



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

Sumilla: A través de la prueba indiciaria, se evidencia la existencia de colusión en los procesos de licitación de compra de oxígeno medicinal, por cuanto se advierte la existencia de concentración de las empresas demandantes con el propósito de realizar prácticas que afectan la competencia en el mercado.

Lima, cuatro de abril
de dos mil diecinueve

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:-----**

I. VISTA la causa; con los acompañados, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana – Presidente, Arias Lazarte, Toledo Toribio, Bermejo Ríos y Bustamante Zegarra; luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

1. De la sentencia materia de casación.

Es objeto de casación la sentencia de vista contenida en la resolución número treinta y ocho de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas dos mil ochocientos cuatro, emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, que **confirma** la sentencia apelada contenida en la resolución número quince de fecha nueve de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas dos mil trescientos catorce, que declaró **infundadas** las demandas acumuladas interpuestas por Messer Gases del Perú Sociedad Anónima, Praxair Perú Sociedad Anónima y Linde Gas Perú Sociedad Anónima (antes Aga Sociedad Anónima) contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), sobre nulidad de resolución administrativa.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

2. Causales por las cuales se han declarado procedentes los recursos de casación

2.1 Mediante resolución del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, de fojas novecientos cincuenta y seis del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, se declaró **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Linde Gas Perú Sociedad Anónima, por las siguientes causales:

a) Infracción normativa a las normas que garantizan el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución. Se argumenta que ha sido sancionada en base a indicios, invirtiendo la carga de la prueba en el administrado; dado que se exige a Linde Gas Perú Sociedad Anónima que demuestre su inocencia a través de la presentación de contraindicios, lo cual vulnera los principios de inocencia, de la prueba indiciaria y del debido proceso. Según la posición asumida por la Sala Superior: **i)** El administrado es quien tiene la obligación de defenderse y probar que la tesis de la Administración es errada (trasladando la prueba al acusado); **ii)** La explicación debe ser igual de “plausible” y que excluya los indicios presentados por la Administración; y **iii)** quien está en “mejor posición” de presentar la prueba (y no lo hace) vulnera el deber de colaboración. Añade la parte recurrente que: *“La sentencia de vista construye la base de su decisión en una premisa errada e ilegal, la cual se traduce en que, ante un caso de difícil probanza, es el investigado quien tiene la carga probatoria de presentar y acreditar mediante contraindicios que demuestren que no ha incurrido en una infracción”*. Agrega además, que se refieren específicamente al considerando trigésimo segundo de la sentencia de vista, por la cual la Sala Superior no considera que se haya vulnerado los principios de licitud, carga probatoria o presunción de inocencia de la recurrente, toda vez que de conformidad con el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula el principio de buena fe procedimental, considera que era la recurrente quien tenía la carga de desvirtuar los indicios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por lo cual señala textualmente: *“Nos preguntamos ¿este es realmente el sentido de las normas que regulan el*



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

procedimiento administrativo sancionador? ¿Que sea el administrado que acredite su inocencia? La respuesta es negativa”. Añade asimismo, que en el presente caso, Linde Gas Perú Sociedad Anónima presentó una serie de explicaciones alternativas a fin de desvirtuar que no necesitan ser mejores alternativas que las propuestas por los indicios, sino simplemente que generen (como en efecto sucedió) duda razonable de que la conducta investigada no se debió al acuerdo colusorio de las empresas acusadas —ahora demandantes— y que existieron otros factores (contundentes o no) que cuestionan válidamente la infracción imputada. Siguiendo dicha lógica, en el procedimiento administrativo sancionador, la recurrente propuso una serie de explicaciones alternativas, a fin de desvirtuar la imputación realizada y determinar que “un acuerdo colusorio” entre las empresas denunciadas no era la única explicación lógica para que estas hayan abastecido tradicionalmente una zona determinada, sino que la conducta de las empresas se debió al diseño licitatorio implementando por el Seguro Social. Para ello, bastaba revisar las bases de las licitaciones de los procesos investigados para advertir, tal como lo reconoce el propio Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), la existencia de una primera etapa en la cual existían requisitos y condiciones extremadamente onerosos y que incluso ponían en riesgo no solo la rentabilidad sino al funcionamiento de las empresas en caso de incurrir en algún supuesto de incumplimiento; así como una segunda etapa, si bien como bases “más flexibles” seguían propiciando la segmentación territorial al establecer requerimientos técnicos que dificultan el acceso. Ahora bien, de acuerdo al considerando trigésimo segundo, la Sala Superior interpreta incorrectamente (o mejor dicho, confunde) el deber de colaboración de las partes bajo el principio de buena fe procedimental establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General con el hecho de que sea Linde Gas Perú Sociedad Anónima la que proporcione los medios probatorios que, precisamente, justifiquen sus contraindicios; pues bien, esto también es ilegal.

b) Infracción normativa al principio de aplicación inmediata de la norma, artículos 103 y 109 de la Constitución y del artículo 230 numeral 5 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Se aduce que la Constitución y la Ley del Procedimiento Administrativo General contemplan como principio del procedimiento administrativo sancionador, la irretroactividad de la



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

norma con la misma excepción de que la norma posterior sea más favorable a las situaciones anteriores a su vigencia. Ahora, a través de la tercera pretensión de la demanda, Linde Gas Perú Sociedad Anónima solicitó la nulidad de la Resolución N° 1167-2013, toda vez que al momento de graduar la sanción, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) no aplicó el artículo 236-A de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual regulaba expresamente el supuesto de subsanación voluntaria del hecho imputado como causal atenuante de responsabilidad. La subsanación voluntaria nunca fue un punto controvertido, sino un hecho reconocido por el propio Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Así, nos remitimos a la Resolución N° 1167-2013 en la que expresamente se reconoce un cambio de patrón por parte de la actora a partir de junio de dos mil catorce: La accionante comienza a obtener la buena pro en zonas donde anteriormente no realizaba ofertas. Actualmente, tras la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, de fecha veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, la subsanación voluntaria del acto imputado ha dejado de ser un factor atenuante para convertirse en un factor eximente. Este argumento no fue alegado en la apelación, pues la norma no había entrado en vigencia. No obstante, a la fecha de emisión de la sentencia de vista de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete, esta modificatoria ya se encontraba en vigencia, por lo que de conformidad con el principio de irretroactividad de las normas contemplado en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444; así como el principio de iura novit curia, la Sala Superior ha infringido el principio de irretroactividad de la norma al no haber aplicado la disposición más favorable para Linde Gas Perú Sociedad Anónima, como lo es aplicar de oficio el artículo 236-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

c) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034. Manifiesta que de conformidad con el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 701 (vigente a la fecha de inicio de l procedimiento administrativo sancionador contra la recurrente) y el artículo 42 de la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034, las infracciones contrarias a la libre competencia prescriben a los cinco años de cometida la infracción. Uno de los principales argumentos expuestos por Linde Gas



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 7634-2017
LIMA**

Perú Sociedad Anónima fue que la oportunidad para que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) lo sancione administrativamente habría prescrito. Así desarrolló tres escenarios: el primero y el segundo demostraron que —siendo irrelevante si la infracción fue instantánea o continuada— los procesos de selección correspondientes a la primera etapa que iba de mil novecientos noventa y nueve al dos mil dos (periodo identificado por Indecopi) habrían prescrito. Por otro lado, aun aceptando la hipótesis de que estuviésemos frente a una infracción continuada, que concluyó en junio de dos mil cuatro, luego de que el recurrente apelara la decisión de primera instancia administrativa, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) dejó paralizado el procedimiento, por lo que de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 37 y artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034 (en concordancia del artículo 233 de la Ley N° 27444), la prescripción habría operado. El procedimiento administrativo sancionador se inició en febrero de dos mil ocho, fecha en que fue notificada. La Sala Suprema advertirá que el procedimiento sancionador se inició tres años y ocho meses de concluida la conducta infractora (dentro del plazo prescriptorio de cinco años). Sin embargo, ocurrió un hecho relevante: el procedimiento sancionador quedó suspendido, por causas no imputables a los administrados durante los años —desde julio de dos mil once hasta julio de dos mil trece—. La suspensión del procedimiento, sumado al plazo de tres años y ocho meses ya transcurridos, nos lleva a la inevitable conclusión de que la sanción fue impuesta fuera del plazo prescriptorio de cinco años.

d) Infracción normativa al principio de razonabilidad en materia sancionatoria, recogido en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Señala que como tercera pretensión de su demanda, Linde Gas Perú Sociedad Anónima, alegó que la graduación de la sanción realizada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en la Resolución N° 1167-2013 vulneró el principio de razonabilidad contemplado en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, que contiene los siguientes criterios, que han sido modificados por el Decreto Legislativo N° 1272. Aún en el supuesto en que se admitiese que la recurrente debió ser sancionada, la Sala Superior — que ratificó lo actuado por el juzgado y el



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

Indecopi— no ha tomado en cuenta que existía justificaciones para la atenuación de la sanción y, consecuentemente, reducción de la multa porque la conducta infractora se corrigió espontáneamente, antes del inicio del procedimiento de sanción. En el año en el cual se dictó la Resolución N° 1167-2013 y en la que se interpuso la demanda contenciosa administrativa, el artículo 236-A de la Ley N° 27444 establecía que un factor atenuante a tomar en cuenta al momento de imponer sanción era la “subsanción voluntaria” del hecho que constituye una infracción, por parte de los posibles sancionados. No obstante, si bien se trata de una norma que debió ser aplicada de pleno derecho por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) al momento de determinar el monto de la sanción, esta fue soslayada no solo por la demandada sino también por el juzgado de primera instancia y por la Sala Superior.

e) Infracción normativa por inaplicación del artículo 236-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Alega que en el escenario que la Corte Suprema considere que la aplicación del artículo 236-A de la Ley de Procedimiento Administrativo General no constituye una causal casatoria anulatoria, subordinadamente, solicitamos que se tome como causal casatoria de revocación, argumentando que uno de los argumentos esbozados por Linde Gas Perú Sociedad Anónima, a fin de que se considere la graduación de la sanción, fue encontrarse en el supuesto de “subsanción voluntaria” que el artículo 236-A de la citada ley regulaba a fin de atenuar la sanción y reducir la multa impuesta. Pues bien, el Decreto Legislativo N° 1272 ha modificado el artículo antes mencionado, y ha considerado que la subsanción voluntaria del acto imputado constituye un factor eximente de responsabilidad (para ello, se remite al cuadro comparativo indicado en el punto 4.2.2. del recurso). Ahora bien, la Sala Suprema debe advertir que este hecho no fue alegado en el recurso de apelación, porque la norma no había sido siquiera publicada. No obstante, el artículo 236-A antes citado se encontraba en vigencia al momento de emitirse la sentencia de vista de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete. De conformidad con el principio de irretroactividad de las normas, contemplado en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444, así como el principio iura novit curia, la Sala Superior debió haber aplicado correctamente el derecho.



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

2.2 Por otro lado, por medio de la resolución de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, de fojas mil veintiuno del cuaderno de casación formado en esta Sala Superior, se declaró **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Messer Gases del Perú Sociedad Anónima, por las siguientes causales:

a) Infracción normativa del artículo 139 numeral 3 de la Constitución en razón a que la sentencia de vista vulneró el derecho a la prueba de la recurrente.

Expresa que la Sala Superior ha manifestado que el juzgado no estaba obligado a valorar las conclusiones a las que arribaba el Libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú” de Jorge Fernández-Baca, ex presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), ya que el mismo no había sido ofrecido en la etapa postulatoria. Al respecto, consideramos que con dicha postulación, la Sala Superior se encuentra vulnerando gravemente el derecho constitucional a la prueba de Messer. En la página número veintidós de la demanda, este ofreció como medio probatorio el Expediente Administrativo N°002-2008/CLC. En dicho expediente, se encontraba el libro de Jorge Fernández-Baca, en el cual concluye en su capítulo seis que no hubo reparto del 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 mil novecientos noventa y nueve y junio de dos mil cuatro por parte de las empresas denunciadas, entre las cuales se encontraba Messer.

b) Infracción normativa del numeral 5 del artículo 139 de la Constitución, y del numeral 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, debido a que la sentencia de vista vulneró el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales de Messer.

La Sala Superior ha señalado que la recurrente se ha limitado a transcribir pasajes del libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú”, los mismos que no han sido corroborados con medios probatorios actuados en sede administrativa o judicial. Con dicha argumentación, la Sala Superior se encuentra vulnerando gravemente el derecho constitucional a la debida motivación de resoluciones judiciales de Messer. La Sala Superior se limitó simplemente a expresar que las conclusiones a las que arribó el análisis del Profesor Fernández-



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

Baca no fueron contrastadas con ningún medio probatorio que lo respalde. Sin embargo, para descalificar los alcances de dicho medio probatorio, la Sala Superior no expone con claridad y coherencia cómo logró arribar a dicha conclusión, *máxime* si como se destaca en el mismo informe, este se ha basado en diversos documentos y medios de prueba que obraban en el mismo expediente administrativo.

c) Infracción normativa del numeral 6 del artículo 139 de la Constitución, en razón que la sentencia de vista ha vulnerado los derechos de defensa y a la instancia doble de Messer. Manifiesta que, a decir de la Sala Superior, los únicos fundamentos de hecho y derecho que pueden ser objeto de pronunciamiento en la etapa resolutive serían aquellos que han sido detallados en la demanda. Al respecto, consideramos evidente que con dicha argumentación, la Sala Superior se encuentra vulnerando gravemente el derecho constitucional a la defensa de Messer. Es indispensable destacar que esta afirmación no se encuentra contenida en ninguna norma jurídica. En otras palabras, no existe fundamento jurídico que respalde lo señalado por la Sala Superior, en el sentido que el juzgado solo estaba obligado a pronunciarse exclusivamente sobre los argumentos de defensa expuestos en un acto procesal tan prematuro como es la demanda. En este sentido, los órganos jurisdiccionales están constitucionalmente obligados a abstenerse de ejecutar actos concretos que impidan a las partes a efectuar sus obligaciones y de desplegar toda la actividad necesaria para probarlas, a fin de influir sobre la formación de convencimiento del juez, conforme lo dispone el derecho de defensa.

d) Infracción normativa por inaplicación indebida del artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034 . Señala que en relación a la prescripción, se ha limitado al igual que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi), en su esfuerzo por sancionar a Messer y a las otras empresas, no solo han forzado los hechos para sustentar su hipótesis, descartando en su análisis todo detalle que la destruya; sino que el Indecopi también fuerza la aplicación de figuras jurídicas (infracción continuada) y descarta aquéllas que son más razonables como explicaciones a lo sucedido (infracciones individuales sucesivas). Para descartar la prescripción alegada por Messer, la Sala Superior alega que se ha cometido una infracción continuada.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

Ahora, en el supuesto hipotético y negado de que los actos atribuidos a la recurrente constituyan una infracción a la normatividad sobre libre competencia, estaríamos ante una típica infracción de carácter sucesivo y no frente a una infracción continuada. Es necesario demostrar que existió una misma resolución criminal desde la Licitación Pública N° 018-IPSS-98 hasta la adjudicación directa del año dos mil cuatro. Este elemento subjetivo no ha sido demostrado y no se encuentra mayor explicación en lo argumentado por el Indecopi.

e) Infracción normativa por aplicación indebida del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 e inaplicación del numeral 6 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y del artículo 49 del Código Penal. Sostiene que el Indecopi ha alegado que para el cálculo de la multa resultaba aplicable el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701, resultando inaplicables las disposiciones del Código Penal. Dicho criterio ha sido recogido por la sentencia de vista. Al respecto, la Sala Superior ha convalidado el razonamiento del juzgado, pues considera que a pesar de tratarse de una infracción continuada, la infracción debe ser calculada tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701, no obstante que dicha norma no regula expresamente el tratamiento para la gradualidad de este tipo de sanciones, ello a diferencia de la Ley N° 27444, y del Código Penal que dispone que este tipo de infracciones se sanciona con la pena correspondiente a la más grave. Por ello, sostenemos que se ha aplicado indebidamente la norma en mención. Por esta razón, resulta de aplicación al presente caso las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, así como los principios que orientan todo procedimiento que signifique el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

2.3 Asimismo, a través de la resolución del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, de fojas mil cuarenta y uno del cuaderno de casación formado en esta Sala Suprema, se declaró **PROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Praxair Perú Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada por las siguientes causales:

a) Infracción normativa por contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso por haberse contravenido el derecho a la debida



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

motivación de las resoluciones judiciales, previsto en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución, y en el numeral 6 del artículo 50 y artículo 121 del Código Procesal Civil. Manifiesta que en varios extremos de la sentencia de vista, la Sala Superior ha intentado “justificar” su decisión a partir de una remisión a lo resuelto por el Indecopi en vía administrativa y a lo resuelto en el juzgado de primera instancia, sin expresar debidamente sus propios fundamentos para confirmar el pronunciamiento que declaró infundada la demanda de la recurrente. En el presente caso, la resolución de vista transgrede de forma expresa el derecho fundamental a obtener decisión debidamente motivada porque: **i)** Praxair sí cumplió con señalar en el recurso de apelación los vicios y errores del juzgado al momento de emitir la sentencia; **ii)** cuando el juzgado hace suyos los argumentos del Indecopi en la resolución impugnada no hay motivación al respecto; tampoco analiza ni pondera respecto a los argumentos expuestos por Praxair. Se limita a describir lo afirmado por la autoridad administrativa. Por tanto, no puede existir un supuesto de motivación de remisión del juez contencioso administrativo, sin que exista una explicación de las razones por las cuales hacen suyo los argumentos de la Administración y no concuerda con lo de la parte apelante. La remisión por sí sola constituye supuesto de debida motivación tal como lo sostiene doctrina autorizada en la materia.

b) Infracción normativa por contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por haber afectado el derecho a probar y a la debida valoración probatoria, previstos en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, y en los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil. Se aduce que en ese caso se ha sancionado a Praxair con base en prueba indiciaria. No se cuestiona la utilización de dicha prueba, sino el hecho que la Administración y luego el Poder Judicial no haya valorado debidamente la existencia de contraindicios, los cuales no permitían concluir la existencia del acuerdo de colusión entre las empresas demandantes para un supuesto reparto del mercado de oxígeno medicinal. Praxair y las demás empresas sancionadas ofrecimos múltiples explicaciones alternativas respecto de la causa de la conducta de nuestras empresas distintas a un acuerdo de mercado; sin embargo, la sentencia de primera instancia como la sentencia de vista, a través de motivaciones defectuosas,



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

aparentes, insuficientes y en algunos casos inclusive contradictorias, ha rechazado dichas explicaciones.

c) Infracción normativa por aplicación indebida del artículo 233 numeral 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que respecta al cómputo de la prescripción. Precisa que en la hipótesis negada que se descarte las causales indicadas en los literales previos, solicita se declare entonces fundado el presente recurso de casación, en atención a que la resolución de vista aplica indebidamente la parte final del numeral 1 del artículo 233 de la Ley N° 27444 para sostener que las diversas infracciones tienen calidad de una sola infracción continuada. Y es a partir de esa equivocada conclusión que el fallo en cuestión desestima nuestra primera pretensión subordinada. En efecto, añade el recurrente, como constancia en nuestra demanda, Praxair planteó como primera pretensión subordinada a su primera y segunda pretensión principal, la declaración de nulidad de la sanción impuesta por el Indecopi en el extremo que determina que las conductas anteriores al veintidós de octubre de dos mil dos no han prescrito y se declare su prescripción. Dicha pretensión se sustentó en que como no ha sido objeto de cuestionamiento, la sanción impuesta por el Indecopi refiere que habrían coludido para participar en los procesos de selección convocados por Essalud entre los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil cuatro. Debe tenerse en cuenta que el primer acto vinculado a la investigación, notificado a los imputados, fueron las visitas inspectivas realizadas en las oficinas de las tres empresas el día doce de diciembre de dos mil seis; fue con dicho acto que se interrumpió el plazo prescriptorio. Y siendo que el plazo prescriptorio previsto en el artículo 24 antes citado era de cinco años, habían quedado prescrito todos los actos anteriores al doce de diciembre de dos mil uno, lo cual comprende los tres primeros procesos de selección y el periodo de ejecución de los contratos asociados a tales procesos, toda vez que la convocatoria al tercer proceso de selección se realizó en setiembre de dos mil uno. Por tanto, la prescripción se extendió hasta noviembre de dos mil dos, fecha en la que vencieron los contratos suscritos en el marco del proceso convocado en setiembre de dos mil uno.

d) Infracción normativa por inaplicación del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

Procedimiento Administrativo General, que regulan el principio de razonabilidad. Afirma que en la hipótesis negada que se descarte las causales indicadas en los numerales previos, debe declararse fundado el recurso de casación en atención a que la resolución de vista ha soslayado el principio de razonabilidad que rige el derecho administrativo sancionador cuando ratifica como monto de la multa impuesta uno absolutamente desproporcionado y exorbitante. Al respecto, consta de autos que Praxair planteó como segunda pretensión subordinada, la declaración de nulidad de la determinación del monto de la multa impuesta, ascendente casi a quince millones de soles. Para tal efecto, se cuestionó la arbitrariedad con la que el Indecopi había fijado las dos variables utilizadas para calcular la indicada multa: **i)** beneficio ilícito obtenido; y **ii)** la probabilidad de detección de la infracción. Los cuestionamientos de la parte recurrente fueron superficialmente desestimados por la sentencia de primera instancia y la sentencia de vista, ignorando las denuncias alegadas en el recurso de apelación y prefiriendo repetir los mismos errores de la sentencia. En efecto, la sentencia de vista guarda total silencio respecto a la posibilidad real del Indecopi de acceder a información acerca del precio de compra de los bienes por parte de otros hospitales (incluidos el Ministerio de Salud y las Fuerzas Armadas), señalando que los valores referenciales no eran confiables porque también habían tomado en consideración los valores proporcionados por las empresas supuestamente coludidas. En relación a los valores adoptados para la segunda etapa, se limita a señalar que “puede considerarse razonable” la elección de un precio referencial utilizado en un proceso licitatorio posterior, sin cuestionarse que habiendo ocurrido este dos años después, no se ha sustentado que resultaría un referente válido. Finalmente, en lo que toca a la probabilidad de detección, la resolución de vista refiere que como el acuerdo “duró varios años” solamente era posible detectarlo con su reiteración, por lo que un porcentaje del noventa por ciento (90%) de detección es más favorable para los intereses de los infractores. Conforme al principio de razonabilidad, para graduar una sanción debe aplicarse una serie de criterios legalmente establecidos, tales como: a) la intencionalidad, b) el perjuicio, c) las circunstancias y d) la reincidencia. En el presente caso, la resolución de vista no toma en consideración ninguno de los elementos citados. Simplemente se ha limitado a repetir los argumentos de Indecopi respecto de la supuesta pertinencia y/o corrección en la forma de cálculo de los valores antes citados.



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

e) Infracción normativa por inaplicación de los numerales 1.2 (debido procedimiento), 1.3 (principio de impulso de oficio), 1.7 (principio de presunción de veracidad), 1.11 (principio de verdad material) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y del artículo 230 numeral 9 del mismo texto legal (principio de presunción de licitud). Sostiene que la concentración del mercado se presenta tanto en la oferta como en la demanda, por lo que se requiere analizar cada uno para determinar quien ejerce efectivamente el poder de influencia. El análisis de la concentración de un mercado, visto solo desde el lado de la oferta se equipara con lo que sería el deudor; es decir, consiste en un estudio parcializado e incompleto del cual solo podría obtenerse una conclusión completamente distorsionada y falaz sobre la efectiva posición que tienen los agentes que operan en él. El que exista una concentración del lado de la oferta no puede ser considerado inmediatamente como una condición que favorece una colusión si es que antes no se ha visto siquiera si es que la demanda presenta algún tipo de concentración, control y/o poder de mercado con capacidad de obstaculizar o incluso anular la concentración que existe en la oferta. Por ello, considera el recurrente que la Sala Superior se equivoca en señalar en el décimo octavo considerando de la resolución de vista que “la concentración por el lado de la oferta es una circunstancia pacíficamente admitida como favorecedora de una posible colusión”, cuando lo que corresponde es que se analice el mercado en su conjunto para afirmar si efectivamente se presenta un supuesto de colusión o no. Puede darse el caso que el análisis de la demanda (o poder de compra como lo denomina la Sala) lleve a concluir que no puede presentarse una colusión por el lado de la oferta y por tanto, constituiría un contraindicio consistente que descartaría dicho acuerdo. En este caso en particular, este análisis resultaba esencial, porque como considera el recurrente, el demandado partió de una visión restringida del mercado de oxígeno, al delimitar su análisis considerando como tal, únicamente al Seguro Social de Salud (en adelante Essalud), por el lado de la demanda y a las demandantes por el lado de la oferta. Es decir, primero excluyó de su estudio a todos los demás agentes del mercado. Luego, restringió aún más este alcance, al tratar de identificar si existía algún tipo de concentración, enfocándose únicamente en el lado de la oferta, sin realizar algún tipo de análisis sobre el poder de influencia de Essalud, que llevará a descartar la



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

supuesta concentración. Ante este escenario, era claro que Essalud tenía una influencia decisiva con capacidad de contrarrestar la concentración de la oferta, por cuanto tenía el poder de adoptar o bloquear las decisiones de los agentes económicos de la oferta, respecto a su comportamiento comercial estratégico. A pesar de la relevancia de este análisis en este caso, la Sala Superior manifiesta que el juzgado sí se ha pronunciado sobre el poder de Essalud cuando en realidad no ha analizado su impacto en la supuesta concentración, ya que ello constituía un claro conatraindicio. En tal sentido, se han contravenido los principios del debido procedimiento, impulso de oficio, presunción de veracidad, verdad material y presunción de licitud previstos en la Ley N° 27444, a efectos de determinar que efectivamente se presentaba un supuesto de reparto del mercado. Si la Sala Superior hubiera analizado la concentración de la oferta, habría verificado el poder que tenía Essalud y hubiera podido constatar que, por ejemplo, cuando en el año dos mil dos decidió cambiar (relajar) algunas de las condiciones de provisión de oxígeno, se produjo un cambio inmediato en el mercado. En el caso del recurrente, ello implicó que solo pudiera ganar ofreciendo el setenta por ciento del valor referencial (mínimo posible), y ello sin duda, afectaba el supuesto acuerdo colusorio entre las demandantes.

3. DICTAMEN FISCAL SUPREMO:

La Fiscalía Suprema mediante Dictamen Fiscal Supremo N° 4106-2018-MP-FN-FSCA, de fojas mil ochenta y dos del cuaderno de casación, opina por que se declaren infundados los recursos de casación interpuestos y, en consecuencia, que no se case la sentencia de vista.

4. ANTECEDENTES JUDICIALES DE RELEVANCIA

Antes de absolver las denuncias efectuadas por las empresas demandantes, conviene hacer un breve recuento de las principales actuaciones vinculadas con el desarrollo de la presente causa, en la que existe acumulación de procesos:



SENTENCIA
CASACIÓN N° 7634-2017
LIMA

Messer Gases del Perú Sociedad Anónima.

4.1. Mediante escrito presentado el veinticinco de setiembre de dos mil trece, de fojas trescientos treinta y dos, Messer Gases del Perú Sociedad Anónima (*en lo sucesivo Messer*) interpuso **demanda contenciosa administrativa**, postulando el siguiente petitorio: pretensión: la nulidad de la Resolución N° 1167-2013/SDC-INDECOPI, que confirmó la Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI, mediante la cual se resolvió declarar que la actora, conjuntamente con otras empresas, incurrió en prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto del mercado en los procesos de selección convocados por Essalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso de nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de mil novecientos noventa y nueve y junio de dos mil cuatro, imponiéndoseles sanción de naturaleza pecuniaria.

4.2. Por escrito de **contestación de demanda** presentado el veintinueve de octubre de dos mil trece, de fojas trescientos setenta y dos, el Instituto nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi), absolviendo la demanda, argumentó en resumen que: **a)** la realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado constituyó en conducta anticompetitiva sumamente grave, de esta forma se tiene que las empresas sancionadas decidieron alterar la competencia efectiva impidiendo que una entidad proveedora pudiera contratar el suministro de oxígeno en mejores condiciones de precio o calidad; **b)** Essalud se vio impedido de adquirir oxígeno medicinal con el beneficio propio de la competencia efectiva que deriva de proceso de contratación pública, sino que dichas contrataciones se efectuaron bajo una competencia simulada; **c)** la autoridad administrativa contaba con cinco (05) años desde el cese de la infracción, conforme lo establece el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 701, ya que lo cierto es que la conducta investigada se realizó hasta junio de dos mil cuatro, debido a que respondió a una voluntad colectiva de repartirse el mercado; por tratarse de infracción de carácter continuado, el plazo de cinco años para el inicio de investigaciones no vencía sino hasta mucho después de iniciado el procedimiento sancionador, el mismo que fue ordenado mediante Resolución N° 003-2008-INDECOPI/CLC; **d)** en cuanto a la supuesta violación del plazo razonable, cabe señalar que la consecuencia de que la autoridad instructora exceda el plazo de investigación previsto, es la de emitir la resolución



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

correspondiente dentro del procedimiento lo antes posible; **e)** no existía vacío legislativo alguno que opere para acudir a la legislación penal, puesto que claramente el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 preveía los criterios que la autoridad administrativa deberá considerar para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción; **f)** la demanda no contiene argumentos consistentes que puedan desarticular la validez del pronunciamiento impugnado, el mismo que ha efectuado un desarrollo sólido y sumamente detallado acerca de las condiciones de mercado, así como los indicios que se apreciaron durante el procedimiento que acreditaron la existencia de una conducta de reparto de mercado; **g)** la actora también ha sido sancionada en sede administrativa en otros países por desarrollar las mismas prácticas restrictivas de libre competencia e incurrir en el reparto de mercado en licitaciones públicas para la adquisición de oxígeno medicinal; **h)** la conducta sancionada no tuvo lugar en momentos aislados, separados e independientes, sino que existió una voluntad común y continua de mantenimiento de la conducta de reparto de mercado; **i)** el Tribunal del Indecopi destacó que el patrón infractor detectado consistía en el hecho que las tres empresas presentaron ofertas cercanas al ciento diez por ciento (110%) del valor referencial o iguales a dicha cifra; **j)** la actora poseía plantas de llenado principalmente en la zona norte y no en la zona centro, área donde abastecía a Essalud; pese a ello, siempre se presentó a los procesos de selección de la zona centro, ganándolos y se auto-descalificó o no se presentó en la zona norte, que siempre le fue mucho más rentable para abastecer oxígeno medicinal que la zona centro; **k)** la imposición de una multa en un escenario de violación a normas de libre competencia y en cualquier tipo de procedimiento sancionador debe preservar un necesario análisis acerca del beneficio económico obtenido producto de la infracción cometida, con la finalidad de que se asegure que la sanción impuesta sea mayor a dicho beneficio; de otra manera, no se cumpliría el rol disuasivo.

Linde Gas Perú Sociedad Anónima (antes denominada AGA Sociedad Anónima)

4.3. Por medio del escrito presentado el dieciocho de octubre de dos mil trece, de fojas setecientos setenta y nueve, Linde Gas Perú Sociedad Anónima (*en lo sucesivo Linde Gas*) interpuso **demanda contenciosa administrativa**, postulando como petitorio:



SENTENCIA
CASACIÓN N° 7634-2017
LIMA

a) Pretensión principal: la nulidad de la Resolución N° 1167-2013/SDC-INDEC OPI, la cual declaró la infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, e impuso multa de mil doscientos ochenta y ocho punto catorce Unidades Impositivas Tributarias (1,288.14 UIT).

b) Pretensión subordinada a la pretensión principal: en plena jurisdicción, se revoque la Resolución N° 1167-2013/SDC-INDECOPI y reformándola se declare fundado el recurso de apelación interpuesto en vía administrativa.

c) Pretensión subordinada común: se disponga la nulidad de la sanción de multa establecida por el valor de mil doscientos ochenta y ocho punto catorce Unidades Impositivas Tributarias (1,288.14 UIT).

4.4. Por escrito de fecha cinco de diciembre de dos mil trece, obrante a fojas mil diecinueve, el Indecopi **contestó** la demanda y argumentó principalmente que: **a)** se probó categóricamente que la empresa incurrió en prácticas anticompetitivas de reparto de mercado, pues fue resultado de la valoración de una pluralidad de indicios de la realización de dichas prácticas sin que las empresas investigadas jamás pudieran justificar la existencia de tales indicios bajo explicaciones económicas racionales; **b)** la realización de prácticas restrictivas de competencia en modalidad de reparto de mercado en proceso para la adquisición de oxígeno medicinal, constituyó una conducta sumamente grave; **c)** las empresas sancionadas alteraron la competencia efectiva que debe existir en el marco de la contratación pública para un bien sumamente delicado como es el oxígeno medicinal; como consecuencia, Essalud se vio impedido de adquirir oxígeno medicinal con el beneficio propio de la competencia efectiva que deriva de un proceso de contratación pública; **d)** Aga jamás presentó documentación fehaciente que demuestre que los beneficios de haber postulado hubiesen sido menores al punto de decidir no hacerlo; **e)** en sede administrativa se demostró que sí existían condiciones estructurales en el mercado de oxígeno medicinal adquirido por Essalud a través de sus procesos de selección, que facilitaban la adopción de prácticas anticompetitivas; **f)** al tratarse de infracciones continuadas, el inicio del cómputo de la prescripción solo puede considerarse a partir del momento en que cesaron los hechos calificados como infracciones a las normas de libre



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

competencia, lo que ocurrió luego que el acuerdo de reparto de mercado geográfico concluyera hacia el mes de junio de dos mil cuatro; **g)** la actora también ha sido sancionada administrativamente en otros países por desarrollar las mismas prácticas restrictivas de libre competencia e incurrir en el reparto de mercado en licitaciones públicas para la adquisición de oxígeno medicinal; **h)** los antecedentes demuestran que el Indecopi ha respetado el debido procedimiento en la investigación realizada; **i)** una modalidad de prácticas anticompetitivas es la relacionada a la repartición de mercado. En este supuesto, los competidores conciertan el reparto de zonas geográficas, evitando la competencia entre ellos y distorsionando el mercado, en la medida que se crean monopolios sobre clientes, productos o espacios geográficos; de esta manera, los efectos del reparto del mercado son extremadamente negativos, ya que al decidirse la inexistencia de competencia de determinadas empresas, no existen incentivos para la eficiencia económica; por el contrario, se presentan escenarios de pérdida de eficiencia; **j)** las conductas realizadas por la demandante y las otras empresas sancionadas solo tuvieron como efecto proveerse de mayores ingresos como consecuencia de la falta de competencia en los procesos de adquisiciones públicas convocados por Essalud, aumentando artificialmente los precios y elevándolos hasta el máximo legal posible [en montos cercanos al ciento diez por ciento (110%) del valor referencial para cada proceso], situación que se mantuvo hasta el ingreso de nuevos competidores; **k)** Aga atribuye haber postulado en el norte en los procesos de contrataciones públicas durante todo el periodo investigado, el mismo que consistía en suministrar conjuntamente oxígeno líquido y gaseoso, no fue exigido por Essalud en todo el periodo investigado, como mal sugiere Aga en su escrito de demanda; **l)** Aga participó cubriendo un importante porcentaje de los requerimientos de oxígeno de Essalud en las zonas centro y sur, zonas que no fueron abastecidas por tal empresa durante el periodo investigado. Esto no hace sino demostrar la inconsistencia de la postura argumentativa de Aga al señalar que la tenencia de tanques criogénicos justificaría que se haya presentado a los procesos convocados por Essalud únicamente en la norma, si es que se considera que dicha empresa ya había abastecido otras zonas del país en periodos previos, lo cual ha sido tratado con absoluto silencio en su escrito de demanda; **m)** Aga se limita a mencionar que el requisito impuesto por Essalud demandaría costos altos, sin que durante el procedimiento administrativo haya aportado los medios de prueba que, de manera



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

consistente, permitan validar el argumento mencionado como un contra-indicio real a su favor; **n)** no se ha explicado por qué la empresa no realizó ofertas económicas válidas en la segunda etapa, en especial, en puntos de abastecimiento ubicados en Lima, donde se encontraba parte importante de su capacidad instalada en estaciones de llenado; Aga plantea que resultaba más eficiente postular al norte por hecho que Essalud podría exigir modificaciones al suministro de oxígeno, ampliando puntos de entrega.

Praxair Perú Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada.

4.5. A través del escrito presentado el quince de octubre de dos mil trece, obrante a fojas mil seiscientos dieciséis, Praxair Perú Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (*en lo sucesivo Praxair*) interpuso **demanda contenciosa Administrativa**, postulando como petitorio:

a) Primera pretensión principal: la nulidad de la Resolución N° 1167-2013/SDC-INDECOPI, la cual declaró la infracción al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, e impuso multa de mil doscientos ochenta y ocho punto catorce Unidades Impositivas Tributarias (1,288.14 UIT).

b) Pretensión accesoría a la primera pretensión principal: se declare que Praxair no ha incurrido en la práctica restrictiva de la competencia sancionada en la resolución impugnada.

c) Primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal: se declare la nulidad de la resolución impugnada en el extremo que determina que las conductas anteriores al veintidós de octubre de dos mil dos no han prescrito y se declare su prescripción.

d) Pretensión accesoría a la primera pretensión subordinada: se recalcule la multa impuesta a Praxair teniendo en cuenta únicamente la conducta desplegada durante el periodo no prescrito.

e) Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal: se declare la nulidad de la determinación del monto de la multa impuesta y que se recalcule



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

dicho monto, respetándose el principio de razonabilidad de los actos administrativos.

4.6. El veintitrés de diciembre de dos mil trece, obrante a fojas mil setecientos treinta y nueve, el Indecopi **contestó** la demanda y arguyó esencialmente que: **a)** se debe merituar con cuidado, ya que la conducta de las infractoras tuvo lugar bajo la comercialización de un producto sumamente sensible para la población, como lo es el oxígeno medicinal, sin detenerse en las graves consecuencias que determinan la falta o insuficiencia de dicho producto para la salud pública; **b)** la demandante y las otras empresas sancionadas incurrieron en una misma conducta continuada desde el año mil novecientos noventa y nueve al dos mil cuatro y la división del periodo de investigación en dos etapas no tiene ningún tipo de efecto sobre la caracterización de esta conducta como una infracción continuada, por lo que no cabe aplicar plazos prescriptorios independientes para cada una de ellas; **c)** Praxair se limita a mencionar que su capacidad instalada aumentó en el año dos mil cinco, lo que le haría atender la demanda de Essalud, pese a que precisamente ya la autoridad administrativa había demostrado que Praxair siempre tuvo la capacidad instalada para abastecer a Essalud durante el periodo investigado; **d)** la multa observó el principio de razonabilidad, a partir de la determinación del beneficio ilícito obtenido por cada una de las empresas sancionadas, y la probabilidad de detección de la conducta, aspectos que fueron suficientemente explicados por Indecopi; **e)** la demandante ha sido sancionada en el extranjero por participar en prácticas restrictivas de la competencia de reparto de mercado para la compra de oxígeno medicinal; **f)** los antecedentes demuestran que el Indecopi ha respetado el debido procedimiento en la investigación realizada; **g)** existe unidad de comportamiento de todos los participantes de este acuerdo, es decir, la demandante y las otras empresas sancionadas al advertirse un comportamiento sistemático y consistente a lo largo de todo el periodo de investigación; **h)** el análisis del Indecopi no se limitó a la existencia de plantas de llenado para concluir que Praxair sí podía abastecer rentablemente dichos mercados, por el contrario, analizó además aspectos relativos a la existencia de cilindros, transporte involucrado, así como a las cisternas criogénicas necesarias para transportar oxígeno medicinal líquido; **i)** Indecopi concluyó que si bien las sancionadas alegaron que los costos en los que tendrían que incurrir para abastecer este producto era significativamente altos,



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

únicamente presentaron información general respecto de los costos de camiones cisterna y tanques de almacenamiento, así como su relación de activos; **j)** el volumen demandado era superior a los niveles demandados por otros clientes medicinales. Es conocido que el mayor volumen vendido genera economías de escala, en especial, en este tipo de mercado con presencia de altos costos fijos, por lo que resulta esperable que los precios sean muy inferiores a los de otros establecimientos que demanden un menor nivel de oxígeno medicinal; **k)** la lógica que respaldaría la posición de la contraparte sería que los sistemas ya instalados en Lima y en el sur para el suministro de oxígeno medicinal, fueron fundamentales para los requerimientos posteriores de Essalud en tales zonas; sin embargo, dicha premisa es desbaratada a partir de un simple análisis realizado por el Indecopi acerca que en no todos los casos dichos sistemas fueron necesarios para suministrar oxígeno a Essalud, por lo cual la supuesta experiencia a la que alude la contraparte como elemento medular, es inconsistente.

5. Sentencias emitidas en el proceso

5.1. El Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió **sentencia de primera instancia** mediante **resolución número quince**, de fecha nueve de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas dos mil trescientos catorce, declarando **infundada** la demanda de nulidad de resolución administrativa. Sostuvo principalmente el Juzgado, que: **i)** los argumentos de las empresas demandantes no han logrado desvirtuar los fundamentos por los cuales la entidad demandada halló responsable a estas empresas por 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 mil novecientos noventa y nueve y junio de dos mil cuatro; **ii)** los indicios hallados por la entidad demandada resultan consistentes con la realización de una práctica concertada en el caso en cuestión, siendo que las hipótesis alternativas planteadas por las empresas demandantes no logran desvirtuar dichos indicios; antes bien, al ser apreciados en su conjunto, y teniendo en cuenta que el mercado de oxígeno medicinal en los procesos de selección convocados por EsSalud presentaba



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

características que favorecían la colusión, permiten confirmar que la conducta de las empresas demandantes solo encuentra explicación lógica en la existencia de una práctica colusoria de reparto de mercado; y *iii*) la resolución impugnada ha sido emitida habiéndose respetado el debido procedimiento administrativo de las empresas demandantes, y la responsabilidad administrativa de estas empresas ha sido debidamente acreditada en base a una pluralidad de indicios que conllevan a inferir la realización de una práctica colusoria en la modalidad de reparto de mercado, por lo que la entidad demandada no ha vulnerado el principio de verdad material ni los principios de veracidad y presunción de licitud.

5.2 Contra la decisión final de primera instancia, las tres empresas demandantes interpusieron recursos de apelación, dando lugar a la emisión de la **Sentencia de Vista**, expedida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución número treinta y ocho, de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas dos mil ochocientos cuatro, que **confirmó** la sentencia apelada que declaró **infundada** la demanda. Constituyen pilares fundamentales de la decisión de la Sala Superior que: *i*) es válido haber hallado responsabilidad en las demandantes mediante indicios, los mismos que no han sido rebatidos por estas; *ii*) existe infracción continuada, por lo que no ha operado la prescripción; *iii*) asumir que se aplique la subsanación voluntaria, implica aceptar la existencia de infracción, lo cual no ha sido realizado por la recurrente; y *iv*) existió concentración en el poder de la oferta, por lo que permitió que exista contexto de colusión de las empresas participantes en los procesos de licitación.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO. Aspectos del recurso de casación

Debe ponerse de relieve que el recurso extraordinario de casación tiene por objeto el control de las infracciones que las sentencias o los autos puedan cometer en la aplicación del Derecho; partiendo de los hechos considerados probados en las instancias de mérito y aceptados por las partes, para luego examinar si la calificación jurídica realizada es la apropiada a aquellos hechos. Así, la labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, correspondiendo a los Jueces de Casación cuestionar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos.

SEGUNDO. De las causales denunciadas en sede de casación

Teniendo en cuenta las causales denunciadas y atendiendo a que varias de las mismas guardan relación entre sí, a pesar de que han sido formuladas por tres empresas distintas, corresponde resolver estas de forma conjunta, desarrollándose argumentos jurídicos vinculados, tanto de carácter procesal como material.

Argumentos sobre infracciones procesales de los recursos de casación:

TERCERO. Infracción normativa a las normas que garantizan el debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho a la prueba, previstas en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, así como el derecho a probar y a la debida valoración probatoria, contemplados en los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil.

Las empresas recurrentes realizaron denuncias casatorias relacionadas a la vulneración en general al derecho a la prueba, señalando los siguientes argumentos:

- a) Se ha sancionado en base a indicios invirtiendo la carga de la prueba en el administrado, pues se exige que se demuestre inocencia por medio de conraindicios, lo cual afecta los principios de inocencia, de la prueba indiciaria y el debido proceso.
- b) Se presentaron una serie de explicaciones alternativas que no necesitan ser mejores alternativas que las propuestas por los indicios, simplemente que generen duda razonable de que la conducta investigada no se debió al acuerdo colusorio, sino que existieron otros factores.
- c) Entre las empresas denunciadas, no era la única explicación lógica para que estas hayan abastecido tradicionalmente una zona determinada, sino que la



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

conducta de las empresas se debió al diseño licitatorio implementado por el Seguro Social. Bastaba revisar las bases de las licitaciones para advertir que la primera etapa existían requisitos y condiciones onerosas; y en la segunda etapa, requerimientos más técnicos.

d) La Sala Superior interpreta incorrectamente o confunde el deber de colaboración de las partes, bajo el principio de buena fe, con el hecho de que las empresas proporcionen medios probatorios que justifiquen sus contraindicios, lo cual es ilegal.

e) En el Expediente Administrativo N° 002-2008/CLC, se encontraba el Libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú” de Jorge Fernández-Baca, en el cual se concluye en su capítulo seis que no hubo reparto del mercado en los procesos de selección convocados por Essalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, durante el periodo comprendido entre enero de mil novecientos noventa y nueve y junio de dos mil cuatro.

f) No se han valorado debidamente la existencia de contraindicios, los cuales no permiten concluir la existencia de acuerdo colusorio entre las empresas demandantes. Se ofrecieron múltiples explicaciones alternativas respecto a la causa de la conducta de las empresas denunciadas.

Iniciando la labor casatoria, debe ponerse de relieve en que los hechos que son discutidos en este proceso, han sido resueltos en base a prueba indiciaria, tanto en sede administrativa como en sede judicial; por lo cual es menester desarrollar el concepto de indicio a fin de establecer el procedimiento de valoración de las pruebas y explicaciones aportadas por las empresas recurrentes.

De esta forma, el artículo 276 del Código Procesal Civil prevé que el indicio es: *“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”*. En cuanto a los requisitos de la prueba por indicios, el numeral 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal establece que: *“(…) a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes”*.



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

De lo anterior, resalta que indicio es el acto, circunstancia o signo que adquiere importancia cuando en su conjunto conducen al juez a la certeza respecto a un hecho desconocido, exigiéndose para su validez que se presenten conindicios consistentes.

Para San Martín Castro, la prueba por indicios forma parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual (técnica de prueba), por lo que es propio de la fase de valoración de la prueba¹.

Como es de verse, el ordenamiento jurídico recoge al indicio como parte del sistema de valoración de las pruebas, permitiéndose resolver el caso a través de prueba indiciaria, por lo cual se realiza el juicio de hechos en función a operación intelectual; en ese sentido, para contradecir la prueba indiciaria, deben ofrecerse conindicios.

Respecto a los **puntos a), b), d) y f)**, es de señalar que conforme a lo expuesto, demostrar la inocencia por medio de conindicios no está prohibido por la ley, sino por el contrario es una exigencia de la prueba indiciaria, por lo que no existe vulneración a los principios de inocencia, de la prueba indiciaria y debido proceso. Asimismo, si bien es cierto basta con generar la duda razonable a la hipótesis incriminatoria, las recurrentes no han presentado conindicio consistente tanto en la etapa administrativa como judicial, ya que así se desprende de la base fáctica de la sentencia de vista, no confundiendo el deber de colaboración de las partes.

En lo que atañe al **punto c)**, es de acotar que aun cuando sea el diseño licitatorio de Essalud (la primera y segunda licitación), ello no contradice de forma suficiente la denuncia de acuerdo de colusión; menos cuando una de las pruebas indiciarias utilizadas por la autoridad administrativa es el reparto del mercado por zonas determinadas, lo cual devino en que cada empresa gane las licitaciones en diferentes zonas.

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Prueba por indicios", Texto de la VII Conferencia Anticorrupción organizada por la Coordinación Nacional del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Ponencia dictada el 27 de septiembre de 2017 en el auditorio Carlos Zavala Loayza, Lima.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

Por otro lado, en cuanto al **punto e)**, de la revisión de la página veintidós de la demanda de Messer, aparece referencia al ofrecimiento como medio probatorio del Expediente Administrativo N° 002-2008/CLC; sin embargo, de la lectura del escrito postulatorio no se advierte que se haya expuesto argumento respecto al Libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú”, y menos que se haya explicado su finalidad probatoria, por lo que este argumento debe ser **rechazado**.

CUARTO. **Infracción normativa a las normas que garantizan la debida motivación, prevista en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución, y en el numeral 6 del artículo 50, artículo 121, y numeral 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil.**

Continuando con la labor casatoria, las recurrentes aducen que en la sentencia de vista existe afectación a la debida motivación, por cuanto:

a) La Sala Superior se limitó simplemente a señalar que las conclusiones a las que arribó el análisis del profesor Fernández-Baca, no fueron contrastadas con ningún medio probatorio, no exponiendo con claridad y coherencia cómo concluyó lo anterior, *máxime* si como se indica en el informe, el libro se basó en diversos documentos y medios de prueba que obran en el expediente administrativo.

b) La sentencia de vista ha intentado justificar su decisión en remitirse a lo resuelto por el Indecopi y por el juzgado, sin expresar argumentos propios, debiéndose tener en cuenta que se expresaron en el recurso de apelación los vicios y errores del juzgado al momento de emitir la sentencia.

En el marco de la denuncia por vicios en la motivación de la resolución objetada, es menester que esta Sala Suprema analice los fundamentos empleados por la Sala de mérito en la sentencia de vista. Cabe agregar, que en la actualidad ya no forma parte de la discusión jurídica si las resoluciones deben estar motivadas o no, pues es un hecho aceptado que existe la obligación de motivar. Ello porque así se permite el control de constitucionalidad de la motivación.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

En relación al tema casatorio, el derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales se encuentra reconocido en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución², el cual también encuentra amparo en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incluido como garantía procesal en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho fundamental es uno de los derechos que conforman el derecho fundamental al debido proceso³, que se encuentra reconocido en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución.

El derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones ha obtenido interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vinculante para el Perú en atención a la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política), estableciendo que es un derecho que permite verificar la materialización del derecho a ser oído, y que la argumentación de un fallo demuestra que los alegatos y pruebas han sido debidamente tomados en cuenta, analizados y resueltos⁴, y que: *“El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática (...)”*⁵.

Ahora bien, para verificar si la sentencia de vista ha transgredido o no el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el examen a efectuarse debe partir necesariamente de los propios fundamentos o razones que sirvieron de sustento a esta; por lo tanto, al realizar el control de derecho de la resolución impugnada, se analizarán las razones expuestas en la resolución materia de casación que justificaron la decisión contenida en ella.

² **Principios de la Administración de Justicia**

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

³ El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es parte del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Estado, como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, el cual exige que en todas las instancias judiciales se cumplan necesariamente todas las garantías, requisitos y normas de orden público que han sido establecidas a fin de generar que todas las personas estén en reales condiciones de poder defender de manera apropiada sus derechos. Así, el debido proceso es una garantía procesal de inexorable cumplimiento en tanto su observancia permite la efectiva protección de otros derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

⁴ Corte IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153.

⁵ Caso Apitz Barbera y otros, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 05 de agosto de 2008, fundamento 77.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

Realizando el control de motivación de la resolución impugnada en instancia de casación, es menester tener en consideración la interpretación del Tribunal Constitucional en la STC N° 00728-2008-PHC/TC, que en su fundamento jurídico séptimo, ha señalado que la motivación insuficiente está vinculada al mínimo de motivación exigible, y está referida a la ausencia o insuficiencia de argumentos a la luz de lo que se está resolviendo: **“Motivación insuficiente.-** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien (...) no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”.

En la sentencia de vista que se ha impugnado, se sostiene que el Libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú” no fue ofrecido oportunamente como prueba y que la recurrente Messer solo cita pasajes del acotado libro sin contrastar con los medios probatorios actuados en el expediente o en la investigación, por lo que no correspondía que la juez examinara el documento, pues no se ha demostrado cómo refutarían los fundamentos de la resolución administrativa: *“Con respecto al Libro “Experiencias de Política Antimonopólica en el Perú” del señor Jorge Fernández Baca, debemos expresar que el mismo no fue ofrecido oportunamente como prueba, como puede comprobarse de la simple lectura de la demanda. Asimismo, al presentar el indicado documento el recurrente se limita a citar pasajes del mismo, según los cuales no habría existido la concertación materia del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, la respetable opinión del autor de dicho informe no resulta contrastada con los medios probatorios actuados en el presente expediente o en la investigación realizada en el procedimiento administrativo. En consecuencia, no correspondía que la señora jueza subespecializada examinara el mencionado documento extrayendo de él lo que favoreciera a la empresa demandante pues, como resulta obvio, quien tiene la carga de ofrecer oportunamente los medios probatorios y, además, demostrar la forma en la que, supuestamente, estos refutarían los fundamentos de la resolución administrativa cuestionada, es la recurrente”;* igualmente señaló que no es posible extraer conclusiones de simples citas: *“(...) ni siquiera en el*



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

caso de que la prueba hubiera sido presentada oportunamente, podrían extraerse conclusiones favorables a MESSER a partir de simples citas, que no se encuentran sustentadas en pruebas específicas actuadas en sede administrativa o judicial, que corroboren las alegaciones examinadas”.

En lo referente al **fundamento a)** de la denuncia casatoria, se advierte que la sentencia de vista cimentó su posición esencialmente en que la opinión del autor no fue contrastado con medios probatorios, y que de simples citas no se podían extraer conclusiones, lo cual se condice con la verdad, toda vez que la recurrente Messer no ha evidenciado que lo argüido en el apuntado libro esté respaldado en pruebas o contraindicios, o menos haber resaltado qué punto o indicio se desbarataría o desvirtuaría con dicho libro; por ende, este argumento debe ser desestimado.

En lo que atañe al **punto b)** de la denuncia, la recurrente Praxair no señala si todos los argumentos de la sentencia de vista o parte de ellos, han sido justificados remitiéndose a lo resuelto por Indecopi y la sentencia de primera instancia; es decir, no se ha identificado qué fundamentos son los que adolecen de defectos en su motivación, en los cuales la Sala Superior no haya manifestado argumentos propios, ciñéndose la mencionada recurrente a sostener de forma genérica su denuncia.

QUINTO. Infracción normativa del numeral 6 del artículo 139 de la Constitución, en razón de que la sentencia de vista ha vulnerado derechos de defensa y doble instancia.

De otro lado, Messer manifiesta en su recurso de casación que la Sala Superior ha vulnerado gravemente el derecho constitucional de la defensa, toda vez que no existe fundamento jurídico en el sentido que el juzgado solo estaba obligado a pronunciarse exclusivamente sobre los argumentos de la demanda.

A pesar de que se ha alegado la vulneración del derecho de defensa y de pluralidad de instancia (instancia doble), la recurrente solo ha invocado la afectación del numeral 6 del artículo 139 de la Constitución; sin embargo, para mejor resolver,



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

también debe analizarse el numeral 14 del mencionado artículo constitucional, que recoge el derecho de defensa.

El numeral 6 del artículo 139 de la Constitución prevé que es principio de la función jurisdiccional *“La pluralidad de instancia”*; igualmente, en el numeral 14 del citado artículo constitucional se establece que es principio de la función jurisdiccional *“El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”*.

Emitiendo pronunciamiento sobre la denuncia, cabe señalar que de acuerdo al artículo IV del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, contempla que *“El proceso se promueve solo a iniciativa de parte”*; asimismo, según el principio de congruencia procesal, que rige en el proceso contencioso administrativo por supletoriedad del artículo VII del anotado código, el juez no puede fundar sus decisiones en hechos diversos a lo que han sido alegados por las partes.

En esa línea, se desprende que las normas citadas preceptúan que es la demanda el acto con el cual se inicia el proceso, y que el juez debe fundamentar sus decisiones en hechos alegados por las partes, entendiéndose con ello que es obligación del juez expresar su razonamiento sobre lo sostenido en los actos postulatorios (demanda y contestación de demanda), y no acerca de otros hechos o circunstancias aducidas con posterioridad.

De este modo, cuando se acusa que la Sala Superior señala que solo estaba obligada a pronunciarse sobre lo argüido en la demanda, no afecta los derechos de defensa y de pluralidad de instancia, puesto que es su deber pronunciarse sobre los hechos alegados por las partes, ciñendo especialmente su argumentación a lo manifestado en la demanda, que es lo que permitió al juzgado pronunciarse a su vez sobre lo actuado en sede administrativa, decisión que es revisada por la Sala Superior.

Argumentos respecto a infracciones materiales de los recursos de casación.

SEXTO. Base fáctica aplicable al caso, extraída de las instancias de mérito



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

a) Indecopi sancionó a las empresas Messer, Praxair y Linde Gas por la comisión de la infracción prevista en el artículo 6^o del Decreto Legislativo N°701, por realizar prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de licitación de Essalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, en los periodos de enero de mil novecientos noventa y nueve y junio de dos mil cuatro.

b) Las licitaciones se realizaron en dos etapas:

i) Primera etapa: Licitación Pública N° 118-IPSS-98, Licitación Pública N° 053-ESSALUD-99, Licitación Pública N° 0199L00051 y las Adjudicaciones realizadas entre los años dos mil uno y dos mil dos.

ii) Segunda etapa: Licitación Pública N° 0199L00052 y las adjudicaciones del periodo dos mil tres y dos mil cuatro.

c) Por Resolución N° 003-2008-INDECOPI/CLC del veinti cinco de enero de dos mil ocho, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi, de oficio, inició procedimiento administrativo sancionador contra las tres empresas por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

d) Mediante Resolución N° 051-2010/CLC-INDECOPI del trece de agosto de dos mil diez, la mencionada comisión declaró fundado el procedimiento sancionador de oficio y resolvió sancionar a las referidas empresas con multas de tres mil ochocientos treinta y seis punto ochenta y dos Unidades Impositivas Tributarias (3,836.82 UIT), mil trescientos treinta y tres punto noventa Unidades Impositivas Tributarias (1,333.90 UIT) y quinientos setenta y ocho punto noventa y ocho Unidades Impositivas Tributarias (578.98 UIT).

e) Interpuestos los recursos de apelación, a través de la Resolución N° 1167-2003/SDC-INDECOPI del quince de julio de dos mil trece, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Indecopi confirmó la resolución administrativa de

⁶ **Artículo 6.-** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

primera instancia, en el extremo que declaró fundado el procedimiento iniciado de oficio y en cuanto a la sanción, que resolvió imponer multa de mil trescientos treinta y tres punto noventa Unidades Impositivas Tributarias (1,333.90 UIT), mil doscientos ochenta y ocho punto catorce Unidades Impositivas Tributarias (1,288.14 UIT) y cuatrocientos noventa y tres punto ochenta y cuatro Unidades Impositivas Tributarias (493.84 UIT).

SÉPTIMO. Acerca de la prescripción de la infracción y de su carácter continuado (Infracción normativa por interpretación errónea e inaplicación del artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034, e infracción normativa por aplicación indebida del artículo 233 numeral 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que respecta al cómputo de la prescripción).

Las tres empresas recurrentes sostuvieron que la infracción imputada por el Indecopi ha prescrito por cuanto —*aducen esencialmente*— que se trató de hechos independientes y no continuados; respaldando su postura en los siguientes argumentos:

- Existen tres escenarios, y que el primero y segundo demostraron que los procesos de selección correspondientes a la primera etapa (1999-2002) habría prescrito.
- Indecopi dejó paralizado el procedimiento por causas no imputables, por lo que de conformidad con el numeral 5 del artículo 37 y artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034, la prescripción habría operado.
- Si los actos atribuidos constituyen infracción a la libre competencia, es infracción sucesiva y no continuada. Es necesario demostrar que existió una misma resolución criminal desde la Licitación Pública N° 018-IPSS-98 hasta la adjudicación directa del año dos mil cuatro.

Con el propósito de continuar con la función nomofiláctica, es necesario que se describa el texto del artículo 42 del Decreto Legislativo N° 1034, que señala: “*Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de realizado el último acto*



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

de ejecución de la conducta infractora. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable (...)". Detallándose en el numeral 233.1 del artículo 233 de la Ley N° 27444 "233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales (...)".

A fin de vislumbrar un mejor panorama sobre lo denunciado, se tiene que infracciones continuadas es el supuesto en que convergen diferentes conductas, cada una de las cuales constituye por separado una infracción, y que se consideran como una única infracción, siempre y cuando formen parte de un proceso unitario. Para Morón Urbina, debe existir identidad subjetiva activa, identidad subjetiva pasiva, pluralidad fáctica, proximidad temporal e identidad de los preceptos administrativos lesionados⁷.

En cuanto a lo señalado por Messer, la sentencia apelada afirmó que existió infracción continuada por cumplir con unidad de pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley, proximidad temporal y espacial e idéntica resolución criminal, no desvirtuando estos argumentos en instancia de apelación y menos en sede casatoria, limitándose a indicar que la etapa de las licitaciones entre mil novecientos noventa y nueve a dos mil dos ya ha prescrito.

Por su parte, Praxair aseveró que Indecopi dejó paralizado el procedimiento por causas no imputables a la actora, operando la prescripción de la infracción. Al respecto, es de acotar que dado que los procesos de licitación se llevaban a cabo anualmente se renovaba la conducta infractora, existiendo un mismo patrón de conducta que se repitió entre los años mil novecientos noventa y nueve al dos mil cuatro, ocasionando con ello la aparición de la infracción continuada. De otro lado, la empresa recurrente no ha apuntado qué tiempo estuvo paralizado el procedimiento y cuáles fueron las causas de dicha paralización, a fin de determinar si existieron o no causas no imputables a la recurrente.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Edit. Gaceta Jurídica, año 2009, octava edición, Lima-Perú, páginas 715 -716.



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

En lo atinente a la recurrente Linde Gas, es de indicar que se asegura que las infracciones fueron sucesivas y no continuadas, debiéndose demostrar que existe una misma resolución final. Sin embargo, de los datos fácticos de la sentencia de vista se aprecia un comportamiento uniforme que acredita el actuar coordinado de las tres empresas denunciadas, deviniendo en una misma resolución final emitida por Indecopi, no existiendo causales de interrupción o suspensión del plazo prescriptorio.

En conclusión, es claro que en el caso de las tres empresas existió identidad subjetiva activas (empresas demandantes), identidad subjetiva pasiva (procesos de licitación de Essalud), pluralidad fáctica (concertación del mercado), proximidad temporal (años mil novecientos noventa y nueve a dos mil cuatro) e identidad de los preceptos administrativos lesionados (infracciones anticompetitivas de mercado); por lo que esta causal casatoria debe ser **desestimada**.

OCTAVO. De la subsanación parcial de la infracción imputada (Infracción al principio de aplicación inmediata de la norma, artículos 103 y 109 de la Constitución y del artículo 230 numeral 5 de la Ley N° 27444; infracción normativa al principio de razonabilidad en materia sancionatoria, artículo 230 de la citada ley; e inaplicación del artículo 236-A de la prenotada ley).

En su recurso de casación, Linde Gas arguyó que la irretroactividad de la norma con la misma excepción de que la norma posterior sea más favorable a situaciones anteriores a su vigencia; agrega que para graduar la sanción, el Indecopi no aplicó el artículo 236-A de la Ley N° 27444, que regula la subsanación voluntaria como causal atenuante, y que tras la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272, es causal eximente. Añade, que lo anterior no pudo ser alegado en la apelación, porque la norma no había entrado en vigencia, empero en la fecha de la sentencia ya estaba vigente.

Como es de verse, la empresa recurrente sostiene principalmente que se debió aplicar el artículo 236-A de la Ley N° 27444 por cuanto se ha subsanado la infracción; sin embargo, para la aplicación de la subsanación voluntaria, debe



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

asumirse que existe infracción, lo cual no ha sido reconocido por la empresa recurrente. De otra forma, no podría subsanarse ninguna infracción.

Asimismo, en el recurso de casación, la recurrente no ha expresado cuál es el acto de subsanación que ha realizado y que supuestamente debería tenerse en cuenta para la subsanación; por lo tanto, estas causales deben ser **desestimadas**.

NOVENO. De la graduación de la multa (Infracción normativa por aplicación indebida del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 e inaplicación del numeral 6 del artículo 230 de la Ley N° 27444 y del artículo 49 del Código Penal).

La empresa Messer fundamentó en su recurso de casación que el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 no regula expresamente el tratamiento para la gradualidad de las sanciones, y sí el artículo 49 del Código Penal, por lo que resulta de aplicación al presente caso las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

El artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 establece que: *“La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas: a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión”*. Por su parte, el artículo 49 del Código Penal prevé que *“Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave”*.

Como es de verse, el Decreto Legislativo N° 701 prescribe que la graduación de leve, grave y muy grave es aplicable a las infracciones relacionadas a las prácticas



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

restrictivas de la libre competencia, como la que fue atribuida a las empresas demandantes.

Por ende, para la graduación de sanciones de prácticas anticompetitivas es aplicable el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 (aplicable por temporalidad), no siendo aplicable la legislación penal. Debe, entonces, resaltarse que para la resolución del caso concreto ha primado la norma especial al caso antes que la norma general contenida en el Código Penal, debiéndose **desestimarse** esta causal casatoria.

DÉCIMO. Respecto a la aplicación de la razonabilidad (Infracción normativa por inaplicación del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444).

La empresa Praxair sostiene medularmente en su recurso de casación que la sentencia de vista ha soslayado el principio de razonabilidad, cuestionando la arbitrariedad con que Indecopi fijó las dos variables utilizadas para calcular la multa, argumentando que los valores referenciales no son confiables y menos válidos por no haberse objetado que el proceso licitatorio fue posterior.

El numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 preceptúa que: *“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”*. Tal como aparece establecido por la norma, el principio de razonabilidad se convierte en un límite para calificaciones de infracciones e imponer sanciones a los administrados. Con ello, la potestad sancionadora del Estado es reprimida con el propósito de no extralimitarse al momento de sancionar por infracciones administrativas.

Para el Tribunal Constitucional, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio



**SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA**

empleado⁸. Lucchetti Rodríguez, el análisis de razonabilidad se aplica teniendo en cuenta la finalidad pública que se pretende tutelar y la proporcionalidad de la decisión administrativa utilizada para alcanzar el cometido estatal. En ese sentido, creemos que la decisión tomada por la entidad administrativa debe ser de tal manera que permita sopesar el posible conflicto que se da en la aplicación de los distintos intereses administrativos en juego ante una decisión y/o actuación estatal⁹.

De la base fáctica de la sentencia de vista se advierte que en la Resolución N° 1167-2013/SDC-INDECOPI se indicó que el precio adjudicado durante la Licitación Pública N° 0399L00091, pues a partir de dicha licitación se habría identificado que existió competencia efectiva, cumpliendo por ende el precio referencial con el principio de razonabilidad al tratarse de competencia efectiva.

Para asumir o argüir que el precio referencial es irrazonable, debe manifestarse argumentos que acrediten o evidencien la irrazonabilidad del precio referencial, o que el precio referencial supera el límite impuesto por el principio de razonabilidad, extralimitando la sanción al hecho infractor; empero, la empresa recurrente se ha limitado a apuntar que tales valores no son confiables y que el proceso licitatorio fue posterior, sin rebatir que existió competencia efectiva y que, en razón de ello, se eligió el valor referencial; en consecuencia, corresponde desestimar esta causal casatoria.

DÉCIMO PRIMERO. Sobre el análisis de la demanda y de la oferta en los procesos de licitación (Inaplicación de los numerales 1.2 (debido procedimiento), 1.3 (principio de impulso de oficio), 1.7 (principio de presunción de veracidad), 1.11 (principio de verdad material) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, y del artículo 230 numeral 9 del mismo texto legal (principio de presunción de licitud).

Praxair cimenta su recurso de casación en que el que exista concentración del lado de la oferta no debe ser considerado como condición que favorece la colusión, toda vez que se debe examinar el mercado en su conjunto y verificar si en el lado de la

⁸ STC 0090-2004-AA/TC, fundamento 35.

⁹ LUCCHETTI RODRIGUEZ, Alfieri Bruno. "Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas". Revista Círculo de Derecho Administrativo, página 485.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

demanda existió concentración y si esta concentración tenía la influencia decisiva para contrarrestar la concentración de la oferta, bloqueando la decisión de los agentes económicos de la oferta.

De los fundamentos del recurso de casación se advierte que los mismos se ciñen al principio de verdad material, previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por el cual *“(...) 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”*. Para Morón Urbina, *“En aplicación de este principio, las actuaciones probatorias de las autoridades deben estar dirigidas a la identificación y comprobación de hechos producidos y constatar la realidad (...)”*¹⁰.

Para resolver este punto, hay que partir indicando que las empresas investigadas fueron tres, las que estaban en el lado de la oferta, por lo que es lógico que el análisis del mercado se centre —*de forma preliminar*— en la oferta, a fin de corroborar su nivel de concentración, pues de ello se concluirá si existió colusión o no.

Sin embargo, el poder de compra o de la demanda sí fue analizado por la sentencia de vista. En efecto, de su base fáctica se desprende que Indecopi evaluó el poder de compra para verificar si existían condiciones que favorecían la adopción de práctica colusoria entre las empresas investigadas.

En tal sentido, no existe la inaplicación de las normas denunciadas, por lo que esta causal casatoria debe ser rechazada.

¹⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Edit. Gaceta Jurídica, año 2009, octava edición, Lima-Perú, página 84.



SENTENCIA
CASACIÓN N°7634-2017
LIMA

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por **Praxair Perú Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, Linde Gas Perú Sociedad Anónima y Messer Gases del Perú Sociedad Anónima**; con fechas tres, cuatro y cinco de abril de dos mil diecisiete, obrante a fojas dos mil novecientos sesenta y cinco, dos mil novecientos veintisiete y tres mil cuarenta y ocho respectivamente; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista contenida en la resolución treinta y ocho de fecha cuatro de enero de dos mil diecisiete, obrante a fojas dos mil ochocientos cuatro, emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima; en los seguidos por las recurrentes contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, sobre nulidad de resolución administrativa; **DISPUSIERON** la publicación del texto de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano* conforme a ley; y los devolvieron. **Interviene como Juez Supremo ponente Toledo Toribio.**

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

TOLEDO TORIBIO

BERMEJO RÍOS

BUSTAMANTE ZEGARRA