duración de 12 meses.

534. Por consiguiente, de haberse producido los efectos pretendidos por la conducta anticompetitiva (elevación del valor referencial), las empresas involucradas hubieran participado activamente en el Concurso Público para obtener la buena pro con el precio fijado, brindando el servicio por el período establecido en dicho proceso de selección (12 meses). Es decir, en este escenario, lo esperado era que el servicio respectivo sea contratado luego del Concurso Público (por una suma similar a los valores concertados), siendo innecesarias las siguientes AMC derivadas de este.

535. Siendo así, la finalidad de los centros de hemodiálisis era el incremento del valor referencial para este servicio a prestarse por 12 meses, independientemente del tiempo en que se sucedieron los procesos derivados del concurso público original.

536. La Sala estima que los efectos restrictivos esperados sobre la competencia, como consecuencia de la conducta cuestionada, se habrían prolongado por 12 meses. Esto, considerando que cada AMC derivada de dicho concurso tenía como propósito suplir la convocatoria anterior (declarada desierta), bajo el mismo plazo de prestación de servicios.

537. Con respecto a la determinación de la gravedad de la infracción, en el presente caso, independientemente de la participación de mercado de cada centro, la práctica colusoria fue realizada de manera conjunta. En tal sentido, la participación de mercado conjunta de los centros imputados (dentro de los cuales, se encuentra Renal Care y Centro Cono Norte) que realizaron coordinadamente la práctica anticompetitiva es la que corresponde tener en cuenta para evaluar la gravedad de la infracción detectada, pues como ha sido señalado, para que una práctica colusoria horizontal sea efectiva, debe involucrar -en principio - a todas las empresas que participan en el mercado o a un grupo importante de ellas, de manera que las empresas que no forman parte del acuerdo no tengan la capacidad para influir en las condiciones de mercado.

538. En ese sentido, la Sala ha verificado que, en el presente caso, la participación de mercado de los centros sancionados sobre el total de centros que brindaron servicios de hemodiálisis es significativa, pues tal como ha sido señalado en el numeral 351 de la presente resolución (acápite III.5.5), esta participación fue de 69.4% en el 2010, 65.4% en el 2011 y 61.1% en el 2012.[274]

539. De otro lado, el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444 establece que los administrados tienen el deber de colaborar con la autoridad administrativa[275]. Bajo esta premisa, la colaboración en el marco de un procedimiento administrativo sancionador por presuntas infracciones a la normativa que tutela la libre competencia no constituye un elemento atenuante para la graduación de la sanción. Por el contrario, de conformidad con el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, tanto la mala conducta procedimental como la reincidencia son factores agravantes de la sanción[276], los cuales no han sido aplicados, al no haberse producido en este caso.

---

274 Ver nota al pie 205.

275 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL:**
TÍTULO PRELIMINAR
(…)
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(…)
1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.
(…)

276 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

540. Finalmente, la Sala coincide en los criterios aplicados por la Comisión al momento de graduar la sanción, los cuales consisten en: (i) el alcance de la restricción de la competencia -procesos de selección de gran envergadura para la prestación del servicio de hemodiálisis-; (ii) la modalidad de la infracción -acuerdo de fijación de precios-; y (iii) la afectación potencial al Estado -en perjuicio del fisco-.[277]

541. Sobre el particular, se debe notar que el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contiene una lista cerrada de los elementos para considerar una sanción como grave. Por consiguiente, la Sala considera que por la relación fundamental que tiene el servicio objeto de la conducta denunciada con la conservación de la vida y la preservación de la salud de las personas, así como por los demás argumentos antes expuestos, que no cabe duda sobre la gravedad de la conducta sancionada.

542. El Centro Cono Norte en su recurso de apelación alegó que la Comisión cometió un error al suponer que el precio máximo que legalmente podrían cobrar los centros de hemodiálisis era el 100% del valor referencial, pues no tomó en cuenta que, en realidad, este precio podría ascender hasta 110% del valor referencial, de acuerdo con lo señalado por la LCE.

543. Contrariamente a lo alegado, la normativa vigente a la fecha de los hechos materia de evaluación indicaba que las propuestas que excedieran el valor referencial se tendrían por no presentadas, siendo la excepción los procesos de ejecución de obras, donde el límite de las propuestas planteadas era el valor referencial más el 10% del mismo[278]. Por ende, considerando que la excepción antes mencionada no es aplicable a este

---

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
(…)
(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
(i) La actuación procesal de la parte.
(…)

277 Ver numeral 497 de la presente resolución.

278 **DECRETO LEGISLATIVO 1017. LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**
Artículo 33.- Validez de las propuestas.
En todos los procesos de selección sólo se considerarán como ofertas válidas aquellas 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.

caso (pues el objeto de contratación es un servicio: hemodiálisis con reúso de filtro), esta Sala considera desestimado dicho argumento.

544. Los centros San Camilo, Centro Cono Norte, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI, Cenesa, Santa Ana, San Ignacio, Centro Zárate han alegado que el precio competitivo no es el que EsSalud consideraba, sino que correspondía a uno mucho más elevado, lo cual implica que la multa base no fue bien calculada por la Comisión. Adicionalmente, Centro Cono Norte ha señalado que se debería tomar como precio competitivo, el monto fijado por la consultora PwC (S/ 212.29).

545. Al respecto, se observa que el precio indicado por PwC para el servicio de hemodiálisis fue calculado sobre la base de información proporcionada por los centros de hemodiálisis, la cual como se ha evidenciado, fue configurada de forma concordada y consensuada por los referidos centros a través de la Adeceprih[279]. Siendo así, no es adecuado considerar esta información como el precio competitivo del servicio de hemodiálisis, pues para que ello sea así, debió haber sido construida a partir de los costos de cada competidor de manera individual y su interacción con los compradores.

546. La Sala considera que, debido al hecho de que la información referida a las cotizaciones de los centros de hemodiálisis se determinó en función al acuerdo de precios materia del presente procedimiento –que fue establecido con el objetivo de que EsSalud incremente el valor referencial-, la única información fiable acerca del precio de mercado del servicio de hemodiálisis es la obtenida a partir del "Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado" que según el artículo 27 de la LCE y el artículo 12 del RLCE, es elaborado por la entidad pública convocante (en el presente caso, EsSalud).

547. Como se ha señalado a lo largo de la presente resolución, los valores referenciales determinados como resultado del referido "Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado", representaban el precio máximo que el Estado estaba dispuesto a pagar por el servicio a ser adquirido bajo las mejores condiciones de precio disponibles. En este marco, se observa que dichos estudios elaborados por la División de Logística del CNSR de EsSalud descartaron como precio de mercado válido el correspondiente al promedio de las cotizaciones presentadas por los centros de hemodiálisis, por encontrarse sobrevalorado.

---

279 El estudio de costos de servicios de hemodiálisis de PwC en su tercera página indica: *"La Asociación de Centros de Hemodiálisis es responsable por la información de las premisas y documentación suministrada sobre sus operaciones y estructura de costos frente a la cual nuestra firma presumió su veracidad"*. Ver foja 3006 del Expediente.

548. Asimismo, se debe considerar que los valores referenciales obtenidos a partir de los "Estudios de Posibilidades que Ofrece el Mercado" fueron aceptados por los centros de hemodiálisis en las adjudicaciones directas realizadas durante el periodo de investigación (2010 - 2012)[280].

549. Por consiguiente, a juicio de esta Sala, el precio competitivo que corresponde tomar en cuenta es el valor referencial para los procesos de gran envergadura obtenido a partir de los mencionados estudios[281], los cuales se encontraban vigentes (ver Tabla 1) y eran de conocimiento de los centros. Al respecto, cabe precisar que este valor referencial vigente era el que EsSalud había hecho público en el proceso inmediatamente anterior a cada convocatoria.

550. De otro lado, la Sala considera pertinente evaluar el precio concertado empleado por la Comisión, el cual equivalía al promedio simple entre el promedio de las cotizaciones y el precio histórico. Sobre el particular, esta forma de cálculo podría haber sido atendible, si es que no se hubieran llevado a cabo las abstenciones conjuntas como un mecanismo adicional para forzar a EsSalud a que determine el valor referencial sobre la base de las cotizaciones presentadas por los centros imputados.

551. Sin embargo, tal como ha sido verificado, todos los procesos de selección de gran envergadura convocados por EsSalud fueron declarados desiertos como consecuencia de las abstenciones conjuntas realizadas por los centros imputados, los mismos que constituyeron la mayoría de participantes del mercado investigado. En esa medida, estas abstenciones presionaron a que EsSalud no pueda concluir los referidos procesos con el valor referencial que había determinado previamente mediante los estudios de posibilidades de mercado correspondientes.

552. En consecuencia, el precio esperado (precio concertado) en el presente caso debe ser el promedio de las cotizaciones[282] presentadas por los centros de hemodiálisis en el marco de cada proceso de selección de gran envergadura convocado por EsSalud, considerando que los centros buscaron activamente que fuesen estos los montos que EsSalud empleara como valor referencial en sus convocatorias.

553. Por todo lo antes expuesto, este Colegiado considera pertinente modificar la fórmula de cálculo de la multa base utilizada por la Comisión, por la siguiente:

---

280 Ver acápite III.4.1 de la presente resolución.

281 Ver fojas 9999 a 10001 del Expediente.

282 Ver detalle en el Anexo 1 de la presente resolución.

$$Multa\ Base_{ji} = \frac{\sum_{t=1}^{12}(Precio\ esperado_i - Precio\ competitivo_{i-1}) * Q_{jt}}{Probabilidad\ de\ detección}$$

$$Multa\ Base_{ji} = \frac{B_{Ext_{ji}}}{P_{det}}$$

Donde:
i: $proceso\ de\ gran\ envergadura, donde\ i = CP, AMC1, AMC2, AMC3\ o\ AMC4$
$Precio\ esperado_i =$ $promedio\ de\ las\ cotizaciones\ del\ proceso$ "i"
$Precio\ competitivo_i = precio\ histórico\ de\ EsSalud\ del\ proceso\ previo$ "$i-1$"
$Q_{jt} = cantidad\ de\ servicios\ brindados\ por\ el\ centro$ "j" $durante\ el\ mes$ "t"
$P_{det} = probabilidad\ de\ detección\ de\ la\ práctica\ colusoria$
$B_{Ext} = Beneficio\ extraordinario = \sum_{t=1}^{12}(Precio\ esperado_i - Precio\ competitivo_{i-1}) * Q_{jt}$

554. Sobre la probabilidad de detección, la Comisión consideró una probabilidad de 60%, siguiendo la línea de su jurisprudencia[283] y de conformidad con el Documento de Trabajo 001-2012/GEE[284] elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

555. Los centros San Camilo, IMP, INPA, San Juan Masías, Santa Elena, Benedicto XVI, Cenesa, Centro Ventanilla, Santa Ana, San Ignacio, Centro Cono Norte y Centro Zárate han alegado que la probabilidad de detección debería ser de 100%, debido a que los centros realizaron actividades totalmente transparentes y conocidas por EsSalud.

556. Al respecto, la Sala aprecia que, en efecto, en la resolución apelada la Comisión tomó en cuenta el Documento de Trabajo 001-2012/GEE, el cual presenta una aproximación de la probabilidad de detección para los casos de prácticas colusorias, obtenida a partir de encuestas a profesionales de la Secretaría Técnica de la Comisión y miembros de la Comisión, tal como se señala a continuación:

> **DOCUMENTO DE TRABAJO N° 01-2012/GEE. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN DE MULTAS EN EL INDECOPI.**
> *(…)*
> ***2.2. ¿Cómo estimar la probabilidad de detección y sanción?***

283 Resolución 022-2014/CLC-INDECOPI del 2 de junio de 2014, mediante la cual la Comisión sancionó a la Empresa de Transportes 25 de Noviembre S.R.L., Empresa de Transportes Merma Hermanos S.R.L., Empresa de Transportes Santísima del Carmen Express S.R.L., y Empresa de Transportes Unidos Tours Choquehuanca S.R.L. por la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdos o prácticas concertadas, destinadas a incrementar el precio del servicio de transporte público a nivel regional en la ruta Juliaca-Pucará-Choquehuanca.

284 Dicho documento se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/196933/DocTrabN01-2012V13.pdf/47a678b6-22ec-405a-be90-8cd4f93ae335. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

> *(…)*
> *Con el objetivo de obtener una primera aproximación a las probabilidades de detección de las infracciones a la normativa que vigila el Indecopi, se efectuaron encuestas a las Secretarías Técnicas y Comisiones de primera instancia así como a los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos, tanto de la Sede Central como de las oficinas regionales del Indecopi, respecto a la probabilidad de detección de las conductas infractoras más frecuentes. Los resultados se presentan en los Cuadros 2 a 8.*
> *(…)*
>
> (Subrayado agregado)

557. Asimismo, se debe tener en cuenta que el tipo de aproximación empleado en el Documento de Trabajo 001-2012/GEE, el cual se basa en el juicio prudencial de "expertos" en la materia, es considerado válido en estudios estadísticos preliminares[285]:

> **ESTADÍSTICA APLICADA A LAS CIENCIAS SOCIALES**
> **TAMAÑO NECESARIO DE LA MUESTRA: ¿CUÁNTOS SUJETOS NECESITAMOS?**
> *(…)*
> ***1.2. Muestras no probabilísticas***
> *Entra las muestras no probabilísticas tenemos las siguientes:*
> *a) Muestras de conveniencia*
> *Como ya sugiere el mismo término se trata de una muestra disponible. Puede ser útil en estudios preliminares (por ejemplo para depurar un instrumento) pero discutible para extrapolar los datos a la población general; en cualquier caso habría que describirla bien y hacer una extrapolación cautelosa a la población que pueda estar representada por esa muestra. Por lo general estas muestras se utilizan para hacer estudios específicos sobre las mismas muestras y en numerosos estudios experimentales con pocos sujetos. Se denominan de juicio prudencial, o términos parecidos, cuando se estima y se razona que la muestra es representativa de una determinada población.*
> *(…)*
>
> (Subrayado agregado)

558. Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, la Sala considera que ante la ausencia de estudios estadísticos que ofrezcan mayores datos, y dado que las encuestas señaladas por el Documento de Trabajo 001-2012/GEE se refieren a aquellas efectuadas a la primera instancia del

[285] MORALES VALLEJO, Pedro. "Tamaño necesario de una muestra: ¿cuántos sujetos necesitamos?". Universidad Pontificia Comillas. Diciembre, 2012, p. 3.
Disponible en: http://www.upcomillas.es/personal/peter/investigacion/Tama%F1oMuestra.pdf. Fecha de última visita: 26 de marzo de 2018.

Indecopi, que es el área que lleva a cabo las investigaciones sobre conductas anticompetitivas, y en particular sobre prácticas colusorias, dicho documento puede ser considerado válido. Siendo así, este estudio recoge el juicio prudencial del órgano resolutivo pertinente del Indecopi respecto a la probabilidad de detección de las prácticas colusorias.

559. De la lectura del Documento de Trabajo 001-2012/GEE, se observa que la probabilidad de detección para prácticas colusorias se ubicaría en el rango de 41% a 60%, debiéndose determinar con precisión la probabilidad de detección que será utilizada en cada caso sobre la base de un análisis cualitativo de las circunstancias particulares de la infracción.

560. Atendiendo a ello, se aprecia que la Comisión, de conformidad con lo establecido en el Documento de Trabajo 001-2012/GEE, realizó un análisis cualitativo de las circunstancias particulares de la conducta, al considerar que la práctica anticompetitiva se puso de manifiesto a través las visitas de inspección llevadas a cabo por la Secretaría Técnica de la Comisión. En esa medida, precisó que la probabilidad de detección en el presente caso se ubicaría en el tope superior del rango determinado por el mencionado documento, es decir en 60%.

561. Con respecto a la probabilidad de detección de 100% propuesta por los apelantes, esta no resulta aplicable a este caso, pues la verificación de la conducta no dependió de la sola constatación de las cotizaciones presentadas por EsSalud[286], sino de la verificación de diversos indicios que pudieron ser recabados en mérito a la investigación realizada. Sin embargo, en la medida que se contó con un elemento de carácter público (el Concurso Público y las AMC Derivadas convocadas por EsSalud) y se trataban de cotizaciones constatables, la autoridad empleó el tope máximo del parámetro establecido en el documento citado en el párrafo anterior. Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos de apelación de las recurrentes en este extremo.

562. Algunos de los centros[287] -así como el señor Cesti- han alegado que, al determinar el monto de las multas que les fueron aplicadas, la Comisión no habría seguido criterios razonables, vulnerado el principio de razonabilidad e imponiéndoles multas desproporcionadas y confiscatorias que los colocarían en una situación económica vulnerable.

---

[286] Quien puso de manifiesto la presunta realización de prácticas colusorias horizontales en el marco del Concurso Público y la AMC1, a través de su denuncia.

[287] INPA, Ceer, CD Jesús María, Centro Ventanilla, Renal Care, Santa Ana, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Salud Renal, Pronefros, Centro Callao, Centro Cono Norte.

563. Sobre el particular, conforme se ha indicado, la Comisión siguió los criterios establecidos por el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para la graduación de las multas, aplicando en los casos que correspondiesen, el tope del 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, conforme a lo establecido en el artículo 43 para las infracciones calificadas como muy graves.

564. Al respecto, la Sala debe resaltar que los criterios y límites aplicables a la imposición de multas, contemplados por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se encuentran establecidos precisamente para salvaguardar que las sanciones a imponerse no impacten de forma excesivamente gravosa a los agentes económicos ni constituyan un elemento que afecte de forma desproporcional su permanencia en el mercado. Considerando lo anterior, las multas impuestas bajo estos parámetros no resultarán confiscatorias ni implicarán la afectación del íntegro de los ingresos de los agentes infractores.

565. Por otra parte, de la revisión de los recursos de apelación interpuestos, se desprenden los siguientes alegatos: (i) el señor Cesti señaló que las multas son desproporcionadas y que la infracción no debió ser calificada como muy grave, ya que no existiría un beneficio ilícito obtenido; (ii) Santa Ana, San Fernando, Villa María, San Marcelo, San Miguel, Centro Caminos del Inca, CM Jesús María, Salud Renal, Pronefros y Centro Callao indicaron que, para el cálculo de las multas, se debió considerar sus ingresos totales netos, debido a que incurrieron en costos para la prestación del servicio de hemodiálisis contratado por EsSalud; y, (iii) Ceer y Centro Cono Norte alegaron que en el presente procedimiento no se habría demostrado que la conducta sancionada haya producido algún efecto en el mercado, por lo que no correspondía que la misma sea calificada como muy grave.

566. Con relación a lo anterior, a efectos del presente caso, se debe precisar que para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa, el artículo 44 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas expresamente permite que se pueda tomar en cuenta el beneficio ilícito esperado por los infractores. Asimismo, se debe aclarar que de acuerdo con el artículo 43 de la referida norma, en el caso de las infracciones calificadas como muy graves, las multas tienen como tope el 12% de los ingresos brutos del infractor, y no de sus ingresos netos, como ha sido alegado por los denunciados.

567. En su escrito de apelación, el señor Cesti ha alegado que, al determinar el monto de la multa que le ha sido impuesta, la Comisión le habría dado un trato diferenciado injustificado, por cuanto el artículo 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establecería que la multa se

calcularía en función del nivel de responsabilidad de la persona natural en la realización de la infracción y no en relación con la sanción impuesta a la empresa infractora a la que represente. En ese sentido, debido a que la primera instancia habría seguido dicho criterio erróneo y no el establecido por ley, se le impuso una multa más alta que al señor De la Mata, vulnerándose su derecho a la igualdad.

568. Asimismo, el señor Cesti ha señalado que el criterio seguido por la Comisión para calcular la referida multa, consistente en aplicarle un porcentaje del 20% de la multa impuesta a la empresa que él representa, sería arbitrario y no habría sido debidamente motivado. Por tanto, se debería considerar que el hecho de que una empresa sea sancionada con una multa más elevada, no implica una mayor participación de su representante en la infracción.

569. El señor Cesti a su vez manifestó que la Comisión se basó en la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI para la aplicación del criterio en cuestión, sin embargo, en dicho procedimiento la Comisión estableció multas de 2.5 y 5 UIT para los representantes de las empresas, sin que dichas sanciones se hayan calculado como un porcentaje de las multas que se aplicaron a las mismas. De esta manera, la primera instancia habría cambiado de criterio de forma inmotivada.

570. Con relación a la alegada vulneración al derecho a la igualdad, conforme a lo señalado previamente, tanto al señor Cesti como al señor De la Mata, se les impuso una sanción correspondiente a un porcentaje (20%) de la multa impuesta a la empresa que cada uno representaba. En ese sentido, debido a que en ambos supuestos se siguió el mismo criterio para el cálculo de la multa aplicable, no se ha vulnerado el principio de igualdad.

571. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que, de acuerdo con el artículo 43.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[288], la sanción a imponerse a las personas naturales que integran los órganos de dirección o administración (y que se entiende, hayan participado en el planeamiento, realización o ejecución de un acto anticompetitivo) no superará las 100 UIT y se establecerá considerando la responsabilidad de tales personas en las infracciones cometidas.

---

288 **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 43.- El monto de las multas.-
(…)
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.
(…)

572. En la medida que la determinación de la sanción tenga como premisa la responsabilidad de dichas personas (lo cual se ha constatado en este caso), la norma no proscribe el empleo de algún determinado parámetro para el cálculo de la sanción, siempre que esté vinculado a la conducta de dicho agente (por ejemplo, el beneficio que pudo generarle de forma indirecta o el efecto disuasivo respecto de dicho sujeto). Asimismo, cabe resaltar que estos factores podrán ser válidos en la medida que se encuentren sustentados y respeten el principio de razonabilidad.

573. En atención a las circunstancias del caso concreto -el señor Cesti no solo era gerente general sino también accionista mayoritario[289] del Centro Cono Norte- resultaba razonable que, para determinar la multa a imponerle y reforzar su efecto disuasivo, se tomara como parámetro el beneficio ilícito esperado por su empresa por la realización de la infracción y, adicionalmente, se considerara un porcentaje de dicho monto -en este caso, el 20%- en función de su nivel de participación en la conducta sancionada.

574. Si bien el señor Cesti participó en la conducta utilizando su cargo de vicepresidente en la Adeceprih, resulta razonable considerar que sus actos se encontraron indesligablemente vinculados con los beneficios que obtendría el Centro Cono Norte, los cuales tienen un efecto directo en la esfera patrimonial de dicho imputado y, por ende, en los incentivos que tuvo para incurrir en la infracción sancionada.

575. Lo anterior, constituye un elemento que diferencia el caso del señor Cesti de las personas naturales sancionadas a través de la Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI[290], pues estas últimas ocupaban cargos administrativos en las empresas imputadas, pero no se verificó que fuesen sus accionistas mayoritarios. En ese sentido, el criterio de la primera instancia no es arbitrario o ni carece de motivación suficiente.

576. A mayor abundamiento, en anteriores oportunidades ya se ha seguido este criterio para calcular las multas impuestas a las personas naturales que participaron en la ejecución de las conductas anticompetitivas imputadas a sus representadas. Así, por ejemplo, en el caso de la Resolución 085-2009-CLC-INDECOPI (confirmada a través de la Resolución 3240-2010/SC1-

289 Ver fojas 2528 y 5449 del Expediente.

290 Este pronunciamiento fue emitido el 22 de enero de 2013, en el marco del procedimiento seguido por Malva S.A. contra Unión Andina de Cementos S.A.A. (en adelante, Unacem), La Viga S.A., A. Berio y Cía S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por la presunta comisión de prácticas colusorias verticales en las modalidades de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de los productos de Unacem, y boicot consistente en retirar ciertos beneficios comúnmente otorgados contra aquellos clientes que comercializaban cemento “Quisqueya”, bajo el Expediente 003-2008/CLC.

INDECOPI), se sancionó al representante de una asociación de transportistas con una multa que ascendía al 10% de la sanción impuesta a la asociación que representaba.

577. Sobre la base del parámetro antes señalado, en el presente caso, la primera instancia consideró además que, al tratarse de una infracción respecto de un mercado vinculado con la preservación de la salud y la vida de las personas, dicha multa debía ascender al 20% de la sanción impuesta al centro de hemodiálisis representado por el señor Cesti.

III.7.5 El cálculo de la multa efectuado por la Sala

578. Acreditada la conducta y desvirtuados los alegatos de las partes, este Colegiado evaluará las multas a imponer a cada infractor, en función de la fórmula indicada en el numeral 553 de la presente resolución y lo establecido por el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo referente a la aplicación de los límites legales pertinentes a cada infractor.

579. Por último, se deberá tener en cuenta en esta instancia el principio de "interdicción de la reforma en peor" (*non reformatio in peius*)[291], de manera tal que la sanción a imponer a cada administrado apelante, no resulte más gravosa que la multa impugnada.

(i) La multa base

580. Tal como se ha señalado en el numeral 508 de la presente resolución, la multa base se calcula de manera directamente proporcional al beneficio extraordinario e inversamente proporcional a la probabilidad de detección.

581. El beneficio extraordinario[292] en este caso, consiste en la diferencia entre los ingresos que se habrían obtenido bajo los precios esperados y aquellos que podrían haberse generado con precios competitivos.

---

291 De acuerdo con dicho principio, se establece una garantía para todo administrado con la cual la resolución de la Sala no puede contener sanciones más graves para el infractor cuando éste recurra o impugne la resolución de la Comisión. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 1918-2002-HC/TC ha determinado lo siguiente:

"*La interdicción de la reformatio in peius o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la reformatio in peius también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios".*

292 $Beneficio\ extraordinario_{ji} = \sum_{t=1}^{12}(Precio\ esperado_i - Precio\ competitivo_{i-1}) * Q_{jt}$

582. La Sala empleará como precio esperado, el promedio de las cotizaciones presentadas por los centros en el marco de la contratación del servicio de hemodiálisis, la cual contemplaba un plazo de 12 meses, y que fue objeto de distintos procesos de gran envergadura por EsSalud.

583. Por otra parte, para establecer el precio competitivo, se utilizarán los valores referenciales de los procesos de gran envergadura inmediatamente anteriores, los cuales se encontraban vigentes y eran de conocimiento de los centros de hemodiálisis al momento de cada convocatoria.

584. Finalmente, con relación a la cantidad de servicios brindados, se debe precisar en primer lugar que, el periodo de incidencia potencial de la infracción es de 12 meses, pues el concurso público original tenía tal duración, siendo el propósito de cada AMC Derivada suplir el proceso previamente declarado desierto, bajo el mismo plazo.

585. Dicho esto, la Sala tomará en cuenta el número de sesiones que los centros esperaron transar con su accionar coordinado. Para tales efectos, habiendo verificado la presentación de cotizaciones y las abstenciones de cada centro[293], se aproximará el número esperado de sesiones a través de la cantidad de servicios de hemodiálisis efectivamente brindadas para EsSalud por parte de las empresas investigadas mediante los procesos de menor envergadura adjudicados, durante 12 meses.

586. Con esta metodología, se obtiene un beneficio extraordinario total de S/ 34,222,099.32 para los 31 centros recurrentes[294].

587. Respecto a la probabilidad de detección, tal como se ha desarrollado en los numerales 556 a 560 de la presente resolución, la Sala ha determinado que en el presente caso corresponde aplicar una probabilidad de detección de 60%.

588. Teniendo en cuenta los factores señalados, se obtiene finalmente una multa base total de S/ 65,010,044.76 para los 31 centros recurrentes[295].

(ii) <u>Aplicación de límites legales al cálculo de la multa base u otros criterios que correspondan</u>

[293] Así, en caso un centro de hemodiálisis no haya presentado su cotización para un determinado proceso o no se abstuvo, se considerará el siguiente proceso de gran envergadura en el que, simultáneamente, presentó cotizaciones y se abstuvo.

[294] Ver detalle en la columna (a) del Anexo 2 de la presente resolución.

[295] Ver detalle en la columna (d) del Anexo 2 de la presente resolución.

589. Dada la relación del servicio objeto de la conducta con la vida y la salud de las personas, así como teniendo en cuenta los criterios aplicados por la Comisión al momento de graduar la sanción -con los cuales la Sala coincide-, la conducta en el presente caso se ha calificado como muy grave.

590. De acuerdo con el inciso c) del artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Sala aplicará -en caso corresponda- el tope del 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por cada centro de hemodiálisis o su grupo económico, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución apelada, considerando la información disponible más actualizada que obra en el expediente.

591. Resulta necesario indicar que, para el establecimiento de la multa final aplicable, la Comisión dedujo el Impuesto General a las Ventas (IGV) de los ingresos brutos[296] de cada uno de los centros de hemodiálisis. No obstante, considerando que se trata de un límite legal, corresponde recurrir al artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que establece que el porcentaje de 12% antes indicado se calcula en función a las ventas o ingresos brutos percibidos del infractor, sin aludir a alguna deducción o descuento de carácter tributario, contable o comercial.

592. **[CONFIDENCIAL]**

593. **[CONFIDENCIAL]**

594. **[CONFIDENCIAL]**

595. En el caso de Santa Ana, la Comisión impuso una multa ascendente a 91.86 UIT, aplicando el tope del 12% sobre sus ingresos percibidos durante el año 2014.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

296 Para los casos de los centros CM Jesús María, IMP, San Camilo y Centro Ventanilla, a pesar de que dichas empresas reportaron los montos de ventas del ejercicio del año 2015 bajo el rubro de “ingresos brutos”, se desprende que estos en realidad corresponden a ingresos deducidos de IGV, pues los precios unitarios por sesión reportados por estos centros se encuentran por debajo del valor referencial, siendo que el valor referencial sí incluye IGV.

596. En este extremo, la Sala ha constatado que en el expediente obra información de los ingresos brutos de dicha empresa, correspondientes al ejercicio inmediato anterior (2015) a la emisión de la resolución de primera instancia. En tal sentido, al aplicar el límite legal antes señalado a este nuevo nivel de ingresos, se obtiene una multa imponible ascendente a 104.67 UIT.

597. En vista que el monto antes indicado supera la sanción impuesta por la Comisión, corresponde mantener la multa en 91.86 UIT, en aplicación de la prohibición de reforma en peor.[297]

598. Por otra parte, se observa que el centro Cono Norte fue sancionado con una multa ascendente a 77.13 UIT.

599. **[CONFIDENCIAL]**

600. En consecuencia, la multa final aplicable a centro Cono Norte equivale a 66.57 UIT[298].

601. Con relación a los demás centros de hemodiálisis, después de aplicar el límite del 12% de los ingresos brutos a quienes corresponda (en aquellos casos donde la multa base supera el límite legal antes previsto) [299], se observa que la sanción que les sería aplicable es mayor a la establecida por la Comisión. Siendo así, como se observa en el Anexo 3, y en aplicación del principio de prohibición de reforma en peor, en estos casos, la sanción de dichos centros será la multa final establecida por la primera instancia.

602. Finalmente, tal como se detalla en el acápite III.6.1 de la presente resolución, la multa aplicable al señor Cesti se ha calculado sobre la base del 20% de la sanción impuesta al centro del cual es accionista (Centro Cono Norte), con lo que se obtiene la suma de 13.31 UIT.

III.7.6 Conclusión respecto de la graduación de la sanción

603. Por lo expuesto, corresponde confirmar las sanciones impuestas a las siguientes empresas: Centro Zárate, Centro Callao, CD Jesús María, San Fernando, San Ignacio, Santa Ana, Santo Tomás, Centro Ventanilla, Salud Renal, Ceer, Centro Caminos del Inca, Santa Ena, Clínica Grau, CM Jesús María, Villa María, Cenesa, San Marcelo, Benedicto XVI, Santa Elena, San

297 Ver detalle en el Anexo 3 de la presente resolución.

298 Ibidem.

299 Ibidem.

Juan Masías, IDT, INPA, IMP, OM Dial, Nordial, Pronefros, Renal Care, San Miguel, San Camilo e Interdial Norte.

604. Asimismo, en los casos de Centro Cono Norte y el señor Cesti, corresponde modificar las multas impuestas por la Comisión a sesenta y seis punto cincuenta y siete (66.57) UIT y trece punto treinta y uno (13.31) UIT, respectivamente.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que halló responsables a los 31 centros de hemodiálisis detallados en el Anexo 3 de esta resolución, por la comisión de prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de acuerdos de fijación de precios, destinados a incrementar el valor referencial en el Concurso Público 1-2010-ESSALUD/CNSR y en la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada 1190-2011-ESSALUD/CNSR en su primera, segunda, tercera y cuarta convocatoria, para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, durante los años 2010, 2011 y 2012, infracción tipificada en los artículos 1 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que impuso a 30 centros de hemodiálisis, una multa total ascendente a 1,553.45 Unidades Impositivas Tributarias[300].

TERCERO: modificar la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el extremo referido a la multa impuesta a Centro de Diálisis Cono Norte E.I.R.L., quedando establecida en 66.57 Unidades Impositivas Tributarias.

CUARTO: confirmar la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, en el extremo halló responsable al señor Aurelio Paulino Cesti Contreras, por su participación en el planeamiento, realización y ejecución de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo de fijación concertada de precios para la prestación del servicio de hemodiálisis con reúso en Lima y Callao, entre los años 2010, 2011 y 2012, infracción tipificada en los artículos 1, 2 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[300] Ver columna (e) del Anexo 3 de la presente resolución.

QUINTO: modificar la Resolución 019-2016/CLC-INDECOPI del 10 de febrero de 2016, en el extremo referido a la multa impuesta al señor Aurelio Paulino Cesti Contreras, quedando establecida en 13.31 Unidades Impositivas Tributarias.

SEXTO: declarar concluido el procedimiento seguido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia contra el señor Miguel Ángel De la Mata Fernández por la presunta infracción a los artículos 1, 2 y 11.1 inciso a) del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y dejar sin efecto la multa que le fue impuesta por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta

Anexo 1
Cotizaciones presentadas a EsSalud, por proceso de selección de gran envergadura, en Soles

Empresas	CP		AMC1	AMC2	AMC3	AMC4
	mar-10	ago-oct 10	jun-11	nov-11	jul-12	oct-12
Centro Zárate	S/ 205.00	S/ 270.00	S/ 245.00	S/ 245.00	S/ 245.00	S/ 246.20
Centro Callao			S/ 250.00	S/ 248.00	S/ 259.00	S/ 259.00
Centro Cono Norte	S/ 231.50	S/ 270.75	S/ 245.90	S/ 247.80	S/ 253.30	S/ 253.40
CD Jesús María*	S/ 216.00			S/ 240.00		S/ 245.00
San Fernando	S/ 217.00	S/ 275.00	S/ 245.00	S/ 245.00	S/ 245.00	S/ 245.00
San Ignacio	S/ 215.50	S/ 276.60	S/ 248.00	S/ 253.50		
Santa Ana	S/ 217.70	S/ 277.70	S/ 248.50	S/ 253.50	S/ 259.70	S/ 259.70
Santo Tomás	S/ 212.80	S/ 270.00	S/ 246.50	S/ 246.50		S/ 256.70
Centro Ventanilla	S/ 232.80	S/ 271.82	S/ 260.00		S/ 250.80	S/ 232.69
Salud Renal	S/ 224.40	S/ 276.80		S/ 246.80	S/ 246.80	S/ 246.80
Ceer	S/ 216.00	S/ 275.00	S/ 250.00	S/ 250.00	S/ 261.32	S/ 261.32
Centro Caminos del Inca	S/ 217.00	S/ 270.15	S/ 248.00	S/ 248.00	S/ 248.00	S/ 248.00
Santa Ena	S/ 216.00	S/ 274.18	S/ 247.50	S/ 249.00	S/ 249.00	S/ 249.00
CM Jesús María	S/ 210.00	S/ 270.00		S/ 249.00	S/ 251.00	S/ 251.00
Villa María	S/ 217.00	S/ 273.00	S/ 247.00	S/ 247.00	S/ 247.00	S/ 247.00
Cenesa	S/ 216.60	S/ 270.00	S/ 246.50	S/ 246.50	S/ 255.00	S/ 255.00
San Marcelo	S/ 216.93	S/ 268.75	S/ 247.22	S/ 247.22		S/ 250.22
Benedicto XVI	S/ 218.00	S/ 270.00	S/ 245.00	S/ 250.00	S/ 252.00	S/ 252.00
Clínica Grau	S/ 220.00	S/ 272.00	S/ 240.50	S/ 243.20	S/ 250.50	S/ 250.50
Santa Elena	S/ 216.00	S/ 274.00	S/ 245.00		S/ 255.00	
San Juan Masías	S/ 218.00	S/ 270.00	S/ 245.00	S/ 250.00	S/ 252.00	S/ 252.00
IDT	S/ 215.00	S/ 271.00	S/ 250.00	S/ 250.00	S/ 250.00	
INPA	S/ 212.50	S/ 270.50	S/ 245.00	S/ 245.00	S/ 250.10	
Interdial Norte	S/ 215.00	S/ 272.00	S/ 245.00	S/ 247.00	S/ 254.00	
IMP	S/ 216.50	S/ 275.00		S/ 246.00	S/ 246.00	
Inversiones Trujillo		S/ 268.00		S/ 248.00	S/ 248.00	S/ 248.00
Nephro Care	S/ 214.00	S/ 275.00	S/ 248.00	S/ 250.00	S/ 256.50	
OM Dial	S/ 213.50	S/ 265.00	S/ 247.80	S/ 247.89		
Nordial	S/ 214.00	S/ 269.00	S/ 240.50	S/ 245.50	S/ 251.50	S/ 251.50
Santa Anita	S/ 214.50	S/ 270.00	S/ 245.00	S/ 247.00	S/ 251.00	S/ 251.00
Pronefros		S/ 274.00	S/ 247.50	S/ 248.50	S/ 248.50	S/ 248.50
Renal Care	S/ 216.00	S/ 276.00	S/ 247.00	S/ 246.00	S/ 256.30	S/ 256.50
San Miguel	S/ 217.31	S/ 274.31	S/ 250.00	S/ 250.00	S/ 257.00	
San Camilo	S/ 212.50	S/ 280.03	S/ 247.50	S/ 247.50	S/ 284.62	S/ 258.20
Promedio de cotizaciones	**S/ 216.61**	**S/ 272.36**	**S/ 247.03**	**S/ 247.64**	**S/ 252.89**	**S/ 250.97**

Fuente: Información remitida por EsSalud acerca de las cotizaciones presentadas por cada uno de los centros en los procesos investigados.
*La cotización de CD Jesús María en octubre del 2010 no ha sido considerada por presentar inconsistencia entre lo reportado por EsSalud (S/ 216.00) y lo informado por este centro de hemodiálisis (S/ 229.99).
Elaboración: ST-SDC

Anexo 2
Cálculo de la multa base efectuado por la Sala, en Soles
(Versión pública)

Empresas	Beneficio Extraordinario (a)	Probabilidad de detección (b)	Multa base (c)= (a)/(b)	Multa base actualizada por IPC* (d)
San Ignacio	S/ 150,004.06	60%	S/ 250,006.76	S/ 285,091.71
CD Jesús María	S/ 703,458.21	60%	S/ 1,172,430.34	S/ 1,320,144.98
Santa Ena	S/ 845,414.12	60%	S/ 1,409,023.54	S/ 1,606,760.23
IMP	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Santa Elena	S/ 865,805.92	60%	S/ 1,443,009.87	S/ 1,645,516.06
Nordial	S/ 873,067.39	60%	S/ 1,455,112.32	S/ 1,659,316.92
Salud Renal	S/ 876,349.97	60%	S/ 1,460,583.29	S/ 1,665,555.67
IDT	S/ 885,302.47	60%	S/ 1,475,504.11	S/ 1,682,570.42
Interdial Norte	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Villa María	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Santo Tomás	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
San Camilo	S/ 894,951.27	60%	S/ 1,491,585.45	S/ 1,700,908.55
Renal Care	S/ 903,406.41	60%	S/ 1,505,677.34	S/ 1,716,978.04
Centro Callao	S/ 933,740.87	60%	S/ 1,556,234.79	S/ 1,760,343.10
OM Dial	S/ 933,447.01	60%	S/ 1,555,745.01	S/ 1,774,072.01
CM Jesús María	S/ 1,053,708.88	60%	S/ 1,756,181.47	S/ 2,002,636.91
Pronefros	S/ 1,073,205.43	60%	S/ 1,788,675.72	S/ 2,039,691.27
San Fernando	S/ 1,096,581.40	60%	S/ 1,827,635.66	S/ 2,084,118.69
Ceer	S/ 1,158,453.10	60%	S/ 1,930,755.16	S/ 2,201,709.57
San Marcelo	S/ 1,170,389.76	60%	S/ 1,950,649.60	S/ 2,224,395.91
San Miguel	S/ 1,350,334.95	60%	S/ 2,250,558.24	S/ 2,566,392.53
Benedicto XVI	S/ 1,360,879.00	60%	S/ 2,268,131.66	S/ 2,586,432.13
Clínica Grau	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Centro Ventanilla	S/ 1,390,621.18	60%	S/ 2,317,701.97	S/ 2,642,958.94
Centro Cono Norte	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
INPA	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Santa Ana	S/ 1,477,161.98	60%	S/ 2,461,936.64	S/ 2,807,434.92
Centro Caminos del Inca	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
Centro Zárate	S/ 1,599,711.72	60%	S/ 2,666,186.20	S/ 3,040,348.04
Cenesa	**[Confidencial]**	60%	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**
San Juan Masías	S/ 1,720,272.01	60%	S/ 2,867,120.02	S/ 3,269,480.10
Total	**S/ 34,222,099.32**		**S/ 57,036,832.19**	**S/ 65,010,044.76**

*IPC del sector salud reportado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)
Fuente: EsSalud, Sunat e información presentada por los centros de hemodiálisis.
Elaboración: ST-SDC

Anexo 3*
Multa aplicable a las empresas sancionadas**
(Versión pública)

Empresas	Multa base según la Sala (a)	Aplicando el límite del 12%, según la Sala (b)	Multa según la Sala en UIT (c)	Multa según la Comisión en UIT (d)	Multa final aplicable por prohibición de reforma en peor (e)
CD Jesús María	S/ 1,320,144.98	S/ 182,460.10	46.19	33.12	33.12
San Ignacio	S/ 285,091.71	S/ 285,091.71	72.18	34.21	34.21
Villa María	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	35.73	35.73
Santa Ena	S/ 1,606,760.23	S/ 177,193.20	44.86	38.02	38.02
IMP	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	38.09	38.09
San Camilo	S/ 1,700,908.55	S/ 178,160.55	45.10	38.22	38.22
Renal Care	S/ 1,716,978.04	S/ 178,293.35	45.14	38.25	38.25
Nordial	S/ 1,659,316.92	S/ 178,695.34	45.24	38.34	38.34
San Marcelo	S/ 2,224,395.91	S/ 180,670.33	45.74	38.76	38.76
Santo Tomás	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	39.19	39.19
IDT	S/ 1,682,570.42	S/ 186,800.42	47.29	40.08	40.08
San Fernando	S/ 2,084,118.69	S/ 220,518.58	55.83	45.82	45.82
Pronefros	S/ 2,039,691.27	S/ 219,100.32	55.47	47.01	47.01
Ceer	S/ 2,201,709.57	S/ 220,128.62	55.73	47.23	47.23
Interdial Norte	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	48.56	48.56
Salud Renal	S/ 1,665,555.67	S/ 233,789.39	59.19	50.16	50.16
OM Dial	S/ 1,774,072.01	S/ 239,659.59	60.67	51.42	51.42
CM Jesús María	S/ 2,002,636.91	S/ 246,467.84	62.40	52.88	52.88
Centro Callao	S/ 1,760,343.10	S/ 255,727.17	64.74	54.87	54.87
San Miguel	S/ 2,566,392.53	S/ 270,002.72	68.36	57.93	57.93
Santa Elena	S/ 1,645,516.06	S/ 277,212.97	70.18	59.47	59.47
Centro Zárate	S/ 3,040,348.04	S/ 276,827.60	70.08	59.95	59.95
Benedicto XVI	S/ 2,586,432.13	S/ 279,460.92	70.75	59.96	59.96
Centro Ventanilla	S/ 2,642,958.94	S/ 287,813.56	72.86	61.75	61.75
Centro Caminos del Inca	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	61.82	61.82
Clínica Grau	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	62.14	62.14
Centro Cono Norte	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	77.13	66.57
San Juan Masías	S/ 3,269,480.10	S/ 328,177.31	83.08	70.41	70.41
Cenesa	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	77.08	77.08
INPA	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	**[Confidencial]**	81.13	81.13
Santa Ana	S/ 2,807,434.92	S/ 413,433.12	104.67	91.86	91.86
Total	**S/ 65,010,044.76**	**S/ 7,646,926.13**	**1,935.93**	**1,630.58**	**1,620.02**

* Montos calculados en función de UIT del 2016. Una UIT del 2016 equivale a S/ 3,950.00.
** Los centros Santo Tomás, IDT, CD Jesús María y Salud Renal no presentaron información de sus ingresos brutos para el ejercicio del año 2015, por lo que se emplearon los presentados para el ejercicio del año 2014.
Fuente: EsSalud, Sunat e información presentada por los centros de hemodiálisis.
Elaboración: ST-SDC